Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 27 • vol. 160 • out. / 2019

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 27 • vol. 160 • out. / 2019

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, Laura Gigante Albuquerque e Renata Almeida da Costa.

Editores-executivos – Rafael Vieira, Taynara Lira 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 (Universidad 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/RS) – 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) – Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha) – 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)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE DOSSIÊ)

Abel Gabriel Gonçalves Junior (UFMA – São Luís/MA) – Adriana Padua Borghi (Universidade São Judas Tadeu – São Paulo/SP) – Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires (PUCRS- Porto Alegre/RS) – Alexandre Gonçalves Kassama (Uninter – Curitiba/PR) – Alexey Choi Caruncho (UFPR – Curitiba/PR) – Aline Mendes Favarim (PUCRS- Porto Alegre/RS) – Anamaria Prates Barroso

(UFPE – Recife/PE) – Andressa Paula de Andrade (UENP - Jacarezinho/PR) – Ariel Koch Gomes (UniRitter – Porto Alegre/RS) – Assis da Costa Oliveira (UFPA – Belém/PA) – Augusto Tarradt Vilela (UNISINOS - São Leopoldo/RS) – Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt - Alemanha) – Caíque Ribeiro Galícia (PUCRS- Porto Alegre/RS) – Camila Fernandes (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Carlos Eduardo Millen Grosso (UFSC – Florianópolis/SC) – Carolina Llantada Seibel Scarton (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Celeste Leite dos Santos (MPSP – São Paulo/SP) – Clara Moura Masiero (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – Daniela Dora Eilberg (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Denise Hammerschmidt (UENP - Jacarezinho/PR) – Denisson Gonçalves Chaves (UFMA – São Luís/MA) – Diogo Flora (OABRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Diogo Mariano Carvalho de Oliveira (OAB – Curitiba/PR) – Douglas Carvalho Ribeiro (UFMG – Belo Horizonte/MG) – Eduardo Neves Lima Filho (UFPA – Belém/PA) – Ellen Cristina Carmo Rodrigues (UFJF - Juiz de Fora/MG) – Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Evandro Piza Duarte (UnB – Brasília/DF) – Felipe da Costa De-Lorenzi (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Fernanda Prates Fraga (Université de Montreal – Canada) – Filipe Henrique Vergniano Magliarelli (USP – São Paulo/SP) – Flávio Bortolozzi Junior (Universidade Positivo – Curitiba/PR) – Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR - Curitiba/PR) – Guilherme Francisco Ceolin (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Hugo Leonardo Santos (UFAL - Maceio/AL) – Israel Domingos Jorio (FDV – Vitória/ES) – Italo Rabelo (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Ivan Jezler Costa Junior (UFBA – Salvador/BA) – Janaina Thais Daniel Varalli (FMU – São Paulo/SP) – Jônica Marques Coura Aragão (UFPB - Campina Grande/PB) – Jorge Henrique Tatim da Cruz (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS) – José Manule de Sacadura Rocha (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/ SP) – Juliano de Oliveira Leonel (Faculdade Santo Agostinho – Teresina/PI) – June Cirino dos Santos (ICPC – Curitiba/PR) – Klelia Canabrava Aleixo (PUCMG – Belo Horizonte/MG – Larissa Urruth Pereira (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Laura Gigante Albuquerque (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Liziane da Silva Rodriguez (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Luanna Tomaz de Souza (UFPA – Belém/PA) – Lucas Minorelli (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Luiz Antônio Bogo Chies (UCPel – Pelotas/RS) – Maciel Colli (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ – Ijuí/RS) – Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UFJF – Juiz de Fora/MG) – Marcelo Almeida Sant'Anna (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Marcelo Buttelli Ramos (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Marcelo Fernandez Urani (UFPB – João Pessoa/PB) – Marcelo Marcante Flores (UNISINOS - São Leopoldo/RS) – Marcelo Mayora Alves (UFJF- Juiz de Fora/MG) – Marcus Vinícius Xavier de Oliveira (UFRO - Porto Velho/RO) – Mariana Gastal (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Matheus Felipe de Castro (UFSC – Florianópolis/SC) – Moyses Pinto Neto (ULBRA- Porto Alegre/RS) – Neemias Moretti Prudente (Instituto Paranaense de Ensino – Curitiba/PR) – Pâmela Copetti Ghisleni (UNIJUÍ – Ijuí/RS) – Paola Bettamio Mendes (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Patricia Manente Melhem (Faculdade Campo Real - Guarapuava/PR) – Paulo César Busato (Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR) – Paulo Henrique Burg Conti (Universidade do Vale do Itajaí/SC e Faculdade de Santa Catarina/SC) – Paulo Thiago Fernandes Dias (UNISINOS - São Leopoldo/RS) – Rafael Fecury (UNAMA – Belém/PA) – Renan Barboza de Faria (USP - São Paulo/SP) – Renato Silvestre Marinho (USP - São Paulo/SP) – Ricardo Cícero de Carvalho Rodrigues (ESTÁCIO – Recife/PE) – Ricardo Gloeckner (PUCRS- Porto Alegre/RS) – Rudy Heitor Rosas (Faculdade Campo Real – Guarapuava/PR) – Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP - Campo Grande/MS) – Sara Alacoque Guerra Zaghlout (Unisinos - São Leopoldo/RS) – Tainá Ferreira e Ferreira (Universidade Federal do Pará – Belém/PA) – Tatiana Lourenço Emmerich de Souza (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ) – Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP) – Thiago Mota de Moraes (CESMAC – Maceió/AL) – Tiago Bunning Mendes (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Tiago Joffily (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Décio Franco David (FAE Centro Universitário – Curitiba) – Tiago Lorenzini Cunha (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Vilobaldo Cardoso Neto (Universidade Tiradentes - SE) – Vitor Gonçalves Machado (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES) – Viviane Freitas Perdigão Lima (Universidade Estadual do Maranhão – São Luís/MA) – Yuri Ygor Serra Teixeira (Faculdade Estácio de Castanhal - Belém/PA)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Ana Cláudia da Silva Junqueira Burd (PUCMG – Belo Horizonte/MG) – André Nicolitt (UFF – Rio de Janeiro/RJ) – Andréia Leal Ferro (Maritime Law Academy – Santos/SP) – Andressa Paula de Andrade (UENP - Jacarezinho/PR) – Celso Fernandes Sant'anna Júnior (Universidade Federal do Estado da Bahia – Salvador/BA) – Cristina Zackseski (UnB – Brasília/DF) – Eduardo Cambi (UENP – Jacarezinho/PR) – Figueiredo Monteiro Neto (Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz – Toledo/PR) – Graziele Silva Costanza (UniRitter – Porto Alegre/RS) – Jaime Couso Salas (Universidad Diego Portales - Chile) – João Paulo Kulczynski Forster (UniRitter – Porto Alegre/RS) – José Eduardo Aidikaitis Previdelli (UniRitter – Porto Alegre/RS) – Marcelo Almeida Ruivo (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Marina Oliveira Teixeira dos Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Riccardo Cappi (Universidade Federal do Estado da Bahia – Salvador/BA) – Sebastian Scheerer (Universidade de Hamburgo – Alemanha) – Thainá Almeida de Freitas (UFJF – Juiz de Fora/MG) – Túlio Felippe Xavier Januário (Universidade de Coimbra – Portugal)

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 27 • vol. 160 • out. / 2019

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN.1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 160 • out. / 2019

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.



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

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

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – 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
Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

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

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Impresso no Brasil: [10-2019]
Profissional
Fechamento desta edição: [14.08.2019]



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
Alvino Augusto de Sá
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 (SP)
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
Jornal de Ciências Criminais
Maria Carolina Amorim
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
Revista Liberdades
Paula Mamede
Sistema Prisional
Patrick Lemos Cacicedo
22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
25º Seminário Internacional
Yuri Felix

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos
Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral
Paulo Cesar Malvezzi Filho
Equipe
Fernanda M. Barbosa Euflauzino

Núcleo Administrativo

Supervisão
Fernanda Barreto
Equipe
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Nathalia Aparecida Mendes Costa

Núcleo Financeiro

Supervisão
Roberto Seracinskis
Equipe
Andrea Pereira dos Santos
Bruna Vargas
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Lorraine Carvalho Silva
Equipe
Jonas Santos

Núcleo de Biblioteca

Supervisão
Helena Curvello
Equipe
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Douglas Calixto
Equipe
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão
Andreza Martiniano da Silva
Equipe
Ana Paula da Silva
Andreia da Silva Rocha
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses
Equipe
Rafael Vieira
Taynara Lira

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 160 • out. / 2019

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 Marcella Pâmela da Costa Silva

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Analista de Conteúdo Editorial: Quenia Becker

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Assistente Administrativo: Tatiana Leite

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

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: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Fernanda Lessa, Rafael Ribeiro e Thaís Pereira

Estagiárias: Beatriz Fialho, Tainá Luz Carvalho e Victória Menezes Pereira

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Maria Cristina Lopes Araujo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Mauricio Alves Monte

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

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Direito Penal

Compliance e responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica no século XXI

Compliance and environmental penal responsibility of the legal person in the 21st century

Andréia Leal Ferro 19

Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90): bem jurídico, técnica de tutela e elementos subjetivos

The crimes tax evasión (arts. 1st and 2nd, Law 8,137/ 90): legal good, protection technique e subjetive elements

Marcelo Almeida Ruivo 57

Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado

Bankruptcy crimes in the Portuguese Criminal Code and in the Brazilian Bankruptcy and Judicial Reorganization Act: a comparison around the legally protected goods

Marina Oliveira Teixeira dos Santos 85

Processo Penal

A limitação da audiência de custódia no combate a agressões e maus-tratos a presos: estudo de caso na comarca de Umuarama/PR

The limitation of custody hearing on the combat of aggressions and mistreatment against prisioners: a case study on Umuarama/PR County

Figueiredo Monteiro Neto 115

Direito humano à prova e os *standards* probatórios nos processos penais

The human right to proof and evidentiary standards in criminal process

João Paulo Kulczynski Forster, José Eduardo Aidikaitis Previdelli e Graziele Silva Costanza 147

A serendipidade nas interceptações telefônicas e a admissibilidade processual das provas fortuitamente obtidas: a gênese da Operação Lava Jato

Serendipity in the telephone wiretapping and the procedural admissibility of the fortuitously obtained proofs: the genesis of Operation Car Wash

Thainá Almeida de Freitas 177

O ônus da prova da existência e eficácia dos programas de *compliance* no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas: um estudo com base no ordenamento jurídico espanhol

The burden of proof of the existence and effectiveness of compliance programs in the scope of criminal procedures against corporations: a study based on the Spanish legal system

Túlio Felippe Xavier Januário 219

Crime e Sociedade

Leitura crítica e interdisciplinar do depoimento especial na Lei 13.431/2017

Critical and interdisciplinary reading of special statement in Law 13,431/2017

André Nicolitt e Ana Cláudia da Silva Junqueira Burd 261

Encarceramento da maternidade no estado de coisas inconstitucional

Incarceration of maternity in the Unconstitutional State of Things

Andressa Paula de Andrade e Eduardo Augusto Salomão Cambi 295

Olhares sobre a justiça juvenil: (re)contando histórias

Glances about juvenile justice: (re)telling stories

Celso Fernandes Sant'Anna Júnior e Riccardo Cappi 319

Possibilidades e limites do uso da monitoração eletrônica como estratégia de redução das prisões provisórias no Brasil
Possibilities and limits of the use of electronic monitoring as a strategy to reduce pre-trial detention in Brazil
Cristina Maria Zackseski 363

Imposición y determinación de la pena juvenil en Alemania
Imposition and determination of juvenile punishment in Germany
Jaime Couso Salas 389

A perspectiva abolicionista
The abolitionist perspective
Sebastian Scheerer
Tradução por Raphael Boldt e Vinicius Alberto Fonseca 407

Índice Alfabético-remissivo

Autores 433
Temas 435

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 439

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 449

Condições para Submissão (*Checklist*) 453

Compliance e responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica no século XXI

Compliance *and environmental penal responsibility of the legal person in the 21st century*

Andréia Leal Ferro

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos (UniSantos) (2018). Pós-graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) (2017). Pós-graduada em Direito Militar pela Universidade Cruzeiro do Sul (Unicsul) (2009). Graduada em Direito pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS) (2006). Professora em cursos de pós-graduação e de extensão universitária na Maritime Law Academy. Advogada, consultora e parecerista jurídica no escritório Freitas Vizan Advogados. Facilitadora em Justiça Restaurativa (TJSP). Mediadora e conciliadora judicial (TJSP e TRF3).
andreia.adv.jur@gmail.com

Recebido em: 30.04.2018
Aprovado em: 12,02.2019
Última versão da autora: 07.03.2019

Áreas do Direito: Penal; Ambiental

Resumo: As crises financeiras fizeram com que o mundo implementasse meios de organização para controlar o sistema financeiro. Esse controle organizacional passou a ser mais demandado ao passo que o desenvolvimento econômico, industrial e tecnológico evoluía. O *compliance* surge como forma de abarcar essas expectativas pois se preocupa com a conformidade empresarial, possibilitando a identificação e a análise de riscos a fim de prevenir danos concretos. O *compliance* penetrou no Direito provocando indagações quanto aos ensinamentos clássicos das universidades. A pessoa jurídica, antes considerada um ente moral sem personalidade, hoje, em decorrência de entendimento jurisprudencial, pode ser responsabilizada por crimes ambientais. Para discussão do tema, objetiva-se criar o entendimento de que a prevenção é o meio mais

Abstract: Financial crises have caused the world to implement organizational means to control the financial system. This organizational control became more demanded as economic, industrial and technological development evolved. Compliance emerges as a way to meet these expectations because it is concerned with business compliance, enabling the identification and analysis of risks in order to prevent concrete damages. The compliance penetrated in the Law provoking inquiries as to the classic teachings of the universities. The legal entity, previously considered a moral entity without personality, today, due to jurisprudential understanding, can be held responsible for environmental crimes. In order to discuss the theme, the objective is to create an understanding that prevention is the most appropriate means of avoiding environ-

Ferro, Andréia Leal. *Compliance* e responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica no século XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 160. ano 27. p. 19-55. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

adequado de se evitar a responsabilização penal ambiental da pessoa jurídica, buscando-se alicerce nos princípios do Direito Ambiental. Este artigo objetiva contribuir para uma reflexão sobre a necessidade de assegurar o desenvolvimento sustentável, equilibrando-se o exercício da atividade econômica e a proteção do meio ambiente, a fim de atingir a sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações. Para tanto, utiliza-se o método de pesquisa dedutivo e abordagem dialética, além das técnicas científicas de análise doutrinária, jurisprudencial e normativa.

Palavras-chave: *Compliance* – Meio ambiente – Responsabilidade penal ambiental – Pessoa jurídica – Prevenção.

mental criminal liability of the legal person, seeking to establish the principles of Environmental Law. This article aims to contribute to a reflection on the need to ensure sustainable development, balancing the exercise of economic activity and the protection of the environment in order to achieve a healthy quality of life for present and future generations. For that, the method of deductive research and dialectical approach is used, in addition to the scientific techniques of doctrinal, jurisprudential and normative analysis.

Keywords: Compliance – Environment – Environmental criminal responsibility – Legal person – Prevention.

Sumário: 1. Introdução. 2. ***Compliance.*** 2.1. Conceito e finalidades. 2.2. Histórico. 2.2.1. Acordo de Basileia. 3. ***Compliance*** penal. 4. ***Compliance*** ambiental. 5. Tutela jurídica do meio ambiente e responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica. 5.1. Princípios do direito ambiental. 5.2. Princípios da Precaução e da Prevenção. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Embora o *compliance* esteja se tornando cada vez mais requisitado e discutido como necessidade do mundo moderno, há quem não o conheça ou não o compreenda. A sua aplicação merece detida atenção, tendo em vista que é um tema relativamente novo no Brasil.

Para situar o leitor, no início do artigo é feito um apanhado de conceitos, identificando um deles como mais apropriado para o tema abordado. Assim, além de se ressaltar a preocupação do *compliance* com a conformidade empresarial com as normas internas e externas, ressalta-se a sua finalidade preventiva. Nesse ínterim, o *compliance* é um meio de estudar, analisar e identificar hipóteses de riscos e, a partir disso, afastá-los. Por óbvio, agindo dessa maneira, podem ser afastados os riscos econômico-financeiros, jurídicos e, também, aqueles relativos à reputação da imagem empresarial

No caso do presente artigo, discute-se riscos jurídicos, até se chegar aos danos penais ambientais. O Direito Penal, com suas minúcias, passa a ser visto de forma diferente ao passo que o *compliance* não trabalha após a ocorrência do fato criminoso, mas sim com a sua possibilidade de acontecer. Assim, com base

na organização empresarial, são criados possíveis riscos (riscos em abstrato), os quais são analisados e identificados para, então, serem implementados meios de evitar que eles venham a se concretizar.

Demonstra-se que, embora a tutela ambiental fosse praticamente imprestável até cerca dos anos 60, depois desse período ela começou a ganhar importância e, hoje, é um dos ramos do Direito mais completos e com normas deveras complexas.

A Constituição Federal de 1988, foi precedida de leis esparsas as quais são brevemente citadas no trabalho, com atenção especial à Conferência de Estocolmo/72 e, posteriormente, à Rio/92 e à Lei de Crimes Ambientais. Esta última norma, somada aos preceitos constitucionais, fundamentou decisão judicial relevante proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de responsabilização penal ambiental da pessoa jurídica, inclusive, de forma isolada.

A partir disso, discorre-se sobre os princípios do Direito Ambiental, com atenção para os princípios da precaução e da prevenção, instrumentos imprescindíveis para o *compliance*. Objetiva-se levantar o entendimento de que a prevenção (em sentido amplo) é o meio mais adequado de se evitar a responsabilização penal ambiental da pessoa jurídica, buscando-se alicerce nesses dois princípios do Direito Ambiental. Nesse sentido, permeia-se uma reflexão sobre a necessidade de assegurar o desenvolvimento sustentável, equilibrando-se o exercício da atividade econômica e a proteção do meio ambiente, com a finalidade de atingir a sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações.

Para tanto, utiliza-se o método de pesquisa dedutivo e abordagem dialética, com a adição das técnicas científicas de análise doutrinária, jurisprudencial e normativa.

2. *Compliance*

2.1. Conceito e finalidades

Em que pese a inegável importância do *compliance* e ele ser uma realidade necessária no ramo empresarial e na seara jurídica, ainda há quem se depare com esse instituto e se sinta deslocado por não o conhecer, não o compreender ou não saber como aplicá-lo.

Para alguns, o termo *compliance* tem origem no verbo inglês *to compliance* que quer dizer complacência, submissão, aquiescência, flexibilidade[1]. Genericamente, o dicionário *Cambridge* define *compliance* como "O ato de obedecer a uma ordem,

1. *COMPLIANCE*. Dicionário eletrônico *Michaelis*. Disponível em: [http://michaelis.uol.com.br/busca?r=1&f=1&t=0&palavra=compliance]. Acesso em: 13.03.2018.

regra ou pedido: é tarefa dos inspetores fiscalizar o cumprimento dos regulamentos. A empresa disse que sempre atuou de acordo com as leis ambientais"[2].

Compilando as duas definições, é possível asseverar que *compliance* significa se submeter, cumprir e executar o que é imposto por normas e estar em conformidade com diretrizes, leis e regulamentos externos e internos, a fim de evitar ou minorar riscos legais e ranhuras à reputação empresarial. Tal postura decorre da necessidade de se criar controles e gerenciamentos internos mais rigorosos com o objetivo de afastar fatos que possam trazer prejuízos.

Traduzindo a análise desse parâmetro conceitual do termo, *compliance* pode ser interpretado como estar em conformidade com as normas internas e externas estabelecidas previamente[3]. Percy Garcia Cavero faz uma separação, pelo que refere duas vertentes do *compliance*: a primeira diz respeito a um aspecto estrito, pelo qual o *compliance* se resume a buscar conformidade com a legislação; e em sentido amplo, menciona que além disso, ainda se preocupa com a política e a ética empresarial[4].

Interessante notar que Marcelo de Aguiar Coimbra e Vanessa Alessi Manzi conceituam o *compliance*, ressaltando também a sua importante característica estratégica:

> "[...] é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, *buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório*.
> [...]
> É uma *questão estratégica, que se aplica a todos os tipos de organizações*, tanto empresas e entidades do terceiro setor como entidades públicas (pequenas ou grandes), empresas de capital aberto e empresas fechadas de todas as regiões do mundo"[5]. (grifos nossos)

Em razão da grande gama de normas regulamentadoras relativas às mais variadas atividades, as quais, por vezes, demonstram complexidade, foram implementados

2. No original: "the act of obeying an order, rule, or request: It is the job of the inspectors to enforce compliance with the regulations. The company said that it had always acted in compliance with environmental laws". *Compliance*. Dicionário eletrônico *Cambridge*. Disponível em: [http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/compliance]. Acesso em: 13.03.2018.
3. BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 59, p. 303. São Paulo: Ed. RT, jan. 2013.
4. GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra, 2014, p. 9 e ss.
5. COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1 e 2.

setores empresariais com a atribuição específica de assegurar que as regras destinadas a tais atividades sejam observadas e cumpridas evitando, assim, controvérsias jurídicas e danos à reputação da empresa frente ao mercado – este, aliás, cada vez mais competitivo e exigente.

Nesse aspecto, para que o *compliance* seja realizado de forma efetiva, ele deve se fundamentar em um tripé que compreende a estabilidade do sistema: gestão ética dos negócios, estado geral de adesão e conformidade[6]. A gestão ética dos negócios depende da atuação exclusiva daqueles que tem competência negocial, ou seja, capacidade formalmente atribuída para firmar tratativas em nome da empresa. Observa-se quanto a isso, que as altas administrações empresárias influenciam sobremaneira esse ponto do tripé, haja vista que muitos acordos importantes e de grande vulto dependem da análise, ratificação e, em muitas ocasiões, da assinatura de seus dirigentes. Ademais, estes são responsáveis, em última *ratio*, pela disseminação e exigência do caráter ético existente na empresa e na maneira com que ela é gerida.

Disso decorre também o segundo ponto do tripé. As boas práticas, por óbvio, dependem das decisões dos diretores, gerentes ou supervisores da empresa. Contudo, essa mentalidade deve, necessariamente, estender-se para os colaboradores da pessoa jurídica (PJ), os quais também têm a obrigação de buscar a excelência das atividades desenvolvidas. Para que isso ocorra, deve ser implementado um sistema de controle contínuo do qual todos participem, e isso somente é possível se houver uma cultura organizacional eficaz.

Por último, de acordo com noção de tripé, deve-se almejar a conformidade. É por meio dela que se concretiza a análise e a obediência à regulamentação interna e externa que diz respeito à atividade desenvolvida pela empresa. A operação dessa atividade em conformidade com as normas traduzem, consequentemente, o afastamento ou a ausência de riscos futuros e prejuízos indesejados.

Em última análise, por meio de um fluxograma didático, acrescenta Vanessa Alessi Manzi que *compliance* é a soma da disseminação de elevados padrões éticos pelos quais os riscos atrelados à reputação são mitigados alcançando-se a procurada transparência e credibilidade, mais o fortalecimento dos controles internos que distanciam os riscos regulatórios pela conformidade, o que consequentemente, em sua visão, gera sustentabilidade empresarial[7].

6. MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance função, consolidação e desafios*. Disponível em: [http://www.ceg.org.br/arquivos/VanessaManzi_Comliance.pdf]. Acesso em: 13.03.2018.
7. Ibidem.

Por outra ótica, há quem defina *compliance* relacionando-o com a governança coorporativa[8]. Menciona-se, nesse sentido, que o *compliance* integra a governança coorporativa pois se trata de um mecanismo de direção e organização empresarial. No entanto, *data venia*, é possível haver *compliance* sem que haja governança coorporativa. Por essa vertente, governança coorporativa e *compliance* são institutos diversos, embora possam se complementar se ambos existirem.

Assim, a busca pela eficiência empresarial se baseia na adequação de processos internos à legislação, gestão de recursos humanos, administração da tecnologia, medição de informações de desempenho, coleta de dados acerca da evolução financeira e, principalmente, controles rígidos de identificação de riscos e mecanismos preventivos.

A partir daí verifica-se que as empresas que pretendem tornarem-se sólidas no mercado por longo tempo, devem estabelecer diretrizes a fim de nivelar o *compliance* ao seu objetivo, à sua missão e à sua visão. Surgem, pois, os denominados programas de conformidade ou de integridade considerados como critérios elementares para as práticas voltadas ao mundo negocial[9]. Referidos programas valem para a esfera administrativa, contábil, financeira, jurídica – destacando-se aqui, o Direito Penal Ambiental.

Visto isso até aqui, e tendo em vista que a intenção deste artigo é demonstrar a necessidade de se identificar riscos e prevenir a ocorrências de danos que possam repercutir na esfera penal ambiental, manifesta-se o interesse em adicionar à concepção de *compliance* a linha de raciocínio de Giovani Agostini Saavedra, porquanto faz da prevenção parte do conceito: " *Compliance* é um estado dinâmico que uma empresa, uma organização tem que ter para se adequar à prevenção de determinados riscos que ela identificou a partir da criação de um cenário futuro"[10]. Explica que quando se trabalha com *compliance*, fala-se em risco, sendo

8. FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. *Documento consultivo – Função de compliance*. Disponível em: [http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/Funcao_de_Compliance.pdf]. Acesso em: 13.03.2018. p. 4.
9. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal *compliance*, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *nemo tenetur se detegere*: cultura do controle e política criminal atuarial. In: *XXI Congresso Nacional do COMPEDI*, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1, p. 75-102. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a]. Acesso em: 13.03.2018.
10. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Responsabilidade individual do *chief compliance officer*. *IBCCRIM*. Aula ministrada no curso de pós-graduação em Direito Penal Econômico. Data: 05.10.2016.

que esse risco é algo que não aconteceu, mas pode acontecer. Como não há como prever o futuro, deve ser analisada a organização empresarial e ser criado um cenário futuro de riscos. A partir disso, é possível identificar medidas para evitar que esse cenário de risco se torne real[11].

Para a aplicação e a execução de programas como os supracitados, o empreendedor deve se pautar pelo rigor do instituto de *compliance* prevendo a superação de dificuldades institucionais e entraves burocráticos (internos e externos) com o intuito de cumprir as suas finalidades, como por exemplo analisar detalhadamente a existência de riscos operacionais; avaliar a potencialidade de riscos à própria PJ, a terceiros e ao meio ambiente; gerir controles internos; implementar programas de constantes melhorias; criar projetos de adaptações a normas técnicas; avaliar e prevenir fraudes; acompanhar a área de segurança da informação junto ao setor de tecnologia de informação; analisar e interpretar a legislação pertinente ao empreendimento ou às atividades desenvolvidas pela empresa a fim de proporcionar adequação interna; fiscalizar a contabilidade e as transações financeiras de acordo com normas que regem o assunto; monitorar e, se for o caso, sugerir novas políticas de gestão de recursos humanos, principalmente no que diz respeito à qualificação técnico-profissional para determinados trabalhos; elaborar manuais sobre condutas; realizar auditorias internas com regularidade[12].

11. Idem.

12. *Compliance* e auditoria interna são instrumentos diversos (ver art. 165 da Lei nº 6404/1976 – Lei das Sociedades por Ações), mas que se completam: "para executar seu trabalho é preciso que o profissional da Auditoria Interna esteja inteirado sobre as atividades desenvolvidas pelo "Compliance", com o estabelecimento de um trabalho em parceria, coordenado onde, quando de suas visitas, a Auditoria possa munir-se das informações relevantes, principalmente sobre o resultado da identificação e avaliação dos controles e riscos.

    As atividades desenvolvidas por estas áreas não são idênticas mas sim complementares pois enquanto a Auditoria Interna efetua seus trabalhos de forma aleatória e temporal, por meio de amostragens, a fim de certificar o cumprimento das normas e processos instituídos pela Alta Administração, o *Compliance* executa suas atividades de forma rotineira e permanente, sendo responsável por monitorar e assegurar de maneira corporativa e tempestiva que as diversas unidades da Instituição estejam respeitando as regras aplicáveis a cada negócio, por meio do cumprimento das normas, dos processos internos, da prevenção e do controle de riscos envolvidos em cada atividade. *Compliance* é um braço dos Órgãos Reguladores junto a Administração, no que se refere à segurança, respeito à normas e controles, na busca da conformidade". Federação Brasileira de Bancos. *Documento consultivo – Função de compliance*. Disponível em: [http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/Funcao_de_Compliance.pdf]. Acesso em: 16.03.2018. p. 13 e 14.

Consequentemente, o *compliance* pode trazer benefícios agregadores de consistência para a empresa, tais como: confiabilidade negocial no mercado interno, possibilidade de expandir seus negócios para o mercado externo, majoração da qualidade de seus produtos fabricados ou serviços prestados; governança coorporativa adequada e eficiente, além do caráter jurídico preventivo[13].

2.2. Histórico

Em que pese somente atualmente o *compliance* estar tomando campo nas discussões que debatem os riscos e as formas de prevenção, o reconhecimento de sua importância é indubitável, conforme a própria história demonstra.

Em 2004 foi publicado um Documento Consultivo denominado Função de *Compliance*, produzido por um grupo de trabalho composto pela Federação Brasileira de Bancos e pela Associação Brasileira de Bancos Internacionais, por meio do qual foi retratado um panorama histórico acerca de acontecimentos ocorridos desde o ano de 1913 que compeliram o mercado financeiro a um maior controle e organização nos moldes do *compliance*.

Constata-se, em suma, que em 1913 houve a criação do Banco Central Americano com o objetivo de se ter um sistema financeiro mais flexível, seguro e estável; em 1929 houve a Quebra da Bolsa de New York; em decorrência disso, em 1932, criou-se a Política Intervencionista *New Deal*, (com a intervenção do Estado na economia para a correção de problemas gerados pelo capitalismo); em 1933, 34 e 40, respectivamente, o Congresso Americano votou medidas com a finalidade de proteger o mercado de títulos de valores mobiliários e seus investidores (*Securities Act*); foram criados o registro do prospecto de emissão de títulos e valores mobiliários (*Securities and Exchange Commission* – SEC); e o registro dos consultores de investimento e registro de fundos mútuos; em 1945 surgiu o Fundo Monetário Internacional e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), com o propósito de cuidar da estabilidade do Sistema Monetário Internacional; em 1950 implementou-se o *Prudential Securities*, com a contratação de advogados para acompanhar a legislação e monitorar as atividades com valores mobiliários[14].

Em 1960 – chamada de Era *Compliance*, a SEC pede a contratação de escritórios de *compliance* visando: à criação de procedimentos internos capazes de

13. Muitas empresas somente buscam a prevenção quando um fato que a prejudicou já aconteceu.

14. FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. Op. cit., p. 4-8.

executar controles; ao treinamento de pessoas; e ao monitoramento das áreas de negócios com o objetivo de obter a sua efetiva supervisão[15].

Até o ano de 2013 (até onde vai a análise histórica constante do Documento Consultivo ora analisado), inúmeros fatos comprovam a necessidade do controle e da gestão por meio do *compliance:* em 1970 houve o Desenvolvimento do Mercado de Opções e Metodologias para as finanças corporativas; em 1974 o Mercado Financeiro Mundial chocou-se com o caso Watergate, que demonstrou a debilidade dos controles no Governo Americano, constatando-se o mau uso da máquina político-administrativa para servir a finalidades ilícitas particulares; em 1975 foi criado o Comitê da Basiléia para Supervisão Bancária (o qual será explanado adiante neste artigo); em 1988 foi estabelecida a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, em Viena; em 1990 editou-se 40 recomendações sobre lavagem de dinheiro do Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF) (revisadas em 1996); em 1992 o Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Outros Delitos Graves foi elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD) e aprovado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA); em 1995 faliu o Banco Barings em razão de um sistema de controles internos fraco e houve a criação do Grupo de Egmont com o objetivo de promover a troca de informações, o recebimento e o tratamento de comunicações suspeitas relacionadas à lavagem de dinheiro provenientes de outros organismos financeiros[16].

O Documento Consultivo chega a 1998 trazendo uma nova denominação: Era dos Controles Internos. Nesse ano no Brasil houve a publicação Lei nº 9.613/98, sobre crimes de lavagem ou ocultação de bens, a prevenção da utilização do Sistema Financeiro Nacional para atos ilícitos, além de criar o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e a Declaração Política e o Plano de Ação contra Lavagem de Dinheiro, adotados na Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o Problema Mundial de Drogas, Nova Iorque[17].

Um ano depois, em 1999, criou-se na África um grupo contra a lavagem de capitais (*Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group* (ESAAMLG) e em 2000 uma organização intergovernamental (GAFISUD) para atuar na prevenção à lavagem de dinheiro em âmbito regional, composta por países da América do

15. Idem.
16. Idem.
17. Idem.

Sul; em 2001 falha nos controles internos e fraudes contábeis levaram a ENRON à falência e, no mesmo ano, foi implementado o *US Patriot Act*[18] (Lei Patriota[19]) em decorrência do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, com o objetivo de permitir que órgãos de segurança e de inteligência dos Estados Unidos interceptassem ligações telefônicas e e-mails de organizações e pessoas supostamente envolvidas com o terrorismo, sem necessidade de qualquer autorização da Justiça, sejam elas estrangeiras ou americanas[20]-[21]. Em 2002 a WORLDCOM é levada à concordata pela falha nos controles internos e fraudes contábeis pela manipulação dos resultados, mesmo ano em que o Congresso Americano publicou o *Sarbanes-Oxley Act*, que determinou às empresas registradas na SEC adotarem práticas contábeis mais eficientes, independência da auditoria e criação do Comitê de Auditoria; em 2003 o Conselho Monetário Nacional publicou a Resolução nº 3198 sobre auditoria independente e regulamentou a instituição do Comitê de Auditoria, com funções parecidas com as do *Sarbanes-Oxley Act*, além de emitir a Carta-Circular nº 3098 sobre a necessidade de registro e comunicação ao BACEN de operações em espécie de depósito, provisionamentos e saques a partir de cem mil reais[22].

2.2.1. Acordo de Basileia

Com a finalidade de propiciar estabilidade monetária e financeira após a Quebra da Bolsa de New York (1929), em 1930 foi instituído o Banco de Compensações Internacionais (*Bank for International Settlements* – BIS). Ligado a ele, em 1975,

18. Idem.
19. GAZETA BRAZILIAN NEWS. *Senado dos EUA prorroga vigência da Lei Patriótica*. 22/dez/2005. Disponível em: [http://gazetanews.com/senado-dos-eua-prorroga-vigencia-da-lei-patriotica]. Acesso em: 16.03.2018.
20. ÉPOCA. *Casa Branca admite que monitora telefonemas de cidadãos americanos*. 06/jun/2013. Disponível em: [http://revistaepoca.globo.com//Mundo/noticia/2013/06/casa-branca-admite-que-monitora-telefonemas-de-cidadaos-americanos.html]. Acesso em: 16.03.2018.
21. A Lei Patriota sofreu alterações até 2015, quanto foi aprovada pelo Congresso Norte Americano a nova lei *USA Freedom Act (Lei ou Ato de Liberdade) contendo várias mudanças*, à exemplo da utilização de dados e a definição de quem pode arquivar informações obtidas pela Agência Nacional de Segurança daquele país. congress.gov. Usa Freedom Act of 2015. Disponível em: [https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2048/text?overview=closed]. Acesso em: 16.03.2018.
22. FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS, op. cit. p. 4-8.

foi criado pelos bancos centrais dos países que compõem o G-10[23], o Comitê da Basileia para Supervisão Bancária (*Basel Committee on Banking Supervision* – BCBS) que atua como um fórum mundial de debates e cooperação relativa à cautela da regulação bancária, tendo como objetivos primordiais robustecer essa regulação e reforçar a supervisão e as práticas adequadas exercidas no mercado financeiro[24].

O BCBS firmou três acordos notadamente voltados ao *compliance*. O primeiro deles – Basileia I, estabeleceu em 1988, 25 princípios com o propósito de determinar critérios para exigências de capital para instituições financeiras como forma de evitar o risco de crédito[25]. Esse acordo de 88 foi complementado em 1996 porquanto foi inserido o Risco de Mercado no cálculo do capital mínimo.

No Brasil, em 1998, o Conselho Monetário Nacional, adotando os conceitos dos princípios atinentes à Supervisão pelos Administradores e Cultura/Avaliação de Controles Internos do BCBS, publicou a Resolução nº 2.554/98 sobre a instalação e utilização de sistema de controles internos[26].

Com o intuito de perseguir as alterações naturais do mercado, em 2004, o BCBS adaptou os referidos princípios por meio do segundo acordo – Basileia II, pelo qual foram estabelecidos aos bancos níveis mínimos de estoques de capital, novas regras contábeis mais transparentes e maior segurança dos sistemas e dos dados[27].

Somado aos princípios, o BCBS passou a fundamentar a sua atuação e a focar os seus objetivos em três pilares: 1) requerimentos de capital para risco de crédito, mercado e operacional; 2) revisão pela supervisão do processo de avaliação da adequação de capital dos bancos; e 3) disciplina de mercado. Contudo, a crise financeira mundial iniciada em 2007 e que teve sua fase crítica em 2008 em razão

23. Grupo dos países mais industrializados do mundo, fundado em 1962. Apesar do nome, mais de 10 países, hoje, compõem o grupo: Bélgica, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Países Baixo Reino Unido, Alemanha Ocidental, Suécia, Espanha e Austrália. Wikipedia. G 10. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/G10]. Acesso em: 16.03.2018.
24. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Recomendações de Basileia*. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/basileia.asp]. Acesso em: 16.03.2018.
25. Idem.
26. FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS, op. cit. p. 7.
27. INSTITUTODEPESQUISAECONÔMICAAPLICADA.*AcordodaBasileia*.Disponívelem: [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2096:catid=28&Itemid=23]. Acesso em: 22.03.2018.

da baixa liquidez do sistema bancário, sinalizou a insuficiência dos acordos anteriores, desencadeando novo acordo publicado em 2010 – Basileia III.

O objetivo do acordo Basileia III era fazer com que fosse reduzido o risco de a crise financeira influenciar o setor econômico transferindo para ele os problemas aflorados nas finanças. Para tanto, era necessário aprimorar a capacidade de as instituições financeiras lidarem com as adversidades desse período com sobriedade[28].

Adicionalmente, esse terceiro acordo firmado definiu o que foi denominado de ajustes prudenciais – "[...] deduções de elementos patrimoniais que podem comprometer a capacidade de absorção de perdas do Capital Principal, em decorrência de sua baixa liquidez, difícil avaliação ou dependência de lucro futuro para serem realizados"[29].

3. *Compliance* penal

A história demonstra a presença tímida da preocupação com os riscos já no ano de 1913 e com maior evidência a partir da década de 60, sempre voltada para o ramo financeiro. Os fatos acontecidos no decorrer dos anos posteriores influenciaram a legislação penal, haja vista a edição da Lei nº 9.613/98, que dispõe sobre os "crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF"[30] e da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) que trata da "responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira"[31-32].

---

28. BANCO CENTRAL DO BRASIL, op. cit.
29. BANCO CENTRAL DO BRASIL, op. cit.
30. BRASIL. *Lei nº 9613/1998*. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm]. Acesso em: 22.03.2018.
31. BRASIL. *Lei nº 12846/2013*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm]. Acesso em: 22.03.2018.
32. Edwin Sutherland, criminalista norte americano, criou a figura do crime do colarinho branco e propôs a Teoria da Associação Diferencial, por meio da qual analisa que o indivíduo, no seu ambiente de trabalho – meio de negócios, aprende um comportamento novo e delinque a partir dele. O indivíduo, portanto, associa-se diferenciadamente porque pratica o crime nesse meio de trabalho, especificamente. SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*. Versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

É crível afirmar, a partir daí, que as abordagens iniciais sobre o *compliance* na esfera penal tiveram origem nos debates relativos, nacional e internacionalmente, às questões concernentes ao Direito Penal Econômico.

Se num primeiro momento o *compliance* estava completamente inserido no mundo das finanças e, logo em seguida, era vislumbrado como forma de implementação de boas práticas ou de práticas consideradas éticas a fim de se conquistar o mercado, hoje, inevitavelmente, o *compliance* é mais correntemente discutido em razão de sua importância para a prevenção da responsabilização penal no campo de atuação das PJ – fala-se, pois, do denominado *criminal compliance*.

Essa nova perspectiva de se trabalhar o Direito surge com os crimes econômicos e suas consequências penais para o empresário e para sua empresa. Assim, quando os diretores e gerentes de empresas passaram a ser investigados e processados no âmbito criminal, aflorou em paralelo a necessidade premente de se criar mecanismos de prevenção de suas atividades.

> "Portanto, a primeira característica atribuída ao termo *criminal compliance* é *prevenção*. Diferentemente do Direito Penal tradicional, que está habituado a trabalhar na análise *ex post* de crimes, ou seja, na análise de condutas comissivas ou omissivas que já violaram, de forma direta ou indireta, algum bem jurídico digno de tutela penal, o *criminal compliance* trata o mesmo fenômeno a partir de uma *análise ex ante, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal* da empresa ou instituição financeira"[33]. (nossos grifos)

Nesse passo, há quem defenda atualmente a contratação de *compliance officer* (diretor de *compliance*) pelas empresas que buscam prevenir riscos penais[34]. Contudo, recentes discussões jurídicas têm levantado posições antagônicas quanto aos limites da responsabilidade do referido profissional, mormente quanto *à* possibilidade de ele ser caracterizado como um agente garantidor de afastamento de danos, especificamente nos casos de crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão).

33. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre criminal *compliance*. *Boletim IBCCRIM*. Ano 18, nº 218. São Paulo: IBCCRIM, Jan/2011, p. 11.

34. A implantação de *compliance* ou contratação de *compliance officer* não é legalmente obrigatória. O entendimento no sentido de que a responsabilidade penal da PJ será automaticamente afastada se ela tiver *compliance* é equivocado, haja vista que a Lei Anticorrupção tão somente prevê que a sua existência será considerada na aplicação da pena (inciso VIII, do art. 7º da Lei nº 12.846/2013).

Recorde-se, por oportuno, que a figura do garante consta do art. 13, § 2º do Código Penal (CP) e "O que caracteriza essa espécie delitiva é exatamente a transgressão do dever jurídico de evitar o resultado, a que se estava obrigado"[35]. Para o instituto do *compliance*, a hipótese que, à primeira vista, parece mais adequada é a da alínea *c*, que descreve que o risco é criado por um comportamento anterior.

Nesse ínterim, h*á quem entenda que* o *compliance officer não é responsável pelo dano ou pelo crime efetivamente* praticado, uma vez que não teria competência e nem poder decisório no âmbito interno de uma empresa.

Tal entendimento foi exteriorizado no depoimento do Sr. Carlos Godinho, ao responder aos questionamentos formulados pelo representante do Ministério Público, nos autos da Ação Penal nº 470, de Minas Gerais (AP 470/MG)[36], julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2012:

> "*É o seguinte: esse relatório surgia no compliance. Eu fazia a versão inicial dele, colocava todas as recomendações. Como funciona o compliance? O compliance é como um advogado que tem de analisar as normas, a legislação e verificar se o Banco está em conformidade com aquilo. Ele não faz uma fiscalização, ele recomenda: 'Olha, se não fizer isso, pode acarretar um risco de imagem, um risco legal, uma multa, perder um cliente'. Então, são recomendações que a diretoria acata ou não. Por que isso? Porque sempre, a nível de Banco Central, tem que ter um diretor estatutário para ser responsável por prevenção à lavagem de dinheiro, por controles internos e compliance, por recursos de terceiros e uma série de procedimentos que o Banco Central exige do diretor estatutário*"[37]. (grifos nossos)

Cabe aqui destacar os ensinamentos de Renato de Mello Jorge Silveira quando manifesta que a hipótese da alínea *c*, do § 2º, do art. 13 do CP é uma situação de ingerência, de falta de cautela de quem deveria tê-la. Nesse sentido, se a empresa for entendida como uma fonte de riscos, e for verificado um comportamento negligente (omisso) de seu dirigente, ele será penalmente responsabilizado[38].

---

35. PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

36. A ação ficou conhecida como "mensalão".

37. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Penal 470*. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494]. Acesso em: 22.03.2018. p. 1901. A partir do julgamento dessa Ação Penal, o Brasil passou a estudar as consequências jurídicas pela falha dolosa no *compliance* e as empresas a quererem implantá-lo em suas estruturas organizacionais como meio de prevenção.

38. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Criminal *compliance* na legislação brasileira. *IBCCRIM*. Aula ministrada no curso de pós-graduação em Direito Penal Econômico. Data: 30.09.2016.

A reflexão sobre esse assunto, ademais, pode ser realizada sob o prisma do princípio do domínio (ou princípio do domínio do fato). Sendo assim, em que pese o *compliance officer* emitir recomendações e até mesmo fiscalizar efetivamente o cumprimento das ações preventivas, não seria concebível responsabilizá-lo porquanto não teria poder de comando e nem competência para decidir. Assevera-se, nessa direção, que:

> "[...] tal exame trará importantes reflexos para a exclusão de eventual responsabilidade penal do *compliance officer* por *crimes omissivos impróprios ambientais*. Com efeito, embora o *compliance* assuma *formalmente* deveres de fiscalização do cumprimento das medidas preventivas, *não possui, em regra, capacidade executiva de evitar o resultado e tampouco possui o domínio atual sobre a fonte de perigo.*
>
> Dessa forma, segundo o princípio do domínio, a suposta posição de garante do *compliance officer* se torna bastante questionável, já que unicamente exerce um poder de fiscalização/controle, mas *não influi e nem está inserido no processo produtivo empresarial interno e, por isso, tampouco exerce domínio sobre ele*"[39]. (grifos nossos).

Ao reverso, formam-se entendimentos no sentido de que o *compliance officer* tem responsabilidade penal sobre os crimes praticados no âmbito da PJ na qual atua, haja vista que o seu exercício é constituído, entre outras coisas, pela obrigação de atingir resultados, além de ter o dever de zelar pelo cumprimento das normas e pela prevenção de riscos à empresa[40].

Constata-se que internacionalmente a figura do garante relacionada diretamente ao *compliance officer* igualmente vem ganhando contornos nas discussões do campo jurídico. Isso se depreende pela decisão proferida em 2011 pelo Tribunal de Justiça Federal Alemão (*Der Bundesgerichtshof*):

> "[...] na Alemanha, por exemplo, o *BGH* (*Bundesgerichthof*) condenou um *compliance officer* por entender que, *ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, o profissional assume também uma posição de garante* e, por isso, deve ser punido criminalmente por ter assumido a

39. CARVALHO, Érika Mendes de; Kassada, Daiane Ayumi. O *compliance officer* é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais? *Boletim IBCCRIM*. Ano 24. Nº 280. Mar/2016, p. 11.

40. JECKEL, Michelle Sanches Barbosa. *Compliance ambiental*. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/22868/compliance-ambiental/1]. Acesso em: 23.03.2018.

> responsabilidade de impedir o resultado e por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância"[41]. (grifo nosso)

Por derradeiro, observa-se ainda quanto ao *compliance officer,* uma posição mais precavida, porquanto leva em consideração para a análise do fato criminoso as reais atribuições desse profissional, ou seja, as suas funções e os seus deveres concretamente desempenhados na empresa. Por essa via, não é cabível cogitar-se precipitadamente a figura de garante e a responsabilização automática desse indivíduo[42].

Apenas a título complementar, há certa discussão acerca do destino dos relatórios do *compliance*. Analisa-se se eles poderiam instruir um processo criminal a fim assegurarem as alegações da empresa ré ou seus membros e qual seria a sua efetiva contribuição defensiva. E mais, se esses relatórios poderiam servir de prova contra a empresa ré em processo criminal, levando-se em consideração que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

4. *Compliance* ambiental

Diz-se que uma empresa ganha importante feição de correção e seriedade se tem ao seu lado uma instituição financeira conceituada lhe concedendo crédito. Contudo, atualmente outros fatores se tornaram relevantes na análise conceitual de uma empresa. Nesse sentido, as políticas empresariais ambientais que visam a equilibrar o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente a fim de garantir a sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações (art. 225 da Constituição Federal – CF) têm ganhado grande relevância nas questões jurídicas e negociais ao passo que o mercado tem exigido que as pessoas jurídicas insiram em seus negócios atividades que observem e cumpram as boas práticas ambientais.

O número de normas ambientais (nacionais e internacionais) é grande (e tende a crescer) – tanto normas cogentes, quanto as de caráter voluntário, como as normas ISO (Organização Internacional para Padronização) do grupo 1400, que tratam "[...] de gerenciamento ambiental, indicando às empresas o que devem

41. SAAVEDRA, op. cit., p. 12.

42. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del "deber de control": una aproximación tópica. In ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho Penal en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 117.

fazer para minimizar os impactos ambientais de suas atividades e melhorar continuamente seu desempenho ambiental"[43].

Nesse compasso, e diante do mercado competitivo, as PJ são levadas a buscar prudência no exercício de suas atividades por meio de sua adequação às normas, como forma de identificar e prevenir riscos e passivos decorrentes do não cumprimento da legislação. Superando essa etapa, é possível, por via de consequência, conseguir o atingimento da desejada excelência dentro de seu ramo empresarial específico.

Por esse motivo, não são poucas as empresas que hoje querem conquistar emblemas, selos ou certificações capazes de divulgar positivamente as suas ações relativas ao meio ambiente e à sustentabilidade. Segundo pesquisa realizada em 2016 pelo Instituto de Pesquisa e Opinião Pública Market Analysis e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec)[44], oito em cada dez consumidores conseguiram reconhecer pelo menos um entre vinte e sete selos ambientais – esse número equivale a 81% do total de 906 consumidores adultos, de onze capitais brasileiras, que foram entrevistados[45]. De acordo com o Idec:

> "A força dos selos identificados com instituições do Estado, ONGs e produtores, e não aqueles promovidos isoladamente por empresas, é coerente com outro aspecto verificado nas respostas: a *baixa confiança dos consumidores na comunicação empresarial das suas qualidades socioambientais*. Apenas 37% dos entrevistados *acreditam que as empresas comunicam a verdade do que fazem em matéria ambiental e social*"[46]. (grifos nossos)

Note-se que a confiança dos consumidores medida pela mencionada pesquisa pode servir também como termômetro de credibilidade empresarial quanto à perspectiva de acionistas, parceiros, colaboradores, investidores e porque não dizer, quanto à confiabilidade jurídica sobre estar em conformidade com o que as normas ambientais preconizam.

---

43. RIEKSTI, Ana Carolina. *ISO14001 e a sustentabilidade. A eficácia do instrumento no alcance do desenvolvimento sustentável*. Disponível em: [https://www.usp.br/mudarfuturo/cms/?p=212]. Acesso em: 23.03.2018.
44. INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Oito em dez brasileiros identificam selos ambientais, aponta pesquisa*. Disponível em: [http://www.idec.org.br/o-idec/sala-de-imprensa/release/oito-em-dez-brasileiros-identificam-selos-ambientais-aponta-pesquisa]. Acesso em: 23.03.2018.
45. "O mais conhecido é o selo Procel, do Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica, que identifica equipamentos e eletrodomésticos de maior eficiência energética".
46. INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, op. cit.

Como proposta de incentivar e reconhecer as ações de gestão sustentável promovidas pelas entidades da Administração Pública (em especial para este estudo, as empresas públicas que exploram atividade econômica e concorrem no mercado com empresas privadas) e apoiar a divulgação dessa boa prática, o Ministério do Meio Ambiente (MMA) criou o Selo Sustentabilidade na Administração Pública (Selo A3P)[47]. A entidade se submete a um procedimento de análise e de avaliação e, ao final, pode ser contemplada com o Selo de Sustentabilidade, de acordo com três categorias independentes.

O Selo Verde tem a finalidade de identificar o esforço desempenhado pela entidade pública para implementar e aderir formalmente ao Programa da Agenda Ambiental na Administração Pública. O Selo Prata refere-se ao cumprimento de entrega do Relatório Anual de implantação da Agenda Ambiental na Administração Pública, como previsto em Termo de Adesão. À entidade é concedido o Selo Laranja se ela participa e vence o Prêmio Melhores Práticas da A3P.

No ramo de mercado de capitais vem aumentando o número de prêmios e rankings relativos a pessoas jurídicas sustentáveis. "Hoje, mais da metade das empresas que negociam ações na bolsa de valores brasileira relatam suas atividades sustentáveis, e as que não relatam justificam o porquê disso"[48].

Nesse mercado de capitais existem índices, à exemplo do ICO2 (Índice de Carbono Eficiente) e do ISE (Índice de Sustentabilidade Empresarial). Este último, foi criado com o intuito de demonstrar o retorno de uma carteira composta de ações empresariais com comprometimento reconhecido com a responsabilidade social e a sustentabilidade. Ele tem apresentado desempenho elevado, chegando a alcançar em doze meses (ano de referência 2013) uma alta de 14,55%, enquanto que, comparativamente, a Ibovespa teve queda de 5,25%, no mesmo período[49].

Por tudo isso, transformar a estrutura da PJ implementando o *compliance* ambiental e permitir que ele se torne parte integrante do sistema de gestão e controle da empresa, mostra-se a opção mais racional, não apenas quanto ao objetivo de

47. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Selo sustentabilidade na administração pública. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/selo-a3p] Acesso em: 23.03.2018.

48. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Certificações e selos de sustentabilidade estimulam empresas e impulsionam*. Disponível em: [http://eaesp.fgvsp.br/post/certifica%C3%A7%C3%B5es-e-selos-de-sustentabilidade-estimulam-empresas-e-impulsionam]. Acesso em: 23.03.2018.

49. Idem.

manter a sua boa imagem no mercado negocial e de consumo, mas também quanto à finalidade de se identificar e analisar riscos e prevenir infrações ambientais. Certamente, é também uma vantagem que gera economia, afinal, como menciona o provérbio popular, é melhor prevenir do que remediar.

Prova de que a questão ambiental se tornou imprescindível e inevitável é a Resolução BACEN nº 4.327, expedida em 2014, pelo Banco Central do Brasil (BACEN)[50] às instituições financeiras, em conformidade com o art. 225 da CF e com o que define a Lei nº 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. A normativa trata da implantação da Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA) pelas instituições financeiras e outras instituições que detenham autorização para funcionar, estabelecendo que o BACEN pode determinar controles e procedimentos quanto à PRSA (art. 13).

Constata-se que a referida norma se deteve consideravelmente ao risco socioambiental, definindo-o como "[...] a possibilidade de ocorrência de perdas das instituições [...] decorrentes de danos socioambientais" (art. 4º).

Em seu artigo inaugural, dois princípios são prescritos – da proporcionalidade e da relevância. O primeiro define que a PRSA deve ser compatível com a natureza da instituição, bem como com a complexidade de suas atividades, serviços e produtos. O segundo prevê como relevante "*o grau de exposição ao risco socioambiental* das atividades e das operações da instituição" (incisos I e II, do art. 1º) (grifo nosso).

Em consonância com o princípio da relevância, a Resolução determina que a PRSA tem a obrigação de criar diretrizes para ações estratégicas ligadas à governança, "[...] para fins de *gerenciamento do risco* socioambiental" (§ 2º, do art. 2º) (grifo nosso), bem como prover condições para a verificação da adequação desse controle de risco (inciso IV, do § 1º, do art. 3º).

Somado a isso, para o gerenciamento do risco socioambiental, as instituições devem considerar: os sistemas, rotinas e procedimentos capazes de identificar, classificar, avaliar, monitorar, mitigar e controlar o risco; registro de dados a respeito das perdas experimentadas em consequência de danos socioambientais; avaliação preliminar dos potenciais impactos socioambientais negativos; e adaptação do próprio sistema de gerenciamento de riscos às alterações de leis ambientais (em sentido amplo) e de regulamentos de mercado (art. 6º).

50. BANCO CENTRAL DE BRASIL. Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014. Disponível em: [http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf]. Acesso em: 23.03.2018.

Além dos dois princípios referidos no artigo primeiro, os quais constam expressamente da norma, ela ainda exige que a PRSA deve se calcar em outros princípios e diretrizes como base das ações socioambientais inseridas nos negócios e no relacionamento com as partes interessadas (clientes e usuários dos produtos ou serviços; o seu corpo colaborativo interno; e as pessoas que possam sofrer, de qualquer maneira, a influência de suas atividades) (art. 2º).

Digno de ser salientado, a Resolução estabelece o estímulo à participação das partes interessadas no processo de elaboração da PRSA (§ 3º, do art. 2º), em notável observância ao *princípio ambiental da participação*. A participação decorre do princípio décimo da Declaração Rio/92[51], que, por sua vez, se fundamenta basicamente em dois pontos importantes: a informação e a conscientização ambiental[52]. E a *informação* está igualmente contemplada na Resolução, haja vista que a instituição deve assegurar a divulgação interna e externa de sua PRSA (inciso II, do art. 12).

Resta evidenciar as prerrogativas definidas legalmente aos diretores da instituição e ao conselho administrativo, se este existir. A norma prevê que a diretoria e o conselho administrativo institucional devem aprovar a PRSA e o seu respectivo plano de ação (art. 10); deve ser designado um diretor responsável pelo cumprimento da PRSA; e a PRSA deve sofrer avaliação periódica (a cada cinco anos) pela diretoria e pelo conselho de administração (§ 5º, do art. 2º). Verifica-se, inevitavelmente, que os membros da diretoria e do conselho administrativo têm responsabilidade sobre a PRSA, sendo inadmissível (num primeiro momento) por tudo que foi analisado até aqui, alegar o desconhecimento dos possíveis riscos socioambientais levantados por meio da PRSA institucional[53].

---

51. Princípio 10: "A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos". Organização das Nações Unidas. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: [http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf]. Acesso em: 24.03.2018.

52. SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141 e 142.

53. Cabe aqui fazer uma breve indicação do que se pode discutir sobre a teoria do delito quanto a responsabilidade da PJ, de seus membros, e inclusive do *compliance officer*,

Nesse passo, é recomendável a implantação do *compliance* para resguardar juridicamente a diretoria e os conselheiros, pois por meio desse instituto é possível garantir a manutenção do gerenciamento e do controle de riscos socioambientais de forma *contínua* (diferentemente da PRSA, cuja avaliação deve ocorrer a cada cinco anos; e das auditorias internas, que também são realizadas periodicamente e não continuamente).

Indubitavelmente, a legislação ambiental é complexa e favorece o meio ambiente[54], razão pela qual a análise apurada e ininterrupta dos processos internos e da atuação da PJ se torna valiosa e imprescindível. Nos dias atuais é inconcebível, sob pena de retroceder na tutela ambiental, que a PJ faça prevalecer o seu desenvolvimento econômico em face da preservação do meio ambiente e, mais, que considere um custo adicional que majore a sua despesa, afastando a real consciência da necessidade (socioambiental e negocial) do atendimento à legislação ambiental. Até porque, ao reverso, a valorização de mercado obtida pelas práticas de sustentabilidade é um critério a ser seriamente considerado pelos empreendedores.

O *compliance* ambiental tem a finalidade de verificar pontos vulneráveis e prevenir riscos ambientais, assegurando que a PJ cumpra a legislação ambiental, evitando o seu descrédito no mercado, autuações administrativas e responsabilização civil e penal em decorrência de danos ambientais. Outrossim, por intermédio do

conforme o caso concreto, pode ser discutida juridicamente e judicialmente trazendo à baila o que já foi mencionado quanto aos crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão); a teoria do domínio do fato; e a responsabilidade da PJ na seara penal ambiental, que será tratada.

54. Descarga de 50 litros de óleo combustível no porto de Santos/SP. "No meio ambiente, apresenta toxidade aos organismos aquáticos devido ao potencial de *bioacumulação* e de redução dos níveis de oxigênio dissolvido, além de trata-se de produto de baixa degradação e alta persistência. Adequação ao teor da Lei nº 9.966, de 28/4/2000, que dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição em águas sob jurisdição nacional. 4. A vulnerabilidade do estuário do Porto de Santos/SP não deriva somente de grandes vazamentos. Mesmo os mais modestos, como o do caso dos autos – até porque são mais frequentes – muito contribui para a deterioração da biota, fazendo-se necessária a coibição e a prevenção de todo tipo de ação/omissão degradante ao meio ambiente. *Condenação da empresa ré mantida*" (grifos nossos). Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 778.589 – SP. Decisão: 09.11.2015. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=53517486&num_registro=201502310505&data=20151112]. Acesso em: 24.03.2018.

compliance é possível o estabelecimento de procedimentos ou programas capazes de remover prováveis danos ambientais.

Destarte, a PJ deve fazer com que as informações do *compliance* sejam divulgadas e efetivamente compreendidas por todos os departamentos que a compõe a fim de que seus colaboradores tenham ciência e cumpram a política de conformidade adotada por ela.

5. Tutela jurídica do meio ambiente e responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica

A proteção jurídica do meio ambiente no Brasil iniciou-se tardiamente, ganhando contornos somente após a Segunda Guerra Mundial, na metade do século XX. O Direito Ambiental, inserido nos direitos de terceira dimensão (ou geração), faz parte do grupo dos direitos que ressaltam a fraternidade e a solidariedade, guiando-se pelo ideal de ação positiva do Estado e participação da sociedade ao mesmo tempo. Neste mesmo momento histórico, vivia-se a evolução da modernização tecnológica e o consumo de massa baseados na exploração do meio ambiente como principal fonte de produção, causando, como consequência, a sua degradação.

Segundo explica Ulrich Beck (et al), a modernização pode ser dividida da seguinte forma: a modernização simples, vislumbrada no período industrial; e a modernização reflexiva, que faz com que a sociedade industrial desapareça e dê lugar ao surgimento do que ele denomina *sociedade mundial do risco*. Referida sociedade representa a velocidade da construção de resultados vitoriosos da modernização capitalista ocidental calcados no feroz e contínuo progresso tecnológico e econômico, o que causa a autodestruição da fase industrial. Assim, a modernização reflexiva traduz um confronto entre a modernização e o que dela decorre, ou seja, suas consequências[55]. A partir disso, Ulrich Beck afirma que o "[...] discurso sobre a sociedade mundial do risco pode nos fazer sobrevalorizar a relativa autonomia da crise ecológica e transformá-la numa perspectiva unidimensional da sociedade global"[56], quando, na verdade, ela tem influência e pode afetar a tudo e a todos.

55. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 1997, p. 12.

56. BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 83.

O ser humano não tinha conhecimento científico suficiente para compreender que os recursos naturais são finitos e não tinha consciência do valor do meio ambiente e da importância dos ecossistemas e da biodiversidade. Por essa razão, a maior parte das decisões e das normas expedidas diziam respeito ao benefício do Homem e ao atendimento de seus interesses econômicos ou de poder, em patente antropocentrismo.

Cabe aqui, um breve apontamento sobre alguns atos de governo e a legislação brasileira acerca da preservação ambiental, anterior ao marco da proteção do meio ambiente, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, também chamada de Conferência de Estocolmo, realizada em 1972. Em síntese, destaca-se: o Regimento do Pau-Brasil (1605); Cartas Régias sobre a conservação de florestas e madeiras (1797); criação do Jardim Botânico do Rio de Janeiro (1808) por D. João VI, para a aclimação de novas espécies trazidas com a chegada da família real; reflorestamento da Floresta da Tijuca (1861) determinada por D. Pedro II para garantir água ao Rio de Janeiro; Código Civil de 1916 (arts. 554 e 555) previa limitações da propriedade no âmbito do meio ambiente urbano; década de 30, durante o governo de Getúlio Vargas, buscou-se a proteção dos recursos naturais de importância econômica; Código Florestal (1934); Código de Águas (1934); Código de Minas (1940); Lei de Proteção à Fauna (1967); e Código de Pesca (1967)[57].

Em 1972, ocorre a Conferência de Estocolmo, um importante acontecimento que firmou o pensamento do século XX no sentido de entender o meio ambiente como Direito Humano. Foram estabelecidos 26 princípios que retratam a atenção com o desenvolvimento e o meio ambiente[58]. "Essa ideia foi tomando corpo à medida que os países estruturaram uma legislação ambiental, estabelecendo regras para que a atividade econômica não causasse danos irreparáveis ao meio ambiente, desafio este a ser enfrentado por toda a humanidade"[59].

A Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6938/1981, surgiu com o propósito de harmonizar o desenvolvimento econômico-social com o equilíbrio ecológico e a preservação da qualidade ambiental, além de ter criado o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama). Ela prevê no parágrafo primeiro

57. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31-34.

58. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Declaração de Estocolmo*. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc]. Acesso em: 24.03.2018.

59. GRANZIERA, op. cit, p. 35.

do art. 14, a *responsabilidade objetiva* (independente de culpa) em decorrência do não cumprimento de medidas necessárias à preservação ambiental ou à correção dos danos causados pela degradação da qualidade do meio ambiente. O infrator, por consequência, fica sujeito à ação civil e *criminal* e é obrigado a indenizar ou reparar o dano ambiental, inclusive, relativo a terceiros também prejudicados[60].

Em 1988, nessa mesma levada, a Constituição Federal[61] veio enriquecer o sistema jurídico ambiental e alicerçar o ordenamento como um todo, englobando o meio ambiente natural, do trabalho, artificial, urbano e artístico. O art. 170, que disciplina especificamente a *ordem econômica*, determina a observância de alguns princípios, entre eles, o da "*defesa do meio ambiente*, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação" (grifo nosso).

Prevê o art. 173, § 5º, da CF, que nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, a lei estabelecerá a *responsabilidade da PJ*, que responderá em compatibilidade à sua natureza, sem prejuízo da responsabilidade individual de seus dirigentes.

O notável art. 225 da CF (*caput*) garante a todos o direito de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, imprescindível para uma vida sadia, determinando que ele deve ser preservado para as presentes e futuras gerações, tanto pelo Poder Público quanto por toda a coletividade. O parágrafo primeiro atribui ações ao Poder Público com a finalidade de assegurar a efetividade desse direito. O segundo parágrafo trata da exploração de recursos minerais; o quarto, classifica a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira como patrimônio nacional, delimitando que para a sua utilização deverá ser obedecida lei específica; o quinto, estabelece como indisponíveis terras devolutas ou arrecadadas, nos termos ali definidos; e o sexto, trata das usinas nucleares.

Importante destaque deve ser feito ao parágrafo terceiro do art. 225 da CF, pois, apesar de existirem precedentes normativos penais sobre o meio ambiente[62], é

60. BRASIL. Lei nº 6938/1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm]. Acesso em: 24.03.2018.

61. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm]. Acesso em: 24.03.2018.

62. Código Penal (arts. 163, 165, 166, 270, 271, 259); Lei das Contravenções Penais – Decreto-lei nº 3688/1941 (arts. 42 e 64); e ainda, Lei de Política Nacional do Meio

neste dispositivo constitucional que se fundamenta o sistema penal ambiental. O legislador constitucional estabeleceu que as pessoas físicas e também as *pessoas jurídicas podem ser infratoras de condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente*, ficando sujeitos a sanções *penais* e administrativas, além do dever de reparar o dano (tríplice responsabilidade).

Em 1992, no Rio de Janeiro, aconteceu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (a Rio-92), da qual resultou a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, contendo 27 princípios que ratificam a Declaração de Estocolmo/72. Com a cooperação dos Estados, de setores-chave da sociedade e dos indivíduos, pretendeu-se buscar a proteção da integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, tendo sido firmada a Agenda 21, "[...] instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica"[63].

Com suporte constitucional, foi editada a Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/98, que prevê sanções penais e administrativas para condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Essa lei não revogou as demais disposições penais, pelo que se deve observar que ela não é um instrumento jurídico exclusivo na esfera penal ambiental, mas, mesmo assim, é um inatacável marco no Direito Penal Ambiental brasileiro. Além disso, a intenção do legislador infraconstitucional deve ser considerada, em que pesem as diversas controvérsias jurídicas (à exemplo das discussões acerca das características administrativas da lei; das normas penais em branco; do seu sistema de penalização; das incongruências sobre a transação penal e da suspenção condicional do processo; a possibilidade ou não da aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, entre outras).

É inadmissível até aqui, negar a importância do *compliance* diante de tantas minúcias técnicas do sistema jurídico penal ambiental, até porque, como sustentam Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas, "O estigma de um processo penal gera efeitos que as demais formas de repressão não alcançam"[64].

Mas a Lei de Crimes Ambientais vai além e ratifica a previsão de responsabilização pelos danos ambientais prevista constitucionalmente (§ 3º, do art. 225,

Ambiente – Lei nº 6938/81; o antigo Código Florestal – Lei nº 4771/65; Lei de Proteção à Fauna – Lei nº 5197/67; Lei de Parcelamento do Solo Urbano – Lei nº 6766/79.

63. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Agenda 21*. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-2]. Acesso em: 24.03.2018.

64. FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

da CF) (o que retira a ideia de inconstitucionalidade) e também na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (§ 1º, do art. 14) e estabelece a responsabilidade penal da PJ em seu art. 3º:

> "Art. 3º. As *pessoas jurídicas serão responsabilizadas* administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
>
> Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas *não exclui* a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato"[65]. (grifos nossos)

Interpretando-se literalmente o texto legal, vislumbra-se que há dois requisitos para que a PJ seja responsabilizada: o primeiro se refere à decisão tomada pelo seu representante legal ou contratual, ou seu órgão colegiado; e o segundo, ligado diretamente ao primeiro, determina que tal decisão deve ter sido adotada visando ao interesse ou ao benefício da entidade. Seu parágrafo único, contudo, esclarece que as pessoas físicas podem ser responsabilizadas, não se excluindo a responsabilização também da PJ. Nesse passo, possibilita-se a ação penal apenas em face da PJ, se não puder se identificar as pessoas físicas, mas também contra todas elas, a depender do caso concreto[66].

Isso se deu em razão da dificuldade de apuração do crime e de sua autoria no ramo empresarial[67]. A punição acabava recaindo sobre os empregados menos graduados na hierarquia da empresa, os quais, muitas vezes, não tinham poder de mando, e as demais pessoas envolvidas do alto escalão não sofriam qualquer consequência. Diz Sérgio Salomão Shecaira que "[...] sempre que se pretende a punição dos prováveis responsáveis – aqueles que detêm os cargos de direção – esbarra-se na notória dificuldade da falta de provas no âmbito da criminalidade das empresas"[68].

---

65. BRASIL. Lei nº 6.905/1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm]. Acesso em: 24.03.2018.
66. FREITAS, op. cit. p. 72.
67. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 83554/PR*. Decisão: 16.08.2005. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883554%2ENUME%2E+OU+83554%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j57z83f]. Acesso em: 24.03.2018.
68. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. v 101. p. 281-294. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.

Novamente, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas abordam que a responsabilidade penal da PJ está vinculada à discussão quanto à culpabilidade. Assim, manifestam que aqueles que são contra essa responsabilidade, defendem que a PJ não pensa, quem faz isso por ela é uma pessoa física. Ela não tem vontade, ânimo de praticar crimes, por isso, qualquer condenação nesse sentido seria com base numa responsabilidade objetiva[69].

Os debates doutrinários acerca da responsabilidade penal ambiental da PJ eram vários e antagônicos, mas a jurisprudência sedimentou o entendimento, que hoje deve ser observado com cautela. Assim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), apoiado na teoria tradicional do delito e no elemento subjetivo do tipo penal (dolo ou culpa), detinha o posicionamento de que não era possível a responsabilização da PJ sem a da pessoa física – *teoria da dupla imputação*. A PJ, por ser uma ficção jurídica, somente poderia ser responsabilizada em decorrência da intervenção de uma pessoa física que agiria em proveito do ente moral, devendo essa dinâmica ser demonstrada na peça acusatória, sob pena da denúncia ser considerada inepta e não ser recebida[70].

Esse entendimento foi manifestado em 2006, por ocasião do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 16.696/PR, cujo fato criminoso que deu origem à ação penal foi o seguinte:

> "(...) no dia 16 de julho de 2000, a denunciada PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária – Estado do Paraná, denominada Refinaria Presidente Getulio Vargas – REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refinaria, acabaram por poluir os Rios Barigüi e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio do *vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora*, porque embora tenham colocado em *risco o meio ambiente* pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, *deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas – dentre as disponíveis – para prevenir ou minimizar os*

69. FREITAS, op. cit. p. 71.

70. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 610114 – RN*. Decisão: 17.09.2005. Relator Min. Gilson Dipp. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=594465&num_registro=200302100870&data=20051219&formato=PDF]. Acesso em: 27.03.2018.

> *efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza*[71]." (grifos nossos)

Por meio do deferimento do *Habeas Corpus* (HC) nº 83.554 impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), o presidente da empresa obteve o trancamento da ação penal em razão de não ser clara a relação de causa e efeito entre a conduta do paciente e o vazamento do oleoduto. Uma das análises realizadas pelo Pretório Excelso para tal decisão diz respeito às instâncias existentes dentro do organograma estrutural da Petrobrás – entre a sua presidência e o oleoduto há diversos setores gerenciais e operacionais, indagando-se, pois, se era o presidente quem examinava a conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos.

Nessa mesma esteira, nos autos do RMS 16.696, concede-se HC de ofício ao superintendente da PJ e, ao final, com fulcro na jurisprudência do próprio STJ, foi dado provimento ao RMS, excluindo-se a Petrobrás do polo passivo.

Nesse ínterim, o Ministério Público Federal (MPF) interpôs Recurso Extraordinário (RE nº 548.181 – PR) junto ao STF[72], para o qual foi proferido julgamento (em 2013) completamente diverso do STJ acerca da PJ, porquanto *afastou a necessidade da dupla imputação*. Em suma, a CF consagrou a viabilidade de se imputar a prática de crime ambiental à PJ por meio do § 3º do art. 225, em irrefutável mandado expresso de criminalização. E a intenção do legislador constitucional foi reforçada pelo parágrafo único do art. 3º da Lei de Crimes Ambientais. Evidenciou-se que é fato a extrema dificuldade de obtenção de prova de autoria pessoal de ilícitos praticados no âmbito empresarial. Hoje, as PJ são dividas de forma complexa em razão da descentralização de atribuições e responsabilidades coorporativas. Esse é um problema trazido pelas sociedades pós-industriais ou *sociedades de risco* com que o Direito Penal clássico deve lidar, sem se sobrepor ao que preconiza a norma constitucional.

5.1. Princípios do direito ambiental

Considerados autênticos alicerces do ordenamento jurídico, os princípios manifestam os valores da sociedade e apresentam uma fundamental função jurídica

71. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 16.696 – PR*. Decisão: 09.02.2006. Relator Min. Hamilton Carvalhido. p. 3. Disponível em: [ttps://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=605694&num_registro=200301136144&data=20060313&formato=PDF]. Acesso em: 27.03.2018.

72. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 548.181 – PR*. Decisão: 06.08.2013. Relatora Min. Rosa Weber. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018]. Acesso em: 27.03.2018.

quanto à interpretação e aplicação das normas. Por esse motivo, os direitos apoiados em princípios são direitos de primeira ordem e, nesse aspecto, eles representam excepcional importância para o Direito Penal Ambiental na tutela jurídica do meio ambiente, bem como para a identificação de riscos de impactos ambientais, a interpretação correta das normas e a criação perfeita de meios de prevenção – em prol do desenvolvimento econômico e da manutenção saudável do meio ambiente.

O Direito Ambiental apresenta uma gama de princípios efetivamente aplicáveis à esfera civil, administrativa e penal, firmemente utilizados pela doutrina e jurisprudência[73]. Cite-se alguns desses princípios: princípio do desenvolvimento sustentável; da prevenção; da precaução; da cooperação; da responsabilidade ou da reparação integral; da informação; da participação; do poluidor-pagador; do usuário-pagador; do uso equitativo dos recursos naturais; da proibição do retrocesso; do protetor-recebedor; da função socioambiental da propriedade; da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público.

Ultrapassada a fase de abordagem da tutela ambiental, da responsabilidade penal ambiental da PJ e da análise do sistema *compliance,* torna-se forçoso reconhecer a indubitável importância deste último instituto para o ramo do Direito Penal Ambiental. Afinal, conforme retro mencionado, o *compliance* trabalha de forma a antecipar riscos de danos futuros, adotando meios capazes de prevenir que eles efetivamente aconteçam. Especialmente quanto ao meio ambiente, isso é extremamente necessário pois há danos ambientais irreparáveis, que são, ademais, veementemente indesejados pela sociedade, intoleráveis pelo Direito e malquistos pelo mercado econômico e financeiro.

Doravante, já caminhando para a finalização do presente artigo, é chegada a hora de admitir que a responsabilização penal ambiental da PJ é possível ser

73. Agravo Regimental no Gravo em Recurso Especial. Crime ambiental. Art. 54 da Lei n. 9.605/98. Perigo abstrato. Súmula 568/STJ. Recurso desprovido. 1. De acordo com o entendimento deste Tribunal, *a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção*, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54 da Lei n. 9.605/1998, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é idônea a configurar o *crime* de poluição, evidenciada sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato [...] (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 956780/M. Decisão: 27.09.2016. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=151853&num_registro=201601927518&data=20161005&formato=PDF]. Acesso em: 27.03.2018.

evitada por meio da implementação de dois primordiais princípios do Direito Ambiental ao *compliance*, quais sejam: o princípio da precaução e o princípio da prevenção.

5.2. Princípios da Precaução e da Prevenção

O princípio da precaução é sinônimo de prudência, de cautela. Por meio dele garante-se a utilização de mecanismos de análise de impacto ambiental passíveis de evitar a sua ocorrência. Embora o risco seja inerente à atividade, o que se busca é saber qual a probabilidade de ele acontecer. É, pois, um meio de antever racionalmente um mal e de preveni-lo. Ele consta da já mencionada Declaração Rio/92:

> Princípio 15. "Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental"[74].

Complementando-o, é possível asseverar que o princípio da precaução "[...] é uma proposta no sentido de que a todos os projetos potencialmente agressores ao meio ambiente se apliquem instrumentos que propiciem uma análise do impacto ambiental, para atuação no sentido de sua minimização ou mesmo proibição"[75]. Por esse aspecto, as atividades e os empreendimentos aptos a causarem dano ambiental devem, indispensavelmente, sujeitarem-se a um exame de impacto ambiental que possibilite a indicação de sua redução ou até mesmo a não implementação do exercício da atividade ou do empreendimento.

Interessante notar, que o Ministério do Meio Ambiente disponibiliza um conceito de precaução que revela claramente os valores sociais, bem como a preocupação com o ser humano. Observa-se, ademais, que a ideia de prevenção está inserida na precaução:

> "(...) relaciona-se com a associação respeitosa e funcional do homem com a natureza. Trata das *ações antecipatórias* para proteger a saúde das pessoas e dos

74. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, op. cit.

75. PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elisevier, 2010, p. 249.

> ecossistemas. Precaução é um dos princípios que guia as atividades humanas e incorpora parte de outros conceitos como justiça, equidade, respeito, senso comum e prevenção"[76]. (grifo nosso)

O princípio da prevenção também foi previsto na Declaração Rio/92 (princípio 8), estabelecendo pretensões destacadas no art. 225 da CF sobre o desenvolvimento sustentável: "Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas"[77].

Esses dois princípios, da precaução e da prevenção, não devem ser confundidos. Enquanto este trata de riscos ou impactos conhecidos cientificamente (risco certo e perigo concreto), aquele diz respeito a riscos ou a impactos que não são conhecidos (risco incerto e perigo abstrato)[78]. Significa dizer que no caso da prevenção, há uma certeza da ciência acerca do dano ao meio ambiente, por isso é possível adotar medidas que evitem ou minimizem os danos já previstos. Já na precaução, impera uma incerteza, o desconhecimento da ciência acerca do dano ambiental, o que faz com que a atividade ou o empreendimento não seja realizado em respeito ao *in dubio pro* meio ambiente. Quanto a isso, José Afonso da Silva ensina que o meio ambiente:

> "(...) é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida humana*"[79].

76. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Princípio da precaução. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/legislacao/item/7512-princ%C3%ADpio-da-precau%C3%A7%C3%A3o] Acesso em: 27.03.2018.
77. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, op. cit.
78. PADILHA, op. cit., p. 254.
79. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 863 e 864.

Considerações finais

A história evidencia que a origem do *compliance* está, precipuamente, firmada em assuntos financeiros, especialmente em problemas ligados à corrupção e à ausência de controles, no secúlo XX. Esse instituto passou a ser demandado também na medida em que evoluía o desenvolvimento econômico, industrial e tecnológico. Hoje, esse controle organizacional abarca uma série de possibilidades de utilização relativas à análise e indicação de riscos e a prevenção de sua ocorrência. Nesse sentido, o presente artigo buscou estudar o *compliance* na seara do Direito Penal Ambiental e a responsabilidade da pessoa jurídica (PJ) frente aos desafios traçados pelo século XXI.

Permeando os diversos conceitos de *compliance*, acrescentou-se a definição trazida por Giovani Agostini Saavedra por manifestar, expressamente, o seu caráter preventivo – razão pela qual foi escolhida como norte deste trabalho. Segundo seus ensinamentos, uma empresa deve se adequar à prevenção de determinados riscos identificados por ela por meio da criação de um cenário futuro. Ao se falar em risco, por óbvio, o dano ainda não aconteceu, mas pode acontecer se medidas preventivas não forem adotadas.

Com fundamento nas lições do referido autor, quanto ao *compliance* penal (*criminal compliance*), a primeira característica que lhe é atribuída é a prevenção, de modo que é possível notar que o Direito Penal, neste caso, apresenta um viés diametralmente diferente do Direito Penal tradicional. Enquanto este funciona a partir da perpetração de um crime, ou seja, quando ele já ocorreu, o *compliance* penal se dedica a antever fatos que ainda não se concretizaram, a partir da análise de controles internos e externos, a fim de prevenir a sua efetivação; a consequente persecução penal e a possível responsabilização da empresa e de seus dirigentes, sócios, gerentes, gestores etc.

Na esfera do Direito Penal Ambiental, indubitavelmente, as clássicas auditorias não atendem às necessidades da PJ, uma vez que, diferentemente do *compliance*, que é executado de forma contínua, elas são realizadas apenas periodicamente. Ademais, a admissão do *compliance* no sistema de gestão e controle empresarial mostra-se a opção mais racional frente ao hodierno tratamento jurídico concedido ao meio ambiente e à complexidade de normas que disciplinam a matéria.

Dentre os instrumentos jurídicos aqui mencionados, destacam-se: a) Conferência de Estocolmo/72 – o meio ambiente passa a ser tratado como Direito

Humano e são estabelecidos 26 princípios em atenção ao desenvolvimento e ao meio ambiente; b) Lei nº 6.938/81 – instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente com o objetivo de harmonizar o desenvolvimento econômico-social com o equilíbrio ecológico e previu a responsabilização criminal por danos ao meio ambiente (art. 14, § 1º); c) Constituição Federal/88 – estabeleceu a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VI), além da possibilidade de aplicação de sanções penais às PJ infratoras de atividades lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º); d) Lei nº 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais, definiu que as PJ serão responsabilizadas penalmente "[...] nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade", não se excluindo a responsabilidade das pessoas físicas (art. 3º e par. único).

Destarte, a A doutrina discutia sobre a atribuição da responsabilidade penal ambiental à PJ. Acera disso, a jurisprudência, como explanado, merece cautela. Ao apreciar caso concreto, em 2006, o Superior Tribunal de Justiça fez prevalecer a teoria da dupla imputação (não era possível a responsabilização da PJ sem a da pessoa física). Contudo, em 2013, o Supremo Tribunal Federal alterou esse entendimento.

Destarte, é inconcebível privilegiar o desenvolvimento econômico em desfavor do meio ambiente. Além da questão da responsabilização jurídica pelo dano ambiental, ainda é premente recordar que não cabe mais à empresa economizar custos com medidas preventivas e de sustentabilidade. Aliás, conforme demonstrado, o engajamento empresarial nas boas práticas socioambientais pode lhe propiciar benefícios e proporcionar prestígio à reputação de sua imagem.

Dentro de todas essas perspectivas, admitiu-se a oportunidade de se evitar a responsabilidade penal ambiental da PJ por meio da efetiva observação de dois primordiais princípios ambientais pelo *compliance*, quais sejam: o princípio da precaução e o princípio da prevenção.

Este artigo intencionou, por derradeiro, contribuir para uma reflexão sobre a necessidade de ser assegurado o desenvolvimento sustentável, equilibrando-se o exercício da atividade econômica e a proteção do meio ambiente, a fim de atingir a sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações e possibilitar o afastamento da responsabilidade penal ambiental da PJ por meio da implementação dos princípios da prevenção e da precaução ao *compliance*.

Referências

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Recomendações de Basileia. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/basileia.asp]. Acesso em: 16.03.2018.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.* 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal *compliance*: Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 59, p. 303. São Paulo: Ed. RT, jan/2013.

BRASIL. Lei nº 6.905/1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm]. Acesso em: 24.03.2018.

BRASIL. Lei nº 9.613/1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm]. Acesso em: 22.03.2018.

BRASIL. Lei nº 12.846/2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm]. Acesso em: 22.03.2018.

BRASIL. Lei nº 6.938/1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm]. Acesso em: 24.03.2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm]. Acesso em: 24.03.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 610114/RN. Decisão: 17.09.2005. Relator Min. Gilson Dipp. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=594465&num_registro=200302100870&data=20051219&formato=PDF]. Acesso em: 27.03.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 778.589 – SP. Decisão: 09.11.2015. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=53517486&num_registro=201502310505&data=20151112]. Acesso em: 24.03.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494]. Acesso em: 22.03.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83554/PR. Decisão: 16.08.2005. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883554%2enume%2E+ou+83554%2eacms%2e%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j57z83f]. Acesso em: 24.03.2018.

CARVALHO, Érika Mendes de; Kassada, Daiane Ayumi. O *compliance officer* é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais? *Boletim IBCCRIM*. Ano 24. Nº 280. Mar/2016, p. 11.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

COMPLIANCE. Dicionário eletrônico *Cambridge*. Disponível em: [http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/compliance]. Acesso em: 13.03.2018.

COMPLIANCE. Dicionário eletrônico *Michaelis*. Disponível em: [http://michaelis.uol.com.br/busca?r=1&f=1&t=0&palavra=compliance]. Acesso em: 13.03.2018.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del "deber de control": una aproximación tópica. In ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho Penal en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 117.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Certificações e selos de sustentabilidade estimulam empresas e impulsionam. Disponível em: [http://eaesp.fgvsp.br/post/certifica%C3%A7%C3%B5es-e-selos-de-sustentabilidade-estimulam-empresas-e-impulsionam]. Acesso em: 23.03.2018.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *nemo tenetur se detegere*: cultura do controle e política criminal atuarial. XXI *Congresso Nacional do COMPEDI*. Direito Penal e Criminologia, p. 75-102. Niterói, 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Oito em dez brasileiros identificam selos ambientais, aponta pesquisa. Disponível em: [http://www.idec.org.br/o-idec/sala-de-imprensa/release/oito-em-dez-brasileiros-identificam-selos-ambientais-aponta-pesquisa]. Acesso em: 23.03.2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Acordo da Basileia. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2096:catid=28&Itemid=23]. Acesso em: 22/03/2018.

JECKEL, Michelle Sanches Barbosa. *Compliance* ambiental. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/22868/compliance-ambiental/1]. Acesso em: 23.03.2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Agenda 21. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21]. Acesso em: 24.03.2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Princípio da Precaução. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/legislacao/item/7512-princ%C3%ADpio-da-precau%C3%A7%C3%A3o]. Acesso em: 27.03.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: [http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf]. Acesso em: 24.03.2018.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 249.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIEKSTI, Ana Carolina. ISO14001 e a sustentabilidade. A eficácia do instrumento no alcance do desenvolvimento sustentável. Disponível em: [https://www.usp.br/mudarfuturo/cms/?p=212]. Acesso em: 23.03.2018.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Responsabilidade individual do *chief compliance officer*. *IBCCRIM*. Aula ministrada no curso de pós-graduação em Direito Penal Econômico. Data: 05.10.2016.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre criminal *compliance*. *Boletim IBCCRIM*. Ano 18. n 218. São Paulo: IBCCRIM, jan., 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. v.101. p. 281-294. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Criminal *Compliance* na legislação brasileira. *IBCCRIM*. Aula Ministrada no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico. Data: 30.09.2016.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WIKIPEDIA. G10. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/G10]. Acesso em: 16.03.2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Criminal *compliance* ambiental: medidas prévias ao delito e comportamento pós-delitivo positivo corporativo, de Andressa Paula de Andrade, Érika Mendes de Carvalho e Pedro Paulo da Cunha Ferreira – *RT* 959/209-239 (DTR\2015\12623);
- Responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica, de Tereza Cristina Zabala – *Ciências Penais* 17/183-200 (DTR\2013\566); e
- Responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica, teoria da dupla imputação e hermenêutica constitucional: uma análise crítica do RE 548.181/PR, de Rafael de Oliveira Costa – *RDA* 79/231-245 (DTR\2015\13239).

Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90): bem jurídico, técnica de tutela e elementos subjetivos

The crimes tax evasión (arts. 1st and 2nd, Law 8,137/ 90): legal good, protection technique e subjetive elements

Marcelo Almeida Ruivo

Professor do Mestrado e Doutorado do Programa em Ciências Criminais da PUCRS. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal). Visiting Professor nas Faculdades de Direito da Universidade de Turim e Ferrara (Itália). Pesquisador convidado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Advogado criminalista em Porto Alegre e São Paulo. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2929-9088
marceloaruivo@gmail.com

Recebido em: 08.11.2018
Aprovado em: 12.02.2019
Última versão do autor: 16.05.2019

Áreas do Direito: Penal; Tributário; Constitucional

Resumo: O artigo descreve a estrutura objetiva e subjetiva dos crimes contra a ordem tributária. Os crimes contra a ordem tributária dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 são crimes de fraude fiscal, que protegem os bens jurídicos, receita tributária e verdade informacional. O art. 1º protege os bens jurídicos diante de danos. O art. 2º protege os bens jurídicos diante de perigos de dano. A diferença entre eles está no grau de ofensa aos bens jurídicos tutelados exigidos pela redação típica para a consumação delitiva. Essas conclusões são resultado da avaliação das hipóteses de bens jurídicos encontradas na doutrina e na jurisprudência.

Palavras-chave: Fraude fiscal – Receita tributária – Verdade informacional – Elisão – Ofensividade – Insignificância.

Abstract: The article describes the objective and subjective structure of the crimes against the tax order. The crimes against the tax order of the articles 1 and 2 of the Law 8,137/90 are crimes of tax fraud, which protect the legal interests tax revenue and informational truth. The art. 1º protects the legal good from damages. The art. 2º protects the legal good in the face of dangers of demage. The difference between them is in the degree of offense to the legal goods required. These conclusions are the result of the evaluation of the hypotheses of legal goods found in the doctrine and in the jurisprudence.

Keywords: Tax fraud – Tax revenue – Informational truth – Elision – Offensiveness – Insignificance.

Ruivo, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90): bem jurídico, técnica de tutela e elementos subjetivos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 160. ano 27. p. 57-84. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Sumário: 1. Introdução. 2. O conceito constitucional de crime como ofensa ao bem jurídico. 3. A diferenciação entre elisão, evasão e o crime de fraude fiscal. 4. Os bens jurídicos dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90. 4.1. Ordem tributária. 4.2. Integridade do erário público ou da fazenda pública. 4.3. Arrecadação tributária. 4.4. Receita tributária e a verdade informacional. 5. O tipo objetvo do crime de dano do art. 1º da Lei 8.137/90. 6. O tipo objetivo do crime de perigo de dano do art. 2º da Lei 8.137/90. 7. A lesão penalmente insignificante. 8. O tipo subjetivo. 9. Consequências processuais e a súmula vinculante nº 24. 10. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O direito tributário[1] e o direito penal tributário[2] têm desenvolvido conteúdo ético nas últimas décadas. Os principais crimes tributários do ordenamento jurídico brasileiro são as denominadas sonegações fiscais dos arts. 1º[3] e 2º da Lei 8.137/90,[4] sobre os quais persistem divergências por quase três décadas. Tratam-

1. BECKER, Alfredo Augusto, *Teoria geral do direito tributário*. 3.ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 584-585 e 588-589. Sobre a ética fiscal do contribuinte e as atitudes frente ao dever de contribuir, TIPKE, Klaus. *Moral tributária del estado y de los contribuyentes*. Trad. Pedro Herrera de Molina, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 109 e ss. e 111 e ss.
2. RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para uma fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal. *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 181-191.
3. "Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V".
4. "Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

   II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher

-se de divergências sobre a teoria do tipo e a teoria do ilícito, com significativas consequências práticas na delimitação do crime e na exigência dos indícios mínimos de materialidade para o ajuizamento da ação penal.

Sonegação fiscal é a denominação tradicionalmente usada desde a Lei 4.729/65, ainda que se saiba não ser apropriada tecnicamente.[5] Em verdade, as ditas sonegações brasileiras são crimes de fraude fiscal que proíbem fenômenos semelhantes ao incriminado nos ordenamentos português, espanhol, italiano e alemão. Em Portugal, tem-se a fraude fiscal e a fraude fiscal qualificada (arts. 103º[6] e 104º,[7]

aos cofres públicos; III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa."

5. SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Editora Saraiva, 1981, p. 219.

6. "Artigo 103.º Fraude. 1 – Constituem fraude fiscal, punível com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias, as condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias. A fraude fiscal pode ter lugar por:

   a) Ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria colectável;

   b) Ocultação de factos ou valores não declarados e que devam ser revelados à administração tributária;

   c) Celebração de negócio simulado, quer quanto ao valor, quer quanto à natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas. 2 – Os factos previstos nos números anteriores não são puníveis se a vantagem patrimonial ilegítima for inferior a (euro) 15000. 3 – Para efeitos do disposto nos números anteriores, os valores a considerar são os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária."

7. "Artigo 104.º Fraude qualificada. 1 – Os factos previstos no artigo anterior são puníveis com prisão de um a cinco anos para as pessoas singulares e multa de 240 a 1200 dias para as pessoas colectivas quando se verificar a acumulação de mais de uma das seguintes circunstâncias: a) O agente se tiver conluiado com terceiros que estejam sujeitos a obrigações acessórias para efeitos de fiscalização tributária; b) O agente for funcionário

do *Regime Geral de Infracções Tributárias* – REGIT). Na Espanha, encontra-se a defraudação fiscal do art. 305 do CP espanhol, que exige o engano capaz de propiciar benefícios fiscais indevidos.[8] Na Itália, há os crimes de declaração fraudulenta mediante o uso de faturas ou outros documentos de operações inexistentes (art. 2),[9] declaração fraudulenta mediante outros artifícios (art. 3),[10]

público e tiver abusado gravemente das suas funções; c) O agente se tiver socorrido do auxílio do funcionário público com grave abuso das suas funções; d) O agente falsificar ou viciar, ocultar, destruir, inutilizar ou recusar entregar, exibir ou apresentar livros, programas ou ficheiros informáticos e quaisquer outros documentos ou elementos probatórios exigidos pela lei tributária; e) O agente usar os livros ou quaisquer outros elementos referidos no número anterior sabendo-os falsificados ou viciados por terceiro; f) Tiver sido utilizada a interposição de pessoas singulares ou colectivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável; g) O agente se tiver conluiado com terceiros com os quais esteja em situação de relações especiais. 2 – A mesma pena é aplicável quando: a) A fraude tiver lugar mediante a utilização de facturas ou documentos equivalentes por operações inexistentes ou por valores diferentes ou ainda com a intervenção de pessoas ou entidades diversas das da operação subjacente; ou b) A vantagem patrimonial for de valor superior a (euro) 50 000. 3 – Se a vantagem patrimonial for de valor superior a (euro) 200 000, a pena é a de prisão de 2 a 8 anos para as pessoas singulares e a de multa de 480 a 1920 dias para as pessoas colectivas. 4 – Os factos previstos nas alíneas d) e e) do n.º 1 do presente preceito com o fim definido no n.º 1 do artigo 103.º não são puníveis autonomamente, salvo se pena mais grave lhes couber."

8. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal econômico*. Madrid: Editorial Centro de Estúdios Ramón Areces, 2001, p. 221-222.
9. "Art. 2. Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti 1. E' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni (...) relative a dette imposte elementi passivi fittizi. 2. Il fatto si considera commesso avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti quando tali fatture o documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie, o sono detenuti a fine di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria."
10. "Art. 3. Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici. 1. Fuori dai casi previsti dall'articolo 2, e' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, compiendo operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente ovvero avvalendosi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria, indica in una delle dichiarazioni relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi o crediti e ritenute fittizi, quando, congiuntamente: a) l'imposta evasa e' superiore, con

declaração infiel (art.4),[11] omissão declaração (art. 5º)[12] e ocultamento ou destruição de documentos contábeis (10º),[13] do *Decreto legislativo 10 marzo 2000,*

riferimento a taluna delle singole imposte, a euro trentamila; b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi, e' superiore al cinque per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o comunque, e' superiore a euro un milione cinquecentomila, ovvero qualora l'ammontare complessivo dei crediti e delle ritenute fittizie in diminuzione dell'imposta, e' superiore al cinque per cento dell'ammontare dell'imposta medesima o comunque a euro trentamila. 2. Il fatto si considera commesso avvalendosi di documenti falsi quando tali documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie o sono detenuti a fini di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria. 3. Ai fini dell'applicazione della disposizione del comma 1, *non costituiscono mezzi fraudolenti la mera violazione degli obblighi di fatturazione e di annotazione degli elementi attivi nelle scritture contabili o la sola indicazione nelle fatture o nelle annotazioni di elementi attivi inferiori a quelli reali*."

11. "Art. 4. Dichiarazione infedele 1. Fuori dei casi previsti dagli articoli 2 e 3, e' punito con la reclusione da uno a tre anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi ((inesistenti)), quando, congiuntamente: a) l'imposta evasa e' superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro ((centocinquantamila)); b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi ((inesistenti)), e' superiore al dieci per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque, e' superiore a ((euro tre milioni)). (4) ((1-bis. Ai fini dell'applicazione della disposizione del comma 1, non si tiene conto della non corretta classificazione, della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, della non inerenza, della non deducibilita' di elementi passivi reali. 1-ter. Fuori dei casi di cui al comma 1-bis, non danno luogo a fatti punibili le valutazioni che singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al 10 per cento da quelle corrette. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilita' previste dal comma 1, lettere a) e b)."

12. "Art. 5. Omessa dichiarazione 1. E' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando l'imposta evasa e' superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte ad euro cinquantamila. 1-bis. E' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni chiunque non presenta, essendovi obbligato, la dichiarazione di sostituto d'imposta, quando l'ammontare delle ritenute non versate e' superiore ad euro cinquantamila. 2. Ai fini della disposizione prevista dai commi 1 e 1-bis non si considera omessa la

n. 74. Na Alemanha, existe o crime de fraude tributária (*Steuerhinterziehung*, § 370),[14] do Código Tributário (*Abgabenordnung* – AO).[15] Mais do que a mera supressão, redução ou o simples não pagamento do tributo, bem como mais do que a não informação da ocorrência de fatos geradores do tributo, está em questão o dano ou perigo de dano à receita tributária, causado pela fraude ou omissão da conduta penalmente devida para o não pagamento total ou parcial do valor devido à título de tributo.

---

dichiarazione presentata entro novanta giorni dalla scadenza del termine o non sottoscritta o non redatta su uno stampato conforme al modello prescritto."

13. "Art. 10 – Occultamento o distruzione di documenti contabili. 1. Salvo che il fatto costituisca piu' grave reato, e' punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ovvero di consentire l'evasione a terzi, occulta o distrugge in tutto o in parte le scritture contabili o i documenti d cui e' obbligatoria la conservazione, in modo da non consentire la ricostruzione dei redditi o del volume di affari."

14. "§ 370 Steuerhinterziehung (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, 2. die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt oder 3. pflichtwidrig die Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern unterlässt und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1. in großem Ausmaß Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt, 2. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger oder Europäischer Amtsträger (§ 11 Absatz 1 Nummer 2a des Strafgesetzbuchs) missbraucht, 3. die Mithilfe eines Amtsträgers oder Europäischen Amtsträgers (§ 11 Absatz 1 Nummer 2a des Strafgesetzbuchs) ausnutzt, der seine Befugnisse oder seine Stellung missbraucht, 4. unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege fortgesetzt Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt, 5. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten nach Absatz 1 verbunden hat, Umsatz- oder Verbrauchssteuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Umsatz- oder Verbrauchssteuervorteile erlangt oder 6. eine Drittstaat-Gesellschaft im Sinne des § 138 Absatz 3, auf die er alleine oder zusammen mit nahestehenden Personen im Sinne des § 1 Absatz 2 des Außensteuergesetzes unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden oder bestimmenden Einfluss ausüben kann, zur Verschleierung steuerlich erheblicher Tatsachen nutzt und auf diese Weise fortgesetzt Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. (4) Steuern sind namentlich dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden; dies gilt auch dann, wenn die Steuer vorläufig oder unter Vorbehalt der Nachprüfung festgesetzt wird oder eine Steueranmeldung einer Steuerfestsetzung unter Vorbehalt

As bases da compreensão dominante estão consagradas na Súmula Vinculante nº 24,[16] mesmo assim se encontram propostas de relativização do conteúdo da Súmula em detrimento da legalidade penal e da segurança jurídica. A resolução analítica das ditas divergências exige a identificação da estrutura objetiva dos ilícitos da sonegação fiscal, diante do conceito constitucional de crime e dos modelos de técnica de tutela do bem jurídico. Isto é, a forma de redação da estrutura objetiva do ilícito no tipo penal. Igualmente, é necessário esclarecer o que consta pressuposto na S.V. nº 24, a fim de ampliar a previsibilidade normativa e resguardar a segurança jurídica.

2. O conceito constitucional de crime como ofensa ao bem jurídico

A Constituição Federal estabelece critérios orientadores do conceito constitucional de crime como ofensa a bens jurídicos. O princípio constitucional da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) estabelece como requisito material obrigatório

der Nachprüfung gleichsteht. Steuervorteile sind auch Steuervergütungen; nicht gerechtfertigte Steuervorteile sind erlangt, soweit sie zu Unrecht gewährt oder belassen werden. Die Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 sind auch dann erfüllt, wenn die Steuer, auf die sich die Tat bezieht, aus anderen Gründen hätte ermäßigt oder der Steuervorteil aus anderen Gründen hätte beansprucht werden können. (5) Die Tat kann auch hinsichtlich solcher Waren begangen werden, deren Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr verboten ist. (6) Die Absätze 1 bis 5 gelten auch dann, wenn sich die Tat auf Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben bezieht, die von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union verwaltet werden oder die einem Mitgliedstaat der Europäischen Freihandelsassoziation oder einem mit dieser assoziierten Staat zustehen. Das Gleiche gilt, wenn sich die Tat auf Umsatzsteuern oder auf die in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 2008/118/EG des Rates vom 16. Dezember 2008 über das allgemeine Verbrauchsteuersystem und zur Aufhebung der Richtlinie 92/12/EWG (ABl. L 9 vom 14.1.2009, S. 12) genannten harmonisierten Verbrauchsteuern bezieht, die von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union verwaltet werden. (7) Die Absätze 1 bis 6 gelten unabhängig von dem Recht des Tatortes auch für Taten, die außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes begangen werden."

15. Especificamente sobre o crime de fraude tributária e o respectivo bem jurídico tutelado, ver TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht: Besonderer Teil mit wichtigen R-echtstexten*, 3º ed., München: Vahlen, 2011, p. 76-77.

16. "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

que todo tipo penal deve descrever conduta ofensiva ao bem jurídico.[17] A ofensividade é um critério de direito material na Constituição brasileira, utilizado para a classificação da gravidade dos crimes e orientação do tipo de procedimento penal, no sentido de que é competência dos juizados especiais o julgamento de "infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo",[18] conforme determina o art. 98, I, CF.[19] O reconhecimento das importâncias dogmática e político-criminal do princípio da ofensividade tem aumentado na jurisprudência constitucional brasileira[20] e italiana.[21]

17. Por exemplo, D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal, escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 77; RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 72 e ss. e 179. Na Itália, MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale, cânone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza.* Torino: Giappichelli editore, 2005, p. 242 e ss.; VALENTI, Alessandro. Principi di materialità e offensività" In: INSOLERA, Gaetano; MAZZACUVA, Nicola; PAVARINI, Massimo; ZANOTTI, Marco. *Introduzione al sistema penale*, 3. ed., Torino: Giappichellli, 2006; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale, Parte generale*, 6. ed., Bologna: Zanichelli, 2010, p. 152-153; GROSSO, Carlo Federico; PELISSERO, Marco; PETRINI, Davide; PISA, Paolo. *Manuale di diritto penale: parte generale.* Milano: Giuffrè, 2013, p. 53; PULITANÒ, Domenico. *Diritto penale*, 5. ed., Torino: Giappichelli, 2013, p. 183; MANNA, Adelmo, *Corso di diritto penale, parte generale*. 4. ed., Milano: Cedam, 2017, p. 66; LANZI, Alessio; ALDROVANI, Paolo. *Diritto penale tributário*, 2. ed., Milano: Cedam, 2017. p. 5-7.

18. "Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

19. Assim, RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 72, nota 220; RUIVO. O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006). *Boletim IBCCRIM*, v. 281. São Paulo, 2016, p. 12. Nesse exato sentido encontra-se o voto do Min. Edson Fachin no julgamento do RE 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal, bem destacando a expressividade constitucional da ofensividade no art. 98, I, da CF.

20. Ao menos três julgados constitucionais merecem destaque. No ROHC 81.057-8 em 2005, sobre o crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei 10.826/03), sublinha-se o voto do Min. Cezar Peluso. Entende o Ministro que se o objeto de tutela "fora concebido, aliás, com tamanha vagueza e abstração" que "o bem jurídico seria incapaz de exercer qualquer dessas funções metodológicas, a começar pela mais simples a

A ofensividade é uma característica fenomenológica da conduta desvaliosa, que é reconhecida pelo direito em razão do desvalor da ofensa causado ao bem jurídico tutelado penalmente. Há duas formas de ofensa ao bem jurídico que caracterizam dois resultados jurídicos diversos em grau de desvalor: o dano ao bem jurídico e o perigo de dano ao bem jurídico. O resultado jurídico não é sempre identificado com o resultado natural, o que ajuda a esclarecer a classificação dos crimes em relação ao resultado. O resultado jurídico ofensivo ao bem jurídico é a avaliação jurídico-axiológica de desvalor fundamentadora da incriminação da conduta,[22] quer no direito penal tradicional, quer no direito penal empresarial, bem como seja por meio de crimes de dano, seja por crimes de perigo de dano.

classificatória", razão pela qual "não basta que o tipo penal esteja disposto à tutela de um bem jurídico fundamental; é preciso mais, é necessário que a conduta seja idônea a lesar ou pôr em perigo o mesmo bem, o que traduz, para empregar termos contemporâneos, na danosidade da conduta" (ROHC 81.057-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 29.04.2005, Ementário 2189-2). Mais adiante, no HC 93.820 sobre o crime de posse irregular de arma de fogo (art. 12 da Lei 10.826/03) em 2012, o Min. Celso de Mello votou no sentido de que "isso significa que tal percepção do tema ora em exame (que reconhece a delituosidade do porte e da posse de arma de fogo sem munição) desconsidera o princípio da ofensividade ("*nullum crimen sine injuria*"), cuja invocação afasta a própria incidência do Direito Penal, por inexistir, em casos como o destes autos, qualquer situação de dano efetivo ou potencial ao bem jurídico que se deseja tutelar" (STF, HC 93.820, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., julgamento 28.02.2012, *DJe*-155, Publicação 09.08.2013, p. 6-7). No RE 635.659 sobre a apreciação da constitucionalidade do crime de posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/06) em 2015, o Min. Edson Fachin avançou no reconhecimento da expressividade e fundamento constitucional da ofensividade, apontando que "a doutrina costuma indicar que a sede do princípio da ofensividade como parâmetro de controle de constitucionalidade reside no art. 98, I, da Constituição da República. Embora a referência tópica possa constar desse dispositivo, o conteúdo do princípio decorre, de um lado, da opção constitucional e legal por um Direito Penal orientado por fatos; e, de outro, da impossibilidade de se criminalizar condutas que não atinjam um fundamento constitucionalmente assegurado. Nesse sentido, é correto afirmar que o princípio da ofensividade tem assento constitucional e serve de parâmetro para o controle da atividade do Legislativo" (STF, RE 635.659, Min. Edson Fachin, sem publicação oficial, p. 7-8).

21. Na decisão *Corte Costituzionale, Sentenza 5-8 luglio 2010*, a Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade de causa de agravamento da pena baseado em circunstância estritamente pessoal do autor do fato (Cassazione Penale, 2010, v. 11, p. 3.746).

22. O juízo de desvalor pode recair sobre uma realidade quer natural, quer axiológica prévia à intervenção penal, de modo que não pode o direito penal proibir e criar desvalor em situação não concebida socialmente.

O critério da classificação dos crimes de acordo com o tipo de resultado jurídico – dano ou perigo de dano – tem sido confundido com a existência do resultado natural no direito penal brasileiro. O resultado natural é a transformação mecânica do mundo físico perceptível por meio dos sentidos, o que se denomina de "evento" no direito penal italiano. Assim, há crimes com resultados jurídicos de evento, que tem resultado natural (crimes materiais), e crimes com resultado jurídico sem evento (crimes formais),[23] sem a necessidade de verificação de um resultado natural.

Os crimes materiais, com resultado natural de dano ao objeto de tutela, podem ter o evento constatado por meio de um exame de corpo de delito. Por exemplo, no direito penal tradicional, certifica-se o fim da vida de determinada pessoa como prova do dano ao objeto de tutela no evento morte (homicídio, art. 121 do CP) ou a lesão corporal no evento dano à integridade física (lesão corporal, art. 129 do CP). Na criminalidade empresarial, tem-se o exemplo paradigmático do crime de poluição ao meio ambiente (art. 95, *in fine*, da Lei 9.605/98).

Já os crimes formais não permitem a verificação de um resultado natural no plano físico, *v.g.*, a injúria (art. 140 do CP), posse irregular de arma de fogo (art. 12 da Lei 10.826/03), posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/06) e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86). Mesmo assim, a configuração do crime exige sempre a ocorrência da ofensa ao bem jurídico. Em síntese, todos os crimes dependem para a sua consumação da verificação do resultado de dano ou de perigo de dano ao bem jurídico no plano valorativo, independentemente se o fenômeno descrito prevê ou não um resultado natural.

3. A diferenciação entre elisão, evasão e o crime de fraude fiscal

O tradicional debate acerca dos critérios de diferenciação entre a (i) elisão, (ii) evasão e (iii) fraude fiscal retoma importância na atualidade brasileira devido aos desafios das autoridades administrativas e judiciárias diante de procedimentos de planejamento tributário. O conceito constitucional de crime como ofensa a bens jurídicos e a teoria do ilícito penal contribuem para o aclaramento da diferenciação dos três conceitos que possuem diferenças técnicas e axiológicas.

23. A denominação crime formal refere-se à ausência de resultado físico-mecânico (evento natural).

(i) A elisão fiscal significa o resultado da conduta de eludir (*eludere*), evitar ou esquivar[24] legalmente, por meio do conhecimento técnico e habilidade administrativa, a ocorrência de fatos geradores, que tornariam o cidadão sujeito passivo de obrigação tributária ou de obrigação tributária mais onerosa. Trata-se de condutas perfeitamente dentro do espaço de uso regular do direito de liberdade do cidadão,[25] *v.g.* advogados que montam sociedade de advogados para evitar a alíquota mais alta do IR de pessoa física; empresa que adota o regime de tributação menos oneroso entre as alternativas simples, lucro real e lucro presumido, sendo livre de qualquer tipo de sanção jurídica.

(ii) A evasão fiscal é o resultado da conduta de evadir (*evadere*), que significa iludir, sofismar, fugir as ocultas, escapar furtiva ou clandestinamente,[26] enganar com subterfúgios ilícitos as obrigações tributárias. A evasão fiscal segue a noção de escapada clandestina da obrigação legal *v.g.* evasão do condenado da prisão (arts. 113 e 352 do CP) e evasão de divisas (art. 22 da Lei 7.492/86). A evasão é reprovada e evitada por meio de sanção jurídica e, excepcionalmente, quando ofende bem jurídico de natureza penal por meio de pena ou medida de segurança.

(iii) A fraude fiscal é o resultado da conduta penalmente relevante que ofende bens jurídicos tutelados pela lei penal tributária. Não se trata de mera contrariedade ao mandamento da lei tributária, é o dano ou perigo de dano aos valores reconhecidos e protegidos pelo direito penal, razão pela qual são punidas com penas como ocorre nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90.

A fraude fiscal pressupõe a violação de lei tributária da evasão fiscal. Ao contrário, nem toda evasão fiscal significa fraude fiscal, porque nem todo ilícito tributário é efetivamente dano ou perigo de dano aos valores tutelados na lei penal tributária.

4. Os bens jurídicos dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90

O exato reconhecimento do bem jurídico tutelado na norma penal é pressuposto fundamental para a identificação da técnica de tutela empregada na

24. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 730; MAISSAT, Georges Ignácio. *Pequeno dicionário de latim*. Porto Alegre: Edigal, 2002, p. 93.

25. AMBROSSETI, Enrico Mario; MEZZETTI, Enrico; RONCO, Mauro. *Diritto penale dell'impresa,* 4. ed., 2016, p. 466; VILLEGAS, Hector. *Derecho penal tributario*. Cordobra: Lerner, 1965, p. 99-101.

26. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio*, Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1999, p. 853.

proibição da conduta. Sem o reconhecimento exato do bem jurídico não há como apontar a modalidade de ofensa e o momento consumativo do crime. A fraude fiscal não apresenta entendimento pacífico sobre o bem jurídico tutelado, o que dificulta a compreensão dos pontos que são diretamente dependentes. Identifica-se, ao menos, quatro hipóteses sobre o bem jurídico tutelado.

4.1. Ordem tributária

A primeira hipótese afirma que o bem jurídico tutelado seria a suposta "ordem tributária entendida como interesse do Estado na arrecadação dos tributos".[27] A titularidade monista estatal do bem jurídico é ostensiva nessa compreensão, dado que o interesse protegido é do Estado para a "consecução de seus fins"[28] e não da pluralidade dos cidadãos, que compõe a sociedade instituidora e legitimadora do Estado.

Trata-se de entendimento disseminado na doutrina e na jurisprudência, que não costuma ser explicado com maior detalhamento, para além da referência à previsão constitucional da ordem econômico-financeira (art. 170 da CF), razão pela qual não pode ser assumido como consequência inexorável da denominação da Lei 8.137/90. O conceito de ordem tributária é bem mais amplo que o estrito interesse arrecadatório estatal. Ordem é um conjunto organizado de valores, conceitos, princípios e finalidades, de modo que a ordem tributária é o conjunto organizado de princípios, valores, conceitos e finalidades, constitucionais e infraconstitucionais, tributárias. Isto é, "uma organização jurídica, uma disposição dada por normativas de Estado ao mundo econômico".[29]

A tutela penal de uma ordem jurídica na sua totalidade excede o conceito de bem jurídico-penal como o valor social reconhecido pelo direito penal.[30] Os crimes contra a ordem econômica, os crimes contra o sistema financeiro, os crimes

27. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 417. Semelhante, CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito penal tributário – Observações de aspectos da teoria geral do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 11, p. 181. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
28. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 417.
29. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 99.
30. Nesse sentido, sobre a impossibilidade de tutelar a "ordem econômica", RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 98-99.

contra o meio ambiente devem proteger valores específicos e melhores determinados que o conjunto dessa ordem na sua integralidade. O problema da proteção de conceitos indeterminados é a incapacitação do bem jurídico para o cumprimento das suas funções dogmáticas,[31] o que se concretiza na desorientação do destinatário da norma penal e na impossibilidade de verificação exata da forma de consumação delitiva.

4.2. Integridade do erário público ou da fazenda pública

outra orientação da doutrina acredita que o bem jurídico seria mais específico no sentido de parcela do patrimônio público, indicando o "erário público"[32] ou o "patrimônio da fazenda pública"[33] dos três diferentes entes da federação brasileira como o valor digno de tutela penal. Os entendimentos apresentam o bem com titularidade ora "supraindividual, de cunho institucional",[34] ora individual, segundo o tradicional monismo estatal. A palavra erário advém do vocábulo latino *aerarium,* que significa as reservas do tesouro público originariamente em moedas de bronze e outros metais (*aerarius*).[35] Atualmente indica a soma dos recursos financeiros do Estado advindos de diferentes fontes de renda e arrecadação.

Essa é uma das razões pelas quais não se pode identificar absolutamente o bem jurídico tutelado na sonegação fiscal com a integralidade da fazenda pública. Os

31. ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 187; RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 68-69, 98-99. Sobre a importância prática do bem jurídico, RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 131, p. 242-243. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
32. RIOS, Rodrigo Sánchez, *O crime fiscal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 50. Na jurisprudência, TRF4, AC 1999.71.00.013749-2, Des. Fábio Rosa, 7ª Turma, 11.02.03. Na Espanha, BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Econômico*. Madrid: Editorial Centro de Estúdios Ramón Areces, 2001, p. 218.
33. PRADO, Luiz Regis, *Direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 407.
34. PRADO, Luiz Regis, *Direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 407-408.
35. MAISSIAT, Georges Ignácio. *Pequeno dicionário de latim*. Porto Alegre: Edigal, 2002, p. 17.

tributos não são a exclusiva fonte de custeio do Estado,[36] mesmos ainda o patrimônio estatal restringe-se ao valor arrecado à título de tributos. Há outras formas de custeio como lucros e dividendos de empresas estatais, *royalties* de produtos, aluguéis de imóveis, emissão de títulos, que não podem ser atacados por meio da sonegação fiscal, de modo que é possível que se verifique o aumento do erário público mesmo diante da ocorrência de condutas de sonegação de tributos. Além do que a visão meramente patrimonialista não consegue explicar porque somente os crimes tributários preveem a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, diferentemente dos crimes patrimoniais.[37]

4.3. Arrecadação tributária

há a hipótese do bem jurídico ser a "arrecadação tributária", vista com titularidade supraindividual ligada à pessoa humana.[38] A arrecadação tributária é entendida como o "instrumento de formação de receita pública e de consecução e implemento das metas socieconômicas definidas na Constituição através da percepção dos tributos instituídos e cobrados em conformidade com as normas e valores constitucionais".[39] Essa seria proposta capaz de satisfazer o interesse na proteção tanto do aspecto da "parcela do patrimônio público", quanto o aspecto "dinâmico de finalidade extrafiscal".[40]

---

36. ESTELLITA, Heloisa, *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 184 e 186; RUIVO, Marcelo Almeida, Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do white-collar? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Nascimento da. *Direito penal, direito processual penal, e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1200.
37. CAMARGO, Beatriz Corrêa; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autodenúncia ao invés de pagamento do tributo como condição para extinção da punibilidade nos crimes tributários. Análise a partir do bem jurídico protegido. *Jornal de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto de Ciências Criminais, 2018, v.1, p. 10.
38. ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188-190 e 220-221.
39. ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.
40. ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188; RODRIGUES, Savio Guimarães. *Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 165 e 167.

Trata-se de compreensão visivelmente mais concreta e determinada que as anteriores,[41] todavia ainda não inteiramente adequada ao conceito constitucional de crime como ofensa ao bem jurídico. O bem jurídico tutelado pela norma penal é o valor (bem) reconhecido pelo direito penal como merecedor, carente e digno de tutela e não um interesse ou uma função prévia ou criada pelo direito.[42]

A arrecadação tributária é um instrumento, um procedimento por meio do qual a administração realiza o processo de arrecadar os tributos e obter receita tributária. Uma função somente é valiosa em razão da relação nuclear ou finalística que mantém com um valor social, quer seja mobilizada para desenvolver, quer para proteger o valor. Uma função desvaliosa ou axiologicamente indiferente nem mesmo alcança merecimento de tutela penal para ser avaliada pelos critérios de carência e dignidade de pena. O valor da função está no seu núcleo ou na sua finalidade, razão pela qual a tutela de uma função significa o alargamento do âmbito de tutela do ilícito para âmbitos maiores que o limite do valor penalmente reconhecido. A fraude fiscal não é criminalizada por atacar as regras e os procedimento de arrecadação tributária, mas por lesar o valor social que as normas tributárias pretendem proteger.

Em termos práticos, a tutela de uma função acarreta a ampliação e o menor controle da intervenção penal em relação à tutela de valores, razão pela qual é necessário seguir na investigação do valor que confere conteúdo positivo à arrecadação.

4.4. Receita tributária e a verdade informacional

Os crimes de sonegação fiscal brasileiros – pertencentes ao gênero da fraude tributária –[43] têm as suas razões de existir na ofensa a dois bens jurídicos de

41. Assim, RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do white-collar? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Nascimento da. *Direito penal, direito processual penal, e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1201.

42. Sobre o conceito de bem jurídico e sua diferença da tutela de função, RUIVO, Marcelo Almeida. O bem jurídico do crime de corrupção passiva no setor público. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: IDPEE, 2015, v.25, p. 264-265; RUIVO, Marcelo Almeida. Tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro (um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 127, p. 113-114. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

43. CAMARGO, Beatriz Corrêa; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autodenúncia ao invés de pagamento do tributo como condição para extinção da punibilidade nos crimes

titularidade supraindividual, nomeadamente a receita tributária[44] e a verdade informacional.[45] O tipo penal do art.1º da Lei 8.137/90 resulta da proteção conjunta desses dois valores que devem ser ofendidos, por condutas descritas nas elementares típicas, para que haja a fraude fiscal. Conforme reconheceu o STF, a sonegação fiscal não é apenas o inadimplemento ou o dano à receita tributária no sentido da proibição penal do "não pagamento de tributos",[46] mas, sim, a fraude com o fim de redução da receita tributária.[47] Igualmente a sonegação fiscal não é apenas a fraude que lesa a verdade informacional das declarações prestadas pelo contribuinte. Isoladamente as condutas de pagar menos tributo que o devido e a de omitir declaração ou de prestar declaração falsa podem constituir ilícitos administrativos ou mesmo penais diversos da sonegação fiscal do art. 1º da Lei 8.137/90.

O *caput* do art. 1º da Lei 8.137/90 tutela a receita tributária arrecadada pela administração pública, que pertence aos cidadãos da sociedade que institui, organiza, controla e mobiliza o Estado. A receita tributária é o valor econômico pressuposto para que o ente estatal possa realizar uma série de demandas da população.[48]

---

tributários. Análise a partir do bem jurídico protegido. *Jornal de Ciências Criminais*, v. 1, p. 12 e 13. São Paulo: Instituto de Ciências Criminais, 2018.,.

44. Em Portugal, sobre o bem jurídico receita tributária, SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 288 e ss. e, em particular, p. 299 e ss.

45. Em Portugal, sobre a verdade nos crimes fiscais, DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português (considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infrações). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 13, p. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996: ANDRADE, Manuel da Costa. A fraude fiscal – Dez anos depois, ainda um 'crime de resultado cortado'?. *Direito Penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, v. 3. p. 270-271. Na Itália, sobre o interesse na "transparência fiscal", DI AMATO, Astolfo, *Diritto penale dell'impresa*. 7. ed., Milano: Giuffrè, 2011, p. 504.

46. ARE 999425 RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.03.2017, processo eletrônico, repercussão geral, *DJe* 050, divulg 15.03.2017, pub 16.03.2017, p. 7-8; Antes, STF, HC 81.611/DF, Min. Sepúlveda Pertence, 10.12.2003, *DJ* 13.05.2005, Ementário nº 2191-1, p. 75.

47. Já assim na Lei 4.729/65, FRAGOSO, Heleno Claúdio. O novo direito penal tributário e econômico. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 12, p. 68. Rio de Janeiro: UEG, 1966. Em relação a lei atual, RODRIGUES, Savio Guimarães. *Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 167.

48. PIMENTEL, Manoel Pedro. Introdução ao estudo do direito penal tributário. *Ciência penal*. São Paulo: José Bushatsky editor, 1974, p. 40; NABAIS, José Casalta. O princípio

A incriminação do art. 1º busca proteger também a verdade informacional lesada pela fraude. A razão de ser da fraude é fazer que o falso aparente ser verdadeiro, diante do dever do contribuinte de manifestar a verdade sobre as operações tributáveis. A verdade informacional é o valor nuclear do dever de prestação de informações imposto ao contribuinte pelo Estado, que recebe tutela penal específica pelos crimes de falsificação de documento particular (art. 297 do CP),[49] falsificação de documento público (art. 298 do CP)[50] e falsidade ideológica (art. 299 do CP).[51] Veja-se que os valores mínimos e máximos de penas desses crimes são semelhantes à moldura penal do art. 1º da Lei 8.137/90. A verdade informacional somente carece nova tutela penal em tipo autônomo aos crimes de falsidade do Código Penal quando associada à proteção contra a lesão ou perigo de lesão à receita tributária, como ocorre respectivamente nos crimes tributários dos arts.1º e 2º da Lei 8.137/90.

O crime do art. 2º da Lei 8.137/90 tutela igualmente a receita tributária e verdade informacional, por meio das condutas descritas nos incisos I ao IV que criam o perigo de dano a receita tributária.[52] Assim se identifica na (I) declaração falsa para eximir pagamento de tributo, (II) desconto e cobrança de tributo, na qualidade

da legalidade fiscal e os actuais desafios da tributação. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Gráfica Coimbra, 2003, p. 1060 e 1063; KIRCHHOF, Paul. *Tributação no Estado Constitucional*. Trad. Pedro Adamy, São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 17.

49. "Art. 297 – Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.".

50. "Art. 298 – Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa."

51. "Art. 299 – Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular".

52. "Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V – utilizar ou divulgar

de sujeito passivo da obrigação, não declarado e não recolhido aos cofres públicos, (III) pagamento ou recebimento de porcentagem sobre parcela dedutível ou deduzida como incentivo fiscal, (IV) não aplicação ou aplicação em desacordo incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento e (V) utilização ou divulgação de programa de processamento de dados que possibilite contabilidade paralela que coloque em perigo a arrecadação tributária e a verdade informacional prestada pelo contribuinte.

À primeira vista, a apropriação indébita tributária inciso II e a concussão ou extorsão tributária do inciso III nem sempre teriam relação manifesta com a lesão à verdade informacional. Em verdade, as duas condutas são igualmente comportamentos fraudulentos à verdade informacional por meio da (II) apropriação de receita tributária em engano do contribuinte de quem foi descontado e cobrado o tributo e da (III) exigência, pagamento e recebimento de benefício em desacordo com o procedimento fiscalizatório e arrecadatório da operação tributária. Assim, o inciso II somente tem relevância penal quando a omissão de recolhimento no prazo legal do tributo descontado ou cobrado, que coloca em perigo a receita tributária, lesar, simultaneamente, a verdade informacional. Caso contrário, a declaração do tributo cobrado ou descontado sem o recolhimento no prazo legal caracteriza-se ilicitude fiscal pela natureza meramente administrativo-tributária (ausência de fraude).

O reconhecimento do merecimento de tutela penal da verdade informacional nas hipóteses de perigo de lesão à receita tributária tem levado ordenamentos europeus contemporâneos a estabelecerem patamares de dano mínimo à receita tributária, para que a sonegação fiscal supere a ilicitude administrativo-tributária e caracterize ilícito penal.

5. O tipo objetvo do crime de dano do art. 1º da Lei 8.137/90

a lei penal tributária utiliza a expressão "suprimir ou reduzir tributo" no art. 1º, *caput,* para designar a conduta do sonegador fiscal causadora dos danos à receita tributária e à verdade informacional. A perplexidade técnica consiste no fato de que os tributos são sabidamente meios arrecadatórios e não os valores arrecadados em si, portanto somente podem ser reduzidos mediante legislação.

programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa".

A supressão de tributo ocorre exclusivamente por lei, ainda que o efeito prático da redução da alíquota do tributo à zero seja semelhante, em termos econômicos, à inexistência de tributo devido para a operação específica. Em verdade, a expressão da lei penal tributária pretende indicar a redução e a supressão da receita obtida com o tributo e não o tributo em si mesmo, que é apenas o meio de obtenção da receita tributária.

O art. 1º da Lei 8.137/90 é um crime material de dano[53] configurado com a comprovação da lesão na redução da receita tributária (art. 1º, *caput* da Lei 8.1307/90) e da lesão à verdade informacional (incisos do art. 1º da Lei 8.137/90). A consumação do crime ocorre com o dano ao bem jurídico tutelado,[54] ou seja a redução total ou parcial da receita tributária. A redução total é o que a lei denominou como sendo a expressão equivocada "supressão de tributo".

6. O tipo objetivo do crime de perigo de dano do art. 2º da Lei 8.137/90

Conforme visto, o crime de fraude fiscal do art. 1º é um crime de dano que se consuma com a lesão aos bens jurídicos receita tributária e verdade informacional. O *caput* do art. 2º remete expressamente ao art.1º, por meio da locução "constitui crime da mesma natureza". Isto é, a natureza dos crimes do art. 2º da Lei 8.137/90 é de fraude fiscal, razão pela qual tutelam os mesmos bens jurídicos, segundo a espécie tipológica clássica da sonegação fiscal. Os crimes do art. 2º da Lei 8.137/90 são crimes de dano ou de perigo de dano ao bem verdade informacional e de perigo de dano ao bem receita tributária, razão pela qual as penas mínima e máxima são consideravelmente menores que as do art. 1º, configurado sempre com o dano.

Cada um dos incisos refere-se a um tipo de conduta, desde a (I) "declaração falsa", (III) a exigência de "qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto", (IV) omissão de aplicação ou "aplicação em desacordo" "incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas" até (V) a utilização ou divulgação

53. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do white-collar? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Nascimento da. *Direito penal, direito processual penal, e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1201.

54. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 424; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 431. Na jurisprudência, STF, HC 75.945/DF, Min. Pertence, 1ª T., *Dj*. 13.02.98.

de "programa de processamento de dados" que permita manter contabilidade paralela à fornecida à Fazenda Pública. São sempre condutas de fraude ou perigo inequívoco de fraude. O dano à verdade informacional da declaração ou do registro da operação tributária é maioria das condutas dos incisos. Exceção é o crime de divulgação do programa de processamento de dados para a contabilidade paralela (art. 2º, V), que requer apenas a prova da ocorrência do perigo ao bem jurídico verdade informacional.

Especificamente, o art. 2º, II "deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos" coloca problemas de desconformidade científica penal e constitucional. Há, sinteticamente, ao menos quatro razões nesse sentido:

(a) a lei é clara na afirmação de que os crimes dos arts. 1º e 2º possuem a mesma natureza jurídica, ou seja, trata-se de fraudes fiscais que atacam os mesmos bens jurídicos tutelados: receita tributária e verdade informacional. A diferenciação legal está no grau de ofensa aos bens jurídicos exigido para a configuração dos crimes: dano no art.1º e perigo de dano no art. 2º da Lei 8.137/90;

(b) o simples não recolhimento do tributo não configura os crimes de fraude fiscal na tradição das legislações internacionais, sob pena de violação do princípio constitucional da ofensividade (art. 98, I, CF). No Brasil, por exemplo, é preciso ao menos fraudar a verdade informacional (dano), criando o perigo de reduzir ou suprimir receita tributária (perigo de dano) para a tipicidade da conduta. A sonegação ou a fraude fiscal não são sinônimos da mera falta de recolhimento, inadimplemento tributário ou descumprimento dos deveres fiscais, sem uso de engano ou fraude;[55]

(c) a mera falta de recolhimento da obrigação tributária declarada não é fraude fiscal que lesa a verdade informacional. Ao contrário, existe o perfeito cumprimento da obrigação de declaração do tributo e o reconhecimento do valor devido pelo contribuinte. Resta insatisfeita a obrigação administrativo-tributária de recolhimento do valor do tributo declarado;

(d) o entendimento de que o não recolhimento do tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado dentro do prazo legal, pode ser crime transforma o direito penal em instrumento de cobrança de tributos por meio da ameaça de pena, em violação aos princípios da subsidiariedade e fragmentaridade penal

55. Igualmente na Espanha, BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal econômico*. Madrid: Editorial Centro de Estúdios Ramón Areces, 2001, p. 222.

(*ultima ratio legis*) dos arts. 1º, III,[56] e 5º, LXVI,[57] da CF). O direito penal é o ordenamento de tutela de valores socialmente relevantes e não pode criar exceção na ordem tributária.

7. A lesão penalmente insignificante

O juízo de insignificância da ofensividade da conduta acompanha o direito penal em diversas áreas.[58] A técnica de tutela do crime material de dano torna a identificação dos casos de ofensa insignificante ao bem jurídico tutelado mais clara do que diante da técnica de tutela de crimes de perigo de dano. Mesmo assim os critérios de avaliação da conduta ofensivamente insignificante ou dos delitos de bagatela, como denominado na Alemanha, ainda são cientificamente discutíveis.

A concretização dos patamares quantitativos de indicação do âmbito de irrelevância penal da ofensa ao bem jurídico encontra-se positivada na fraude fiscal portuguesa (art. 103, nº 3, do REGIT) não sendo punível as condutas, quando a "vantagem patrimonial ilegítima for inferior a (euro) 15000". Semelhante ocorre na declaração fraudulenta mediante outras fraudes italiana (art. 3º, comma 1 e 3, *Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74*), na qual a fraude só se torna punível quando "*e' superiore al cinque per cento dell'ammontare dell'imposta medesima o comunque a euro trentamila*".

No Brasil, tem-se utilizado como referencial quantitativo o valor mínimo para o ajuizamento da execução fiscal seguindo pela fazenda.[59] O STJ pacificou en-

56. "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana".

57. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;"

58. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 58, n. 2; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 39. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2009, p. 121, n. 343; STOCO, Rui. Princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 382.

59. STOCO, Rui. Princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 384.

tendimento de que valores devidos a título de tributo menores de R$ 10.000,00 são considerados insignificantes,[60] dado que os débitos inscritos em dívida ativa menores que este patamar não são executáveis por força do princípio da economia processual, conforme o art. 20 da Lei 10.522/02.[61] Os valores relativos à multa e juros, decorrentes da punição administrativa, não podem ser considerados como integrantes do dano à receita tributária, pois são posteriores à consumação do delitiva da fraude fiscal ocorrida na verificação administrativa da constituição definitiva do crédito tributário.[62] É somente por ação punitiva da autoridade administrativa tributária que o valor da receita tributária devida, presente na constituição definitiva do crédito tributário, vem a contar com a "inclusão de juros e multa por ocasião da inscrição desse crédito na dívida ativa".[63]

Posteriormente, a terceira secção do STJ ampliou o patamar mínimo indicativo da relevância penal da lesão à receita tributária nos tributos federais para valores acima de R$ 20.000,00, em consonância com o art. 20 da Lei 10.522/02 e as atualizações de valores introduzidas pelas Portarias n. 75 e 130 do Ministério da Fazenda.[64]

8. O tipo subjetivo

Há alguma divergência na doutrina e na jurisprudência acerca dos elementos do tipo subjetivo da sonegação fiscal do art. 1º da Lei 8137/90.[65] A estruturação

60. STJ, Resp 1306425, Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j.10.06.2014, *DJe* 01.07.2014.

61. "Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais)".

62. STJ, Resp 1.306.425, Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 10.06.2014, *DJe* 01.07.2014, p. 5.

63. STJ, Resp 1.306.425, Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j.10.06.2014, *DJe* 01.07.2014, p. 5.

64. STJ, 3ª Seção, Tema 157: "Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R$ 20 mil a teor do disposto no artigo 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda". Nesse sentido, STJ, Resp. 154.5, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 03.02.2011; STJ, REsp 1.688.878/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª Secção, j. 28.02.2018, *DJe* 04.04.2018.

65. Sobre a divergência ver BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 430.

dos elementos subjetivos do tipo prevê um crime doloso de intenção, no sentido de que a além do elemento subjetivo geral dolo que cobre todo o tipo penal objetivo, há um elemento subjetivo especial identificado no especial fim de "reduzir ou suprimir tributo" descrito no *caput*.[66] A afirmação da existência do crime depende da verificação que o autor tinha conhecimento e vontade de realizar algumas das hipóteses fraudulentas descritas nos incisos com a específica intenção de "suprimir ou reduzir tributo". Não basta nem o dolo de realização de algumas das fraudes, nem apenas a intenção de redução ou supressão de tributo, sem as condutas fraudulentas.

O art. 2º, II da Lei 8137/90 prevê o dolo como elemento subjetivo geral e a intenção de apropriação como elemento subjetivo especial da conduta. A intenção ou finalidade de apropriação é fundamental para a distinção de duas situações absolutamente diferentes em termos ético-jurídico: (1) a confissão de posse do bem de terceiro *com fim de devolução* e (2) a confissão de posse do bem de terceiro *com fim de apropriação*. A primeira situação concretiza, em termos de débitos, a máxima popular "devo, não nego, pago quando puder". Já a segunda situação é a vontade de posse do bem de terceiro, sem interesse de devolução e com fim de apropriação do bem. Somente a segunda situação caracteriza o crime do art. 2º, II, da Lei 8137/90.

9. Consequências processuais e a Súmula Vinculante nº 24

A relação entre o direito penal material e o direito processual penal é de uma complementaridade pouco estudada. As exigências específicas sobre o grau de evidência para a instauração do inquérito policial, o recebimento da ação penal e a condenação criminal dependem sobretudo de critérios materiais da técnica de tutela do bem jurídico. Os crimes de dano demandam a prova da lesão ou dano ao bem jurídico, sendo insuficiente a comprovação do perigo de dano, razão pela qual a condenação por homicídio exige a prova da morte e não apenas o perigo de morte caracterizado pela eventual lesão corporal.

A jurisprudência constitucional já se manifestou especificamente sobre a sonegação fiscal, todavia a permanência de divergência na fundamentação ainda permite que reste espaço de incerteza. No HC 81.611/DF, foi decidido que a justa causa para a ação penal do "crime material contra a ordem tributária (art. 1º da Lei 8.137/90)" depende do "lançamento do tributo pendente de decisão definitiva

66. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 430.

do processo administrativo", sendo "suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada".[67] Ficou indefinido se o lançamento definitivo do tributo pendente da conclusão do processo administrativo fiscal diria respeito à elementar típica ou à condição objetiva de punibilidade.

A aferição da efetiva existência do tributo devido é necessária para a avaliação de eventuais indícios de materialidade criminal nos crimes tributários. Sem a existência de tributo devido, não há como haver dano à arrecadação tributária, por absoluta impropriedade do objeto de tutela (art. 17 do CP). Por exemplo, alguém que faz fraude em livro tributário, imaginando que deveria pagar tributo que não incide na operação não comete qualquer crime tributário pela inexistência do valor receita tributária. O lançamento definitivo do tributo significa para os crimes tributários a prova análoga ao exame necrológico para verificar se a vítima estava viva no momento da conduta do autor. Já as condições objetivas de punibilidade devem estar previstas expressamente em lei, como é o caso das legislações europeias referidas que apontam textualmente hipótese em que não se pune.

As razões dessa decisão – seja elementar típica, seja condição objetiva de punibilidade – são exigências materiais do tipo penal, legalidade material penal, e não meras questões processuais passíveis de serem ultrapassadas ou excepcionadas. O crime objeto de análise é um crime material de dano ao bem jurídico. Se há meramente um ato administrativo com a precariedade do auto de infração administrativo, não há indícios suficientes de materialidade para o oferecimento da ação penal.

É isso que está pressuposto na S.V. nº 24 quando afirma corretamente que "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". Antes dos princípios processuais da dependência das instâncias e da economia processual, trata-se de uma exigência da técnica de tutela do bem jurídico da sonegação fiscal. Sem lançamento definitivo não indícios da ocorrência de eventual crime.

10. Conclusão

Os crimes contra a ordem tributária dos arts. 1º e 2º da Lei 8137/90 são crimes de fraude fiscal. O art. 1º da Lei 8.137/90 é um crime material de dano que tutela dois bens jurídicos, nomeadamente a receita tributária e a verdade

67. STF, HC 81.611/DF, Min. Sepúlveda Pertence, 10.12.2003, *DJ* 13.05.2005, Ementário nº 2191-1.

informacional. O delito é descrito por meio de duas condutas elementares do tipo penal, sendo uma a sonegação do valor devido no *caput* e outra a fraude à fiscalização nos incisos.

Por ser um crime material é necessário verificar a ocorrência do dano mediante o lançamento definitivo do tributo devido, ou seja a mera lavratura do auto de infração tributária não é indício da materialidade criminal, suficiente para o oferecimento da ação penal. Isso decorre da natureza precária do auto de infração que poderá ser corrigido, modificado ou anulado tanto no processo administrativo fiscal, quanto no controle jurisdicional dos atos administrativos.

Além disso, o autor do crime deve manifestar o conhecimento e a vontade de realizar a fraude com a especial finalidade de reduzir o valor a ser pago a título de tributo, lesando a arrecadação tributária. A denúncia deve descrever o especial fim de redução das receitas tributárias na forma do *caput* e o dolo de realização das condutas fraudulentas elencadas nos incisos.

O crime do art. 2º da Lei 8.137/90 é um delito de perigo de dano à receita tributária, por decorrência das condutas danosas ou perigosas à verdade informacional descritas nos incisos. As penas mínimas e máximas são mais baixas que as previstas para o crime de dano do art. 1º justamente em razão da ofensa menos grave ao bem jurídico receita tributária. A noção de fraude à verdade informacional constituinte dos crimes de fraude fiscal da Lei 8.137/90 é constante nos art. 1º e 2º. A diferença entre eles está no grau de ofensa aos bens jurídicos tutelados exigidos pela redação típica para a consumação delitiva. A conduta de não pagamento de tributo regularmente declarado não pode caracterizar a fraude fiscal.

Referências bibliográficas

AMBROSSETI, Enrico Mario; MEZZETTI, Enrico; RONCO, Mauro. *Diritto penale dell'impresa*. 4. ed., 2016.

ANDRADE, Manuel da Costa. A fraude fiscal – dez anos depois – ainda um crime de resultado cortado. *Direito penal económico e europeu. Textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 3. p. 255-291.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal econômico*. Madrid: Editorial Centro de Estúdios Ramón Areces, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

CAMARGO, Beatriz Corrêa; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autodenúncia ao invés de pagamento do tributo como condição para extinção da punibilidade nos crimes tributários. Análise a partir do bem jurídico protegido. *Jornal de Ciências Criminais*, v.1. São Paulo: Instituto de Ciências Criminais, 2018. p. 7-22.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito penal tributário – Observações de aspectos da teoria geral do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 175-183.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal, escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

DI AMATO, Astolfo. *Diritto penale dell'impresa*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português (considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infrações). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 54-78.

ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale, Parte generale*. 6. ed., Bologna: Zanichelli, 2010.

FRAGOSO, Heleno Claúdio. O novo direito penal tributário e econômico. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. n. 12. Rio de Janeiro: UEG, 1966. p. 63-88.

GROSSO, Carlo Federico; PELISSERO, Marco; PETRINI, Davide; PISA, Paolo. *Manuale di diritto penale: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2013.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KIRCHHOF, Paul. *Tributação no Estado Constitucional*. Trad. Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

LANZI, Alessio; ALDROVANI, Paolo. *Diritto penale tributário*. 2. ed. Milano: Cedam, 2017.

MAISSIAT, Georges Ignácio. *Pequeno dicionário de latim*. Porto Alegre: Edigal, 2002.

MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale, parte generale*. 4. ed. Milano: Cedam, 2017.

MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale, cânone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*. Torino: Giappichelli editore, 2005.

NABAIS, José Casalta. O princípio da legalidade fiscal e os actuais desafios da Tributação. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Gráfica Coimbra, 2003, p. 1057-1119.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Introdução ao estudo do direito penal tributário. *Ciência Penal*. v. 2. São Paulo: José Bushatsky editor, 1974. p. 37-59.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PULITANÒ, Domenico. *Diritto penale*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2013.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *O crime fiscal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

RODRIGUES, Savio Guimarães. *Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade fiscal: considerações sobre o tipo-de--ilícito. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. v. 37. Porto Alegre: Síntese, 2006. p. 37-58.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RUIVO, Marcelo Almeida. O bem jurídico do crime de corrupção passiva no setor público. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. v. 25. Coimbra: IDPEE, 2015. p. 263-283.

RUIVO, Marcelo Almeida. O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006). *Boletim IBCCRIM*. v. 281. São Paulo, 2016. p.12-13.

RUIVO, Marcelo Almeida. Tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro (um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 127. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 111-132.

RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 131. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 223-247.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Editora Saraiva, 1981.

SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

STOCO, Rui. Princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 370-386.

TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht: Besonderer Teil mit wichtigen R-echtstexten* 3. ed. München: Vahlen, 2011.

TIPKE, Klaus. *Moral tributária del estado y de los contribuyentes*. Trad. Pedro Herrera de Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.

VALENTI, Alessandro. Principi di materialità e offensività. In: INSOLERA, Gaetano; MAZZACUVA, Nicola; PAVARINI, Massimo; ZANOTTI, Marco. *Introduzione al sistema penale* 3. ed. Torino: Giappichellli, 2006.

VILLEGAS, Hector. *Derecho penal tributario*. Cordobra: Lerner, 1965.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*. 39. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A concepção de fraude fiscal e sua sanção, de Aurélio Pitanga Seixas Filho – *RTrib* 47/203-209; *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 8/679-686 (DTR\2002\518);
- Crimes de sonegação fiscal e os reflexos da discussão administrativa do débito tributário sobre a ação penal, de Marcus A. Manhães Bastos – *RTrib* 49/205-236; *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 8/471-508; *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 5/481-518 (DTR\2003\177);
- O crime de sonegação fiscal (Lei 4.729, de 1965), de João Bernardino Gonzaga – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 5/375-390 (DTR\2012\646); e
- O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português (considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções), de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade – *RBCCrim* 13/54-78; *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/333-365 (DTR\1996\659).

Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado

Bankruptcy crimes in the Portuguese Criminal Code and in the Brazilian Bankruptcy and Judicial Reorganization Act: a comparison around the legally protected goods

Marina Oliveira Teixeira dos Santos

Mestranda em ciências jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (grau obtido em 2016). Advogada. ORCID: 0000-0002-3276-25
marinaoliveira.737@gmail.com

Recebido em: 23.08.2018
Aprovado em: 12.02.2019
Última versão da autora: 01.03.2019

Áreas do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

Resumo: O trabalho tem o objetivo de entender qual o bem jurídico tutelado nos tipos penais insolvenciais do Código Penal português e da Lei de Recuperação e Falências brasileiras. Afinal, apesar de ambas as legislações os classificarem como crimes insolvenciais, tratam de condutas tão diferenciadas que merecem uma atenção em especial a fim de compreendê-las melhor. Para tanto, serão especificados os crimes insolvenciais a partir de uma análise da moldura típica, com recurso à doutrina e, no caso português, à jurisprudência. Em um segundo momento, analisar-se-ão os pontos de contato e divergência entre os crimes insolvenciais portugueses e brasileiros tendo como base o questionamento "é possível uma comparação?". A partir de um método comparativo funcionalista e analítico será possível adentrar nos questionamentos mais

Abstract: This paper aims to understand what goods are legally protected under the bankruptcy crimes in the Portuguese Criminal Code and in the Brazilian Bankruptcy and Judicial Reorganization Act (Lei 11,101/2005). Despite the fact that both legislations treat these crimes as "bankruptcy crimes", they refer to conducts so distinct from one another that they deserve a special attention in order to improve our comprehension of them. According to this context, this research seeks to analyze both legislations regarding the bankruptcy crime though a legislative, literature and judicial approach. Secondly, the points of agreement and disagreement between them will be treated in order to answer the question "Is a comparison possible?". Finally, adopting a functional and utilitarian method, it will be possible to study the most important

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 160. ano 27. p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

importantes deste trabalho: quais são os bens jurídicos tutelados por meio dos crimes insolvenciais analisados? O que de fato os torna crimes insolvenciais? Enfim, constata-se que há uma diferença essencial na sistematização dos tipos penais estudados e também em relação aos bens jurídicos tutelados.

Palavras-chave: Direito penal econômico – Crimes insolvenciais – Crimes falimentares – Bem jurídico – Sistematização criminal.

questions that derive from this work: what legal goods are protected from the bankruptcy crimes studied? What characteristics really makes them bankruptcy crimes? In the end, it is outlined that there is an essential difference regarding both the systematization of the crimes and the legal goods protected.

Keywords: Economic criminal law – Brazilian bankruptcy crimes – Portugal's bankruptcy crimes – Protected legal goods – Criminal systematization.

Sumário: 1. Introdução. 2. A corrente moldura penal dos crimes da insolvência em Portugal. 2.1. Insolvência dolosa. 2.2. Insolvência negligente. 2.3. Favorecimento de credores. 3. Os crimes falimentares na legislação brasileira. 4. Pontos de convergência e divergência entre ambos os sistemas. É possível uma comparação?. 5. O bem jurídico tutelado. 5.1. Notas sobre a sistematização e nomenclatura dos tipos penais insolvenciais e falimentares. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

O trabalho busca fazer, a partir de um método de estudo comparado funcionalista[1] e analítico[2], uma análise luso-brasileira dos nomeados crimes insolvenciais – ou falimentares, no caso da legislação brasileira –, a fim de decifrar a real necessidade dessas incriminações em torno da discussão acerca de qual o bem jurídico tutelado[3].

1. Método de pesquisa em direito comparado que "pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas em conflitos sociais que se assemelham mesmo ocorrendo em lugares distintos no mundo (DUTRA, Deo. Método(s) em direito comparado. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 61, n. 3, 2016. p.198), no caso, as respostas criminais no Brasil e em Portugal à situação de recuperação judicial e falência de sociedades empresárias e empresários.
2. Por meio da análise comparativa analítica busca-se uma conexão dos conceitos jurídicos com as regras do sistema jurídica e com o contexto nos quais estão inseridos (DUTRA, 2016, p. 201).
3. A definição de bem jurídico faz-se necessária – ainda que de forma subsidiaria em relação ao tema principal do trabalho – para explanar o porquê da utilização desse conceito para a incriminação insolvencial. Conforme proposto por Claus Roxin, o bem jurídico é diretamente ligado aos direitos garantidos por uma Constituição. De modo que, em

A importância do estudo comparado desses tipos penais se faz em razão do evidente contraste entre ambos apesar de serem nomeados como "pertencentes" a uma mesma classe de crimes: os relativos ao procedimento civil da insolvência, em Portugal, e da falência e recuperação, no Brasil. Por conseguinte, esta pesquisa fará uma análise da moldura penal dos crimes insolvenciais, com recurso à doutrina e, no caso da lei portuguesa, à jurisprudência[4].

razão da missão do Direito penal constituir em assegurar os cidadãos uma convivência livre e pacífica, o Direito penal caracteriza-se, por conseguinte, por ser a proteção de bens jurídicos. E estes, por sua vez, correspondem a todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade". Claus Roxin aponta que a amplitude do conceito de bem jurídico é o fator que muitas vezes lhe confere um papel secundário na análise do Direito penal. E, para isso, o autor demonstra com casos práticos como a ausência de bem jurídico torna desnecessária a norma penal, aproximando o conceito da realidade (Por exemplo, que há ausência de bem jurídico a ser tutelado penalmente na situação de homossexualidade entre homens adultos e na posse de pornografia juvenil, já que é plenamente possível que jovens não vulneráveis tenham relações sexuais consentidas). No mesmo plano de relevância que o conceito de bem jurídico, encontra-se o princípio de subsidiariedade. Isso pois, o princípio da subsidiariedade, consubstanciado na máxima de que a pena, tida como a mais grave das sanções, só deve ser convocada quando outros meios menos graves se mostrem insuficientes, ocupa o mesmo "plano do princípio do bem jurídico e possuí um significado político-criminal equivalente. Por conseguinte, *pode reconhecer-se ao direito penal a função de "proteção subsidiária de bens jurídicos"* (ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais,* ano 23, n. 1, 2013. p.12-25). Note-se que a utilização do conceito do bem jurídico tanto como critério de criminalização e descriminalização pelo legislador e de interpretação pelo aplicador do direito, apesar de em crise pela falta de aplicação concreta – vide à expansão incriminadora dos últimos tempos –, não deixa de ser o parâmetro ainda utilizado, ainda que por falta de outros (SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas Ediciones, 1999. p. 17). Dessarte, a busca pelo bem jurídico tutelado nos crimes insolvenciais e falimentares aqui realizada.

4. Toda a pesquisa jurisprudencial portuguesa realizada neste trabalho é feita a partir do acesso ao *website* [www.jusnet.wolterskluwer.pt], o qual contém, além de relações dos Tribunais das Relações, decisões de juízes singulares. Esta pesquisa foi feita a partir dos termos "insolvência dolosa", "frustração de créditos", "insolvência negligente" e "fraude contra credores" e foram abrangidas as decisões do Supremo Tribunal de Justiça, do Tribunal Constitucional, Tribunais da Relação do Porto, de Lisboa e de Coimbra e dos Tribunais Judiciais das comarcas de Porto e Lisboa. Apesar do grande numerário de resultados encontrados, apenas um pequeno número tratava da criminalização desses tipos penais. Ademais, mesmo ao ampliar a pesquisa para os demais tribunais de

A partir dessa análise inicial, serão delineados os pontos de divergência e convergência de ambas as legislações em relação aos tipos insolvenciais incriminados a fim de tornar possível a próxima etapa do trabalho, qual seja, a busca pelo bem jurídico que se busca proteger com os crimes insolvenciais.

Então, serão traçadas as conclusões as quais foi possível chegar com a análise realizada e, dessa forma, pretende-se responder às perguntas iniciais deste trabalho: Qual a razão para os crimes insolvenciais? Qual ou quais bens jurídicos buscam-se tutelar?

Por fim, e antes de traçadas as conclusões finais do trabalho, serão feitas breves notas – as quais, a despeito de sua relevância, não aspiram à exaustão – sobre a sistematização dos crimes insolvenciais nas legislações portuguesas e brasileiras, bem como a respeito da nomenclatura deles: o que os torna crimes insolvenciais? O bem jurídico protegido? Sua sistematização?

2. A corrente moldura penal dos crimes da insolvência em Portugal

Os crimes insolvenciais são correntemente classificados como Crimes contra Direitos Patrimoniais, tutelados dentro do Capítulo IV do Código Penal português (CP). São três os dispositivos que tutelam os tipos insolvenciais – os artigos 227º, 228º e 229º, os quais correspondem, respectivamente, à insolvência dolosa, insolvência negligente e favorecimento de credores.

Ademais, para além desses crimes reconhecidos como insolvenciais, há a previsão da frustração de créditos consoante o disposto no artigo 227º – A do Código Penal. Entretanto, o mesmo, apesar de previsto entre os crimes insolvenciais, por não ter como pressuposto processual a declaração judicial da insolvência, e sim um pressuposto mais amplo que é a existência de sentença condenatória exequível, não é classificado como crime insolvencial[5].

Portugal e para outros *websites* de pesquisa, como o [www.dgsi.pt] e o [www.google.com], não foi encontrada nenhuma decisão que tratasse da incidência da falência negligente, em qualquer uma de suas modalidades; motivo pelo qual esse crime não é tratado sob a perspectiva jurisprudencial; com exceção à conclusão de que sua criminalização, por mais que baseada na proteção de um bem jurídico válido, não encontra respaldo na realidade.

5. Nesse sentido, o Acórdão 125/2015 de 12 de fevereiro de 2015 do Tribunal Constitucional, relativo ao Processo 902/14, no qual um arguido condenado por um crime de frustração de créditos agravado recorre ao Tribunal Constitucional a partir da alegação de que o tipo penal de *frustração de créditos seria inconstitucional* por violação do artigo

Como já supratratado, a punibilidade dos crimes insolvenciais tutelados nos artigos 227º, 228º e 229º do CP depende do reconhecimento judicial da insolvência como pressuposto processual, ou seja, que seja reconhecida judicialmente a incapacidade econômica do devedor em adimplir suas dívidas no termo correto[6]. Ademais, importante notar que em razão das diferenças concretas do *modus operandi* dos devedores comerciantes e civis, exige-se para a configuração de insolvência destes últimos, além da impossibilidade de cumprir suas obrigações vencidas, o défice patrimonial[7-8].

Ademais, importante notar que também é aplicável aos três crimes insolvenciais o número 3 do artigo 227º. Dessa forma, para todas as condutas descritas, são puníveis, também, o administrador ou gestor de fato da empresa insolvente. Afinal, em virtude dos crimes insolvenciais não constarem no rol de crimes nos quais é possível a punição da entidade coletiva, invoca-se o artigo 12º do CP a fim de ser punível o titular da pessoa coletiva em questão, ou seja, o administrador ou gestor de direito. Sendo necessária a previsão especial do número 3

165º, n. 1, al. *c)*e n. 2 da Constituição da República de Portugal (CRP) já que os elementos do tipo penal "insolvência dolosa" *seriam mais restritivos que o do crime de frustração de créditos ao exigir, além da situação de insolvência, seu reconhecimento judicial; sendo que para o crime de frustração de créditos bastaria a existência de uma dívida reconhecida por sentença condenatória exequível*.

É entendimento do acórdão que o crime do artigo 227º – A do Código Penal é autônomo em relação à insolvência dolosa, apesar de disposto no mesmo artigo da legislação, e, por isso, depende de pressupostos fáticos e jurídicos diversos. Nesse sentido, conforme proferido no acórdão, o objetivo e o sentido legislativo com o artigo 227º-A foi tutelar penalmente as situações que, *estranhas ao cenário de insolvência*, possam frustrar os créditos através da execução após o reconhecimento deste em sentença condenatória. Portanto, à despeito da relevância da tutela penal do crime de frustração de créditos para os credores que têm seu direito reconhecido em sentença condenatória exequível, perceptível que o bem jurídico aqui tutelado não equivale ao que é tutelado nas situações de insolvência declaradas judicialmente por conta de um processo próprio e civil de insolvência.

6. CAEIRO, Pedro. Anotação aos artigos 227º, 228º e 229º do CP. *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. II. p. 402; 422.
7. Nesse sentido, o oposto é previsto pelo CIRE no artigo 3º, n. 2, segundo o qual as pessoas coletivas e patrimônios autônomos também são considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestadamente superior ao ativo.
8. CAEIRO, Pedro; VASCONCELOS, Miguel. As dimensões jurídico-privada e jurídico penal da insolvência (uma introdução). *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 538.

do artigo 227º a fim de incriminar também quem, de fato, possuir a gerência ou administração da empresa.

Relevante, ainda, que apesar dos crimes insolvenciais estarem dispostos no capítulo "Crimes Contra Direitos Patrimoniais" do Código Penal Português, sua tutela depende diretamente do procedimento concursal previsto no Código de Insolvência e Recuperação de Empresas[9-10] (CIRP).

É por essa razão, então, que *(i)* os crimes insolvenciais abrangem tanto os devedores comerciantes quanto os não comerciantes, de modo que é punível não somente o administrador ou gestor do ente coletivo comerciante como também a pessoa física devedora; e *(ii)* a partir da alteração do processo concursal realizada pelo CIRP deixa de existir a diferença entre a falência como procedimento próprio dos comerciantes e a insolvência, dos não comerciantes, e passa a haver, para ambos, a insolvência como critério de incapacidade econômica[11]; de maneira que, no Direito penal, o termo "insolvência" passa a designar situação de crise economia relevante para o Direito e a "falência", antes com significado específico para o procedimento concursal, passa a significar um desvalor acrescido que pode se tornar circunstância agravante da pena[12].

A partir da análise sobre os aspectos gerais e comuns aos crimes insolvenciais, passo, então, a tratá-los de modo individualizado, para que seja possível a compreensão do objeto de cada um deles, o bem jurídico tutelado e o tratamento dado pela jurisprudência portuguesa.

2.1. Insolvência dolosa

A insolvência dolosa criminaliza os atos do devedor que, com intenção de prejudicar credores e ainda que não venha a prejudicá-los, realize dolosamente atos que resultem na situação de impotência econômica[13]. Esses atos são elencados

9. Decreto-lei 53/2004, de 18 de março.
10. A subsidiariedade da tutela penal dos crimes insolvenciais às disposições gerais do CIRE é relacionada diretamente à existência do pressuposto processual consistente na declaração judicial da insolvência, ou seja, o reconhecimento da incapacidade econômica do devedor.
11. A incapacidade econômica constitui a incapacidade do devedor, seja ele comerciante ou não, em cumprir pontualmente seus créditos vencidos ou obrigações às quais estava obrigado, consoante o artigo 3º, n. 1, do CIRE (Ibidem, p. 535).
12. Ibidem, p. 530-533.
13. Sobre o resultado material da insolvência dolosa, como um crime material de execução

no artigo 227º do Código Penal e englobam cinco tipos de condutas: (I) que impliquem em diminuição real do patrimônio do devedor; (II) que impliquem em diminuição fictícia do patrimônio; (III) que visem ocultar uma situação de crise já conhecida pelo devedor; (IV) da não justificação da aplicação regular dos valores pelo devedor concordatário; e (V) quaisquer das condutas anteriores que *sejam praticadas por um terceiro*, desde que com conhecimento do devedor ou em seu benefício[14].

Desde já, salienta-se que há um posicionamento marcante da doutrina no sentido de que o bem jurídico tutelado pela insolvência dolosa é o patrimônio, em razão da construção fechada do tipo penal ao direito concursal português e ao fato da conduta tutelada exigir o dolo em prejudicar os credores, de modo a tornar-se excessiva a classificação do bem jurídico protegido – ainda que apenas um primário – como de caráter supraindividual, como a economia em geral ou a economia creditícia[15].

O acórdão de 10 de maio de 2017 do Tribunal da Relação do Porto, referente ao Processo 832/12[16], reforça essa ideia ao discutir a coautoria material de um crime de insolvência dolosa pela realização de atos que provocaram a diminuição real do patrimônio do devedor, no caso, uma sociedade empresarial "F" constituída pelos arguidos cônjuges. Consoante às provas recolhidas, a sociedade "F" passou a ter dificuldades financeiras e, cientes do fato, os arguidos constituíram outra sociedade "G" com o intuito de dissipar o patrimônio da empresa "F" e impedir o pagamento aos credores. Foi provada nos autos a transferência dos

vinculada, nota-se que há diferença para os casos do devedor comerciante e para o devedor não comerciante. No caso do devedor comerciante exige-se que as condutas tenham impedido o dever de manter a capacidade de pagar pontualmente. Já para os devedores não comerciantes, em razão do seu não acesso recorrente ao crédito, exige-se como resultado um défice patrimonial ostensivo em conjunto com a sua insolvência *strictu sensu* (Ibidem, 1999, p. 422).

14. Ibidem, 1999, p. 412.

15. Ibidem, 1999, p.408.

16. Disponível em: [http://jusnet.wolterskluwer.pt/Content/DocumentNew.aspx?params=H4sIAAAAAAAEADXPwW7CMAwA0K9pLpOmQpmAQw6kFRKoYoi1SDsht7EgUpawOOno3y8tNJe82JZj_wZ0fYUPz5Uhq7skpCmCaRW8SastAaPeWNP_8MoFZB4a4imD1gfQhW35bLDqsIImxq2T6EQf5a0HfULi6yWjm_07QKeu4JU1Atyzl5KS7-s0nuwjWy0y1qGjWMDP6orGIwMiRbnVw4cDC_DA88_iUp12oj5sykt92OXJfJHO5uKcJVkzYj1hM0FMyJ8oV6_UcbUdkS3Lb0YIrr0d4Yp8H5yiuwsSTYvvQPfHKyuC93HCxpuv8c1aHe84GOag0chpN-iskqUFuYuFNG41xP8BE2c_ym4BAAA=WKE#I2]. Acesso em: 19.02.2018.

funcionários e dos bens da sociedade em crise financeira "F" para a recém-constituída "G", de forma que a sociedade inicial restou completamente esvaziada de patrimônio, o que constituiu um estado de real inviabilidade econômica e impossibilidade de recuperação. Em razão desses fatos, o acórdão analisado, além de manter a decisão no tocante à condenação dos arguidos pelo crime de insolvência dolosa consoante o artigo 227º, n. 1, alínea *a)*, os condenou ao pagamento de indenização civil à recorrente, credora da sociedade "F"[17].

Assim, é possível depreender da análise desse acórdão que a tutela penal da insolvência dolosa tem, como consequência, um teor mais específico e anterior à tutela de um bem jurídico comum a todos, consubstanciado na economia; apresentando também um caráter de *tutela específica ao proteger o patrimônio dos credores que restam prejudicados a partir dos atos necessários à insolvência dolosa*[18].

Importante ressaltar que, à despeito da ampla pesquisa jurisprudencial realizada, não foram encontrados casos concretos que embasassem a condenação de devedores pela prática de uma das demais quatro condutas – como, por exemplo,

17. Sobre a responsabilidade patrimonial derivada da incriminação da insolvência dolosa, concorda-se com José Manuel Branco, segundo o qual, à despeito do crime insolvencial cuidar da criminalidade econômica e financeira, em nada contribuirá para o ressarcimento dos credores sem o pedido de indenização civil fundado na prática do crime, nos termos do artigo 71º e seguintes do Código de Processo Penal. Entretanto, o credor que requer essa indenização civil, como no acórdão analisado, tem um trabalho probatório dificultado já que todo o enquadramento em relação ao crime insolvencial apenas pode ser demonstrado pelo Ministério Público enquanto titular da ação penal (BRANCO, José Manuel. *Responsabilidade patrimonial e insolvência culposa (da falência punitiva à insolvência reconstitutiva.* Coimbra: Almedina, 2015. p. 54-55).

18. Ademais, sobre a condenação ao pagamento de indenização civil no âmbito do processo penal, o Acórdão de 21 de maio de 2015 do Tribunal da Relação de Lisboa, segundo o qual, em razão do princípio da adesão obrigatória ao processo penal (artigos 129º do CP e 71º e seguintes do Código de Processo Penal), é apenas em caráter excepcional que o Tribunal irá poder remeter o julgamento para o foro civil. Dessa forma, e considerando que o crime em causa de insolvência dolosa "tem como bem protegido o património dos credores e mediatamente, o correcto funcionamento da economia de mercado, como peça fundamental do sistema socioeconómico", já depende automaticamente de questões complexas prévias como "performances contabilísticas e financeiras empresariais" para a prova dos elementos objetivos da ação. É por essa razão que já há previsão processual penal (artigos 151 a 163 do Código de processo Penal) que permite ao tribunal recorrer à pareceres de especialistas. Assim, como os fundamentos do pedido de indenização civil são os fatos da própria atividade comercial, entende-se que não há complexidade suficiente que não possa ser tratada pelo juízo penal. Acórdão disponível em: [www.dgsi.pt]. Acesso em: 13.03.2018.

pela diminuição fictícia do patrimônio – ou, sequer, pela prática de insolvência dolosa por um devedor não comerciante.

2.2. Insolvência negligente

A insolvência negligente subdivide-se na punição de duas condutas, respectivamente referentes às alíneas *a)* e *b)* do número 1 do artigo 228º do CP.

Inicialmente, pune-se na alínea *a)*, tanto a conduta dolosa de ambos os devedores comerciantes e não comerciantes que criem um estado de insolvência por grande incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas ou especulações ruinosas; quanto a conduta dolosa do comerciante em criar esse estado de insolvência em razão de uma negligência grave no exercício de sua atividade. Portanto, já na alínea *a)* percebe-se que a legislação é mais exigente com o devedor comerciante enquanto exercita sua atividade, posto que há a disposição de conduta específica para esse sujeito processual que resulta em uma maior persecução penal[19].

Ademais, importante notar que a despeito da conduta incriminada ser nomeada "insolvência negligente", não se permite a punibilidade por negligência, apenas por dolo, ainda que eventual. Ou seja, só serão puníveis as condutas descritas na alínea *a)* se cometidas dolosamente e se o estado de insolvência for resultado direto de tal ato[20-21].

É punível, na alínea *b)* o devedor comerciante que, "tendo conhecimento das dificuldades econômicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação". Entretanto, pelos motivos especificados a seguir, essa norma é inconstitucional. Em primeiro lugar porque é uma lei penal mais abrangente que a previsão civil: o CIRE trata como *possibilidade* do devedor o requerimento de recuperação[22], tornando inócua a norma penal que criminaliza

19. CAEIRO, 1999, p. 438.

20. Afinal, apenas é punível por negligência os casos em que haja previsão especifica na lei conforme os ditames do artigo 13º do CP. Não sendo essa a situação do artigo 228º do CP, o mesmo apenas é punível por dolo.

21. MALAFAIA, Joaquim. A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11, jan.-mar. 2001. p. 247.

22. Nota-se que é faculdade do devedor requerer um procedimento de recuperação consubstanciado no processo especial de revitalização consoante o artigo 17º-A do CIRE. Entretanto, no tocante à insolvência, é dever do devedor comerciante requerer sua declaração judicial no prazo e condições do artigo 18º do CIRE. (LEITÃO, 2015, p. 69-81)

o devedor que não a requerer. Ademais, é uma norma penal por demais ampla que contraria ambos os princípios constitucionais da legalidade e da necessidade da lei penal, respectivamente constantes no artigo 29º e 18º da Constituição da República Portuguesa[23-24].

Por fim, a despeito da ampla pesquisa jurisprudencial realizada[25], não foi possível encontrar nenhuma decisão que envolvesse a incriminação de insolvência negligente em quaisquer das instâncias ou tribunais portugueses.

Nesse sentido, conclui-se pelo questionamento sobre a real necessidade de incriminação dessa conduta, ainda que apenas a de cunho constitucional constante na alínea *a)* do artigo 228º do CP.

2.3. Favorecimento de credores

A incriminação do Favorecimento de Credores a partir do artigo 229º do CP objetiva penalizar o devedor que, com mais de um credor, conhecendo a sua insolvência ou prevendo a eminência desta, não realizar o rateio proporcional entre todos ao praticar uma das seguintes condutas consistentes na realização de prestações incongruentes: (1) solver dívidas ainda não vencidas; (2) solver dívida de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais (o que deve implicar em diminuição real do patrimônio do devedor); ou (3) der garantias para dívidas às quais não era obrigado.

Para a análise do tipo objetivo desse crime, de relevância a análise feita em primeira instância e tratada no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de junho de 2011, referente ao Processo 127/2007. Nesse acórdão, acertadamente, concorda-se com os pressupostos processuais objetivos do favorecimento de credores conforme analisado pela primeira instância, porém, a partir da reanálise probatória, pronunciam-se os arguidos e modifica-se a decisão inicial que determinou o arquivamento do inquérito.

Conforme a primeira instância, os arguidos deviam ser inocentados da acusação, de conscientes de sua insolvência e com intenção de favorecer credores que não haviam reclamado anteriormente seus créditos em sede executiva, terem solvido a dívida de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores ao

23. É uma norma sem critérios específicos para a determinação do tipo objetivo: o que seria requerer em tempo? E qual providência de recuperação é referida?

24. Cfr. CAEIRO, op. cit., p. 443; CAEIRO, 2013, p. 542-543; e MALAFAIA, op. cit., p. 247.

25. Nos termos da nota de rodapé número 1.

realizarem a dação em cumprimento de um prédio urbano com ostensivo valor arquitetônico e patrimonial.

Conforme analisado pela sentença, para o preenchimento do tipo objetivo do favorecimento de credores é necessário que o devedor, ciente de sua situação de insolvência ou eminente insolvência e visando favorecer um ou mais credores em detrimento dos demais, obrigatoriamente realize uma de três situações: (1) pagamento de dívidas não vencidas; (2) solvência de dívidas por modo diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais; ou (3) prestação de garantias às quais não era obrigado.

Nesse sentido, consoante o argumento da sentença, havia escritura pública outorgada em Cartório Notarial que provava a realização de um contrato de dação em cumprimento que estabelecia o pagamento parcial por meio da dação do referido imóvel urbano. Ademais, que não houve prova em contrário no sentido de que a dívida não seria vencida, elemento essencial para a configuração do elemento objetivo do tipo penal.

Em relação à segunda possibilidade para configuração do tipo objetivo, qual seja, a de *solvência de dívidas por modo diferente do pagamento em dinheiro ou valor usuais*, a sentença baseia-se tanto na doutrina, a partir da referência do já citado Comentário Conimbricense do Código Penal, como em jurisprudência anterior, a fim de provar que, *mais do que o pagamento em modo diferente que dinheiro ou valor usual, o que se necessita para a configuração desse elemento objetivo do crime é uma diminuição real do patrimônio* tal como ele foi definido[26].

Dessa forma, considerando que o imóvel referido foi entregue por um valor de 150.000,00 Euros, enquanto seu valor patrimonial, ainda que subavaliado, configuraria o montante de 44.013,26 Euros, não há, de modo algum, perda patrimonial resultante com esse pagamento, o que impede a configuração desse elemento objetivo do crime.

Por fim, a sentença, eliminando as primeiras duas alternativas para configuração do tipo objetivo, analisa a terceira ("prestação de garantias a que não era

26. Dessa forma pronuncia-se o Tribunal da Relação de Guimarães no Processo 669/05.0TABCL.IGL publicado em 22.02.2012 em [www.dgsi.pt]: "O devedor em risco de insolvência não está obrigado a, se pagar a um credor, pagar a todos. Ou, se pagar parcialmente uma dívida, pagar na mesma proporção todas as dívidas que tiver. *A solvência de dívidas de 'maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais prevista no art. 229º nº1 do C. Penal pressupõe uma diminuição do 'patrimônio líquido' do devedor, globalmente considerado. [...] A venda de um bem pelo valor real não acarreta diminuição do património, globalmente considerado, do vendedor, porque o valor do bem alienado é compensado pelo dinheiro recebido pelo preço*" (grifo nosso).

obrigado") e concluí que, não havendo quaisquer provas ou indicações de que o arguido tenha constituído sobre o referido imóvel hipoteca ou qualquer outra espécie de garantia a favor dos credores supostamente beneficiados, afasta-se o preenchimento desse requerimento.

Além do não preenchimento de nenhuma das alternativas do crime de favorecimento de credores, a sentença aponta que os arguidos reconheceram a dívida para com a denunciante e referiram a existência de outros bens suficientes para o pagamento do passivo. De modo que, em última análise, a credora denunciante não seria prejudicada e, tendo em vista o reconhecimento da dívida por parte dos arguidos, não havia sequer intenção de prejudicá-la.

São por esses argumentos que, inicialmente, o juízo responsável absolveu os arguidos e determinou o arquivamento do inquérito. Entretanto, após o devido recurso, o acórdão em questão reanalisa os fatos a fim de pronunciar os arguidos pelo crime de favorecimento de credores. Isso pois, segundo o acórdão, a análise jurídica do tipo penal realizada em primeira instância não estava incorreta, porém, ao deixarem de lado os fatos de que foi provada a inexistência de dívida reconhecida dos arguidos perante os credores que receberam o imóvel urbano por meio do contrato de dação e que os arguidos haviam feito um alargado ressarcimento de dívidas inexistentes perante essas pessoas e em prejuízo da credora reclamante, erroneamente deixou de pronunciá-los.

Dessa forma, percebe-se a importância da análise probatória no sentido de provar uma das três condutas objetivas capazes de configurar o favorecimento de credores. Ademais, ainda que reconhecida a dívida por parte dos devedores em relação ao credor supostamente prejudicado, o simples preenchimento da conduta objetiva do favorecimento de credores pressupõe a punição do devedor. De forma que se considerasse o patrimônio dos credores como único bem jurídico tutelado não haveria preenchimento do fato ilícito típico por inexistência de ataque ao bem jurídico, já que, existindo outros valores que pudessem solver a dívida reconhecida dos referidos credores, não haveria ataque ao bem jurídico.

3. Os crimes falimentares na legislação brasileira

Na legislação brasileira os crimes falimentares[27] são tratados entre os artigos 168º e 178º da própria lei concursal 11.101/2005, a Lei de Recuperação e

27. Na doutrina brasileira não há objeção para que os crimes da Lei de Recuperação e Falência sejam nomeados de falenciais ou falimentares, nomeadamente porque o procedimento concursal brasileiro continua a adotar a falência como meio judicial de liquidação

Falências (LRF)[28]. E, em razão da legislação brasileira apenas trazer os procedimentos concursais para comerciantes ("empresários ou sociedades empresárias", nos termos do artigo 1º da LRF), os crimes falimentares tratam de situações que envolvem apenas a recuperação, judicial ou extrajudicial, e a falência desses comerciantes[29].

À semelhança da lei portuguesa, a LRF traz como condição objetiva de punibilidade, ou seja, pressuposto processual nos termos da lei penal portuguesa, a declaração judicial da recuperação ou da falência nos termos do artigo 180º da LRF.

---

patrimonial nas situações que que não há mais viabilidade econômico-financeira necessária para a recuperação judicial ou extrajudicial (Cfr. MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. Os crimes falenciais no direto intertemporal. *Revista da EMERI*, v. 8, n. 31, 2005. p. 300; SARAIVA, Carlos Alberto; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Análise das disposições processuais e penais da lei de falências: considerações críticas e sugestões. *Revista Jurídica de Franca* (SP), ano 9, n. 17, jul.-dez. 2007. p. 131; e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Dos crimes em espécie. In: SATIRO DE SOUZA JUNIOR, Francisco, A. S. A. de Moraes Pitombo (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 568). Entretanto, considerando que assim como na legislação portuguesa a Lei de Recuperação e Falências adota como pressuposto processual a declaração judicial de falência ou recuperação, ambas situações dependentes de uma situação de crise e insolvabilidade do devedor, ainda que em níveis diferentes, adota-se aqui também a terminologia "crimes insolvenciais".

28. À despeito da localização dos crimes insolvenciais, os mesmos são de iniciativa privada do Ministério Público e são processados pela justiça criminal comum da jurisdição onde tenha sido decretada a falência ou concedida a recuperação judicial; com exceção do Estado de São Paulo, no qual, a partir da Lei de Organização Judiciária estadual, foi deslocada a competência para o próprio juiz civil responsável pela recuperação judicial ou falência.

29. De relevância para a compreensão dos crimes insolvenciais brasileiros uma análise dos conceitos básicos do procedimento concursal da LRF. É possível a recuperação judicial dos devedores que, em situação de crise econômico-financeira, comprovem a sua viabilidade econômica (Artigos 51º e seguintes da LRF). Essa recuperação também pode ser realizada extrajudicialmente, ainda que de maneira dependente do juízo concursal (Artigos 161º e seguintes da LRF). Nos casos de inviabilidade econômica ou financeira ou mesmo impossibilidade de recuperação judicial por não cumprimento dos requisitos do artigo 48º da LRF a lei prevê a falência como procedimento de liquidação patrimonial (Artigos 75º e seguintes da LRF). Por fim, que na Recuperação os bens ainda são do devedor, enquanto na falência os bens saem da esfera do devedor e passam a pertencer à massa falida (Cfr. TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord.); ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 210; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003. t. 28. p. 32).

Ademais, consoante o disposto no artigo 179º da LRF, são equiparados ao devedor ou falido, na medida de sua culpabilidade, os sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato e de direito, além do próprio administrador judicial.

Entretanto, e como será analisado a seguir em específico, a legislação brasileira traz a possibilidade de incriminação de atos realizados em variados momentos processuais. Em crimes específicos como o de fraude a credores e favorecimento de credores, respectivamente nos artigos 168º e 172º, é possível que a execução ocorra antes ou depois da declaração judicial de recuperação ou falência; em outros como a divulgação de informações falsas, disposto no artigo 170º da LRF, a execução é limitada ao procedimento judicial de recuperação.

Ademais, a Lei de Recuperação e Falência prevê crimes insolvenciais que incriminam a conduta não só do devedor, como também dos credores, administrador judicial e demais sujeitos e participantes processuais do procedimento concursal.

Para uma melhor visualização dessas conclusões faz-se necessária uma análise, ainda que não aprofundada, dos tipos penais da LRF. São crimes insolvenciais perante a legislação brasileira: (1) ato fraudulento que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores com o fim de obter vantagem ilícita para si ou outra pessoa, antes ou depois da declaração judicial da recuperação ou falência – artigo 168º LRF; (2) violação de sigilo empresarial que conduza a situação concreta de inviabilidade econômica ou financeira[30] – artigo 169º LRF; (3) a divulgação de informação falsa sobre o devedor em recuperação judicial, seja para conduzi-lo à falência ou obter vantagem – artigo 170º LRF; (4) induzir a erro o Juiz, Ministério Público, credores, administrador judicial e demais órgãos concursais durante o procedimento de recuperação ou falência – artigo 171º da LRF; (5) favorecer credores em prejuízo dos demais, antes ou depois da declaração judicial de recuperação ou falência, por atos de disposição patrimonial ou geradores de obrigação, sendo, nessas situações, também condenado o credor beneficiado – artigo 172º da LRF; (6) apropriar, desviar ou ocultar bens do devedor em recuperação ou da massa falida, ainda que por pessoa interposta – artigo 173º da LRF; (7) adquirir ou usar ilicitamente bens do devedor ou da massa falida ou induzir terceiro de boa-fé à estas condutas – artigo 174º da LRF; (8) habilitar créditos ou reclamações falsas na recuperação ou na falência – artigo 175º da LRF; (9) exercer

30. Inviabilidade econômica ou financeira é o critério para decretação da falência, posto que para a recuperação judicial, apesar da crise econômico-financeira, ainda há possibilidade de superação da crise.

atividade para o qual foi inabilitado ou incapacitado durante o procedimento concursal – artigo 176º da LRF; (10) adquirir bens do devedor ou da massa falida ou entrar em especulação de lucro caso tenha atuado nos processos e seja qualquer um dos sujeitos processuais – artigo 177º da LRF; e (11) omissão dos documentos de escrituração contábeis obrigatórios, antes ou depois da declaração judicial de recuperação ou falência – artigo 178º da LRF.

Por conseguinte, são visíveis tipos penais que tutelam condutas diversas e com níveis variados de punibilidade. Por exemplo, protege-se o patrimônio dos credores por meio da persecução penal do favorecimento de credores, similarmente à legislação portuguesa, mas também são garantidos os bens do devedor em recuperação e da massa falida no caso da falência a partir dos artigos 173º, 174º e 177º da LRF.

4. Pontos de convergência e divergência entre ambos os sistemas. É possível uma comparação?

A primeira divergência nítida entre as legislações portuguesa e brasileira deriva do âmbito de incidência dos tipos objetivos. Os crimes insolvenciais previstos nos artigos 227º, 228º e 229º do CP português limitam-se a tutelar condutas que gerem a situação de insolvabilidade e, no caso do favorecimento de credores, venha a favorecer um ou mais credores em detrimento dos demais; sempre, entretanto, com o pressuposto processual de haver sido declarada judicialmente a insolvência. Por outro lado, os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira constituem um catálogo incriminador muito mais largo: preveem a tutela penal não só para atos posteriores à declaração judicial de recuperação e falência, como também para alguns anteriores; punem atos que implicam na situação de insolvabilidade, como também *atos cuja relevância é existente apenas em decorrência do próprio processo concursal cível*, como é o caso da incriminação da indução ao erro, da habilitação ilegal de créditos e do exercício ilegal de atividades, respectivamente tuteladas nos artigos 171º, 175º e 176º da LRF.

Outra desarmonia clara entre os sistemas de crimes insolvenciais é em relação aos sujeitos ativos punidos em ambos os casos. Em Portugal, os procedimentos de insolvência são aplicáveis tanto para comerciantes quanto para não comerciantes, enquanto no Brasil há uma nítida especificação que limita o procedimento concursal aos empresários e sociedades empresárias. À despeito dessa diferença e da consequente possibilidade de incriminação de civis em Portugal, entretanto, não foi possível encontrar nenhuma jurisprudência que, concretamente, tratasse da responsabilização penal de não comerciantes por qualquer um dos crimes insolvenciais.

Dessa forma, enquanto os crimes insolvenciais portugueses limitam-se a criminalizar as condutas dos devedores ou, no caso da insolvência dolosa, de terceiros que ajam com conhecimento do devedor ou em seu benefício, os crimes insolvenciais brasileiros abrangem não somente a figura dos devedores, mas também a dos credores, demais sujeitos processuais e, de modo amplo, quaisquer envolvidos no procedimento concursal que atuem nos termos dos artigos 171º, 173º e 174º da LRF, por exemplo.

A exigência da declaração judicial da insolvência, no caso do Código Penal português, e da recuperação ou falência, no caso da LRF brasileira, é ponto em comum entre ambas as legislações. Esse fato, entretanto, nada mais é que decorrência direta dos crimes insolvenciais, os quais, em qualquer das legislações, depende de um procedimento concursal para ocorrer.

Entretanto, se na lei brasileira os crimes falimentares são claramente aplicáveis aos processos de recuperação, seja ela judicial ou extrajudicial, e de falência do empresário ou sociedade empresária, na legislação portuguesa não há respaldo para tanto. Afinal, é pressuposto processual dos crimes insolvenciais dos artigos 227º, 228º e 229º do Código Penal português a declaração judicial da insolvência, a qual tem como efeito o procedimento concursal de liquidação de bens do devedor que se encontre na situação real de insolvência. Dessa maneira, fica de fora do âmbito de incidência desses crimes insolvenciais o procedimento de revitalização previsto nos artigos 17-A e seguintes do Código Penal, para o qual não há a declaração judicial de insolvência dado que o devedor apenas está em situação econômica difícil ou situação de insolvência meramente eminente[31].

Em comum, também, é relevante notar a ausência de responsabilidade penal da pessoa coletiva, seja para os crimes insolvenciais portugueses, seja para os brasileiros da LRF, já que ambas as legislações incriminam as pessoas físicas que de fato atuam conforme os tipos insolvenciais[32].

31. ESTEVES, Maria; AMORIM, Sandra. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*. 4. ed. Porto: Vida Económica, 2015. p. 75-76; 106-109; e LEITÃO, Luís Menezes. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado. 8. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2015. p. 69-71).

32. Entretanto, apesar dessa semelhança, há uma divergência primária entre a responsabilidade penal da pessoa coletiva nos dois ordenamentos jurídicos. No Brasil, apesar de haver legislação específica relacionada à matéria ambiental que prevê penas especificas para a pessoa jurídica (ente coletivo), a Constituição da República de 1988 continua a dispor que a responsabilidade penal é pessoal, nos termos do artigo 5º, incisos XLV e XLVI. Por outro lado, em Portugal o Código Penal abre a possibilidade de responsabilização

Ademais, ambas as leis penais insolvenciais portuguesa e brasileira incriminam o favorecimento de credores, evidenciando a relevância dessa tutela penal. Com a diferença que, novamente, a lei penal brasileira mostra-se mais gravosa ao tutelar o favorecimento de credores praticado também antes da declaração judicial de recuperação e falência; prever uma modalidade mais ampla de "ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação", ao passo em que a lei portuguesa discrimina os três tipos de condutas que possam causar o favorecimento de credores; e, por fim, ao incriminar não só a pessoa responsável pelo favorecimento, mas também o credor que foi beneficiado em detrimento dos demais.

Portanto, paira a questão: em razão de diferenças tão claras entre essas legislações, principalmente as divergências de caráter básico normativo relacionadas aos tipos objetivos e subjetivos, será possível realizar essa comparação no que concerne o bem jurídico tutelado por estas normas penais?

5. O bem jurídico tutelado

Como já analisado, os crimes insolvenciais na legislação portuguesa criminalizam três modalidades de ação, duas delas referentes especificamente ao prejuízo de credores. Em primeiro lugar, são criminalizados os atos de diminuição real ou factícia do patrimônio com a intenção de prejudicar os credores e caso gerem a situação de insolvência. Em segundo lugar, criminaliza-se a criação da insolvência por atos dolosos de gastos imprudentes[33]. E, por fim, é criminalizado o favorecimento de um credor ou mais em detrimento dos demais em uma situação de insolvência conhecida ou provável.

Dessa forma, justifica-se a indução de que é protegido o patrimônio como bem jurídico. Em primeiro lugar pelo fato dos crimes insolvenciais estarem

penal do ente coletivo a partir das previsões em seu artigo 11º, sendo a opção pela não responsabilização do ente coletivo uma exceção à regra do Direito Penal Empresarial, em razão da natureza do crime e ao possível desfecho de liquidação do patrimônio jurídico – que impediria a real responsabilização da empresa (SOUSA, Susana Aires. Os crimes insolvenciais. *Revista do Direito da Insolvência,* n. 1, abr. 2016. p. 49-50).

33. É dessa forma que a doutrina trata que o desenho dos tipos insolvenciais foi realizado em torno de duas figuras: a do comerciante malicioso, que esconde seus bens dos credores, ou seja, locupleta-se à custa dos credores ao não adimplir suas dívidas e fingir estar "quebrado" e a do mau comerciante, o qual deixa de pagar por incompetência ou inabilidade. Figuras estas que dizem respeito, respectivamente, aos crimes de insolvência dolosa e insolvência negligente (CAEIRO, 1999, p. 402).

sistematicamente localizados no Título II, "dos crimes contra o patrimônio", Capítulo IV, "dos crimes contra direitos patrimoniais" do Código Penal português[34]. Em segundo lugar, porque é de fato possível vislumbrar a proteção do patrimônio dos credores com a incriminação da insolvência dolosa, insolvência negligente e favorecimento de credores[35]: busca-se incriminar a conduta dos devedores – para além do terceiro no caso específico da insolvência dolosa – que agem de forma a criar ou agravar sua insolvência, diminua seu patrimônio e busque favorecer um ou mais credores em detrimento dos demais na situação em que haja um processo concursal de insolvência nos termos do CIRE – em razão da declaração de insolvência existir como um pressuposto processual[36-37].

34. Sobre a relevância sistemática dos tipos penais do Código Penal português, escreve Teresa Pizarro Beleza após a revisão de 1995 no sentido de que a sistematização dos crimes revela que os capítulos seguintes são subordinados aos primeiros e, para mais, é criada uma "tendência juridicamente nefasta" em subordinar os crimes patrimoniais fora do Código Penal aos que se encontram neste código; fato que, segundo a autora, "fragiliza ainda mais a já por si pouco consistente unidade sistemática do Direito Penal". Entretanto, não nega que a sistematização dos crimes contra o patrimônio, apesar "de uma de entre muitas possíveis [é] fundamentalmente baseada no bem jurídico protegido" (BELEZA, Teresa Pizarro. Os crimes contra a propriedade após a revisão do Código Penal de 1995. *Estudos monográficos*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998. p. 43-53). Dessarte, inegável o patrimônio como bem jurídico protegido pelos crimes insolvenciais e que, apesar disto, a sistematização dos crimes portugueses possuí algumas brechas interpretativas que podem prejudicar a noção de qual o bem jurídico protegido e a relevância dos crimes em relação aos demais do próprio Código Penal e aos que se situam em leis esparsas.

35. Não se deixa de apontar a ausência de consenso doutrinário sobre o bem jurídico tutelado por esse crime insolvencial: se é apenas o patrimônio dos credores ou se é um bem jurídico mais amplo, relativo ao interesso público do princípio da *par conditio creditorium* (CAEIRO, op. cit., p. 448). Afinal, o crime de favorecimento de credores tanto protege o patrimônio dos credores ao evitar que o devedor tenha um déficit patrimonial em razão da realização de prestações incongruentes e impossibilite o pagamento proporcional de todos seus credores em favor de um, quanto tutela a *par condituim creditorium*, ou seja, a responsabilidade pública dos bens em serem distribuídos por rateio e de modo proporcional em relação aos créditos vencidos e reclamados (CAEIRO, op. cit., p. 448).

36. Relevante relembrar que o conceito de patrimônio na doutrina portuguesa desenvolve-se a partir do crime de burla e permite sua definição a partir de concepções como a jurídica (patrimônio é a soma dos direitos computáveis em dinheiro no sujeito), a econômica (é parte do patrimônio todas as posições vantajosas da pessoa sujeitas à valor pecuniário), a jurídico-econômica (patrimônio consiste em todas as posições vantajosas da pessoa sujeitas à valor pecuniário e que não sejam contrárias ao direito) e a jurídico-criminal (posições dotadas de vantagens econômicas detidas pela pessoa e que devem ser tuteladas

Há também uma perspectiva mais ampla, e que se opõe à anterior, a partir da qual os crimes insolvenciais tutelariam a economia de crédito ou até a economia em geral, de modo a garantir mais que apenas a tutela do patrimônio dos credores[38].

Entretanto, e a partir da análise feita sobre os crimes insolvenciais, concorda-se com a solução dada por Susana Aires de Sousa para essa "aparente divergência". Para a autora, o legislador buscou proteger o prejuízo patrimonial causado aos credores em razão do devedor criar ou piorar o estado de insolvência; sendo que a tutela desse bem individual acaba por reforçar a confiança no sistema creditício e, com isso, no sistema econômico, de maneira a expandir-se a tutela mediata dos crimes insolvenciais[39].

Essa parece ser a melhor solução, posto que os crimes insolvenciais abrangem não só situações que de fato causem prejuízo aos credores, mas também aquelas que apenas criem o estado de insolvência a partir do tipo da insolvência negligente. Ademais, parece ingênuo acreditar em um bem jurídico único ao ser considerado o contexto multifacetado da insolvência[40]. Assim, mesmo que a norma

---

pelo Direito penal), além da personalíssima adotada por Pedro Caeiro. De acordo com esta última, e conforme proposto por Pedro Caeiro, os crimes insolvenciais protegeriam o patrimônio do credor a partir de um viés personalista do patrimônio, ou seja, de que este consiste na posição vantajosa consubstanciada na relação entre o sujeito e o bem, excluindo-se as demais pessoas. Justifica-se essa visão do patrimônio sob uma perspectiva subjetiva em razão do fato de que as coisas apenas possuem relevância jurídica enquanto fonte de interesse humano, ainda que apenas potencial; não sendo possível visualizar um valor ontológico das cosas sem uma pessoa que lhe confira tal valor. Dessa forma, à despeito da relevância da teoria acerca do significado de patrimônio, em razão do objeto específico deste trabalho não serão tratadas estas concepções com maior pormenor (CAEIRO, Pedro. *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 63 e ss.).

37. Ibidem, p. 63 e ss.

38. PALMA, Maria Fernanda. Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1995, p. 402; e LEITÃO, Luís Menezes. *Direito da insolvência.* Coimbra: Livraria Almedina, 2012. p. 359.

39. SOUSA, 2016, p. 48.

40. Entretanto, há de notar que para os que entendem que os crimes insolvenciais tem como bem jurídico tutelado o patrimônio dos credores, o justificam também em razão da existência da declaração judicial da insolvência como pressuposto processual. Afinal, só irá haver declaração judicial da insolvência a partir de requerimento dos credores, de maneira que o bem jurídico tutelado pelos crimes insolvenciais não poderia ser mais do que um individual consistente no patrimônio dos próprios credores. Não obstante, e como

penal possuísse apenas como objetivo original a tutela do patrimônio dos credores, acaba que se busca evitar a criação de insolvência por um devedor mal-intencionado e, dessa forma, protege-se também o próprio sistema econômico, em especial nos casos de devedores comerciantes[41].

De acordo com essa linha argumentativa, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09 de novembro de 2010, referente ao Processo 1699/09.8[42]. Trata-se se um caso no qual a própria devedora insolvente alega a ocorrência de fatos praticados por terceiros que a teriam levado a uma situação de pré-insolvência. Conforme aludido no acórdão, a devedora faz referência a um crime não insolvencial – o de usura – e que, por isso, não poderia acionar o mecanismo do artigo 297º do Código de Insolvência e da Recuperação Judicial (CIRE), ou seja, o de indiciação de infração penal.

Inicialmente, é apontado no acórdão que os crimes insolvenciais dos artigos 227º a 229º do Código Penal não tem como fim mediato a proteção dos direitos patrimoniais dos credores do insolvente, *mas sim um objetivo mais abrangente relativo às atuações lesivas da economia do crédito ou até da economia geral resultantes de comportamentos determinados do devedor ou de terceiros que atuem no seu interesse*[43].

é desenvolvido na pesquisa, compreende-se que a norma penal pode ter um alcance concreto protetivo maior do que o patrimônio dos credores. Não é porque os crimes insolvenciais dependem da declaração judicial civil da insolvência que se limitam à tutelar os interesses dos credores; esse pressuposto processual, em realidade, é mais uma limitação dos crimes insolvenciais à situação jurídica de insolvência para evitar a tutela de casos de insolvabilidade real sem concreta danosidade (CAEIRO, op. cit., p. 189).

41. Afinal, considerando que a insolvabilidade do devedor não comerciante não acarreta perigo tão grande à sociedade e à economia já que está excluído do recurso sistemático ao crédito, de praxe para os comerciantes, há uma atuação bastante reduzida dos devedores civis nos tipos penais falenciais. Fato que, não só condiz com o âmbito da tutela dos crimes insolvenciais portugueses, como também com a impossibilidade de se encontrar jurisprudência nesse sentido (CAEIRO, 1996, p. 242).

42. Disponível em: [www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a6a9605475a935bd802577ed003b1b20?OpenDocument]. Acesso em: 19.02.2018.

43. Ademais o acórdão traz a discussão importante, ainda que não essencial no escopo desta pesquisa, que a lei penal é clara ao estabelecer como condição objetiva de punibilidade que ocorra a situação de insolvência e que esta seja reconhecida judicialmente, sendo que o sujeito ativo dos tipos penais insolvenciais é limitado à figura do insolvente (do devedor) ou, então, de um terceiro que atue no interesse ou em benefício do devedor. Dessa maneira, não seria concebível a punição de atos de terceiros que sejam dirigidos contra o interesse do devedor insolvente conforme alegado pela recorrente.

Sendo que, e já passando a tratar do bem jurídico tutelado na legislação brasileira, essa conclusão é essencial para o entendimento dos tipos insolvenciais da Lei de Recuperação e Falências.

Conforme já analisado, em decorrência da tutela ampla e gravosa dos crimes insolvenciais pela legislação brasileira, que, ao contrário da portuguesa, não se limita a incriminar atos que levem à insolvência ou que, em razão de uma situação de insolvência concreta já existente ou em eminência, objetivem prejudicar credores em detrimento dos demais, não permite que se pense no patrimônio dos credores como único bem jurídico protegido.

Portanto, ao contrário dos crimes insolvenciais portugueses em que o bem jurídico tutelado é bem delineado e voltado a criminalizar a conduta dos comerciantes maliciosos ou maus, além do favorecimento de credores, parece que a legislação brasileira busca proteger a preservação da empresa como um todo a partir da garantia de que o processo concursal, seja ele de recuperação ou de falência, ocorra da melhor maneira possível para todos os interesses envolvidos.

E essa conclusão é relacionada ao próprio procedimento concursal brasileiro: com o procedimento de recuperação, visa-se mais do que a mediação de interesses entre devedor e credores, mas também a preservação da empresa como um ente de responsabilidade e funções sociais[44], cuja dissolução afetará não só seus credores, mas também os trabalhadores, consumidores e a sociedade como um todo[45]. E, na falência, a despeito da inviabilidade econômico-financeira da empresa, deve-se garantir o menor dano possível ao sistema comercial a partir de um procedimento de liquidação que otimize os bens e os recursos produtivos e intangíveis da empresa, de modo a preservar a maior riqueza patrimonial possível da empresa[46-47].

---

44. Apesar de tratarmos da responsabilidade social e função social da empresa, não se trata da responsabilidade penal da empresa. Isso pois, como será melhor analisado posteriormente, não há responsabilidade criminal do ente coletivo em nenhuma das duas legislações penais estudadas.

45. Nesse sentido dispõe o artigo 47º da LRF: "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, *promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*".

46. Consoante o disposto no artigo 75º da LRF: "a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa *a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos,* inclusive os intangíveis, da empresa".

47. PENTEADO, Mauro R. In: SATIRO DE SOUZA JUNIOR, Francisco, A. S. A. de Moraes Pitombo (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p.73-78.

Assim, nos crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falência é possível compreender a existência e composição desses variados interesses, seja de *shareholders* exclusivamente, seja dos *stakeholders* de uma maneira geral[48], com o fim de manter o funcionamento da sociedade empresária e superar a crise ou, no caso de uma falência, de valorizar o máximo possível os ativos da empresa em questão a fim de adimplir a dívida existente.

Nesse sentido, há a criminalização: de atos fraudulentos que resultem ou possam resultar em prejuízo a credores e vantagem indevida a quem os pratica ou a outrem (artigo 168º da LRF); da sonegação ou omissão de informações falsas nos procedimentos da Lei com o fim de induzir a erro quaisquer dos envolvidos (artigo 171º da LRF); de atos destinados a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais (artigo 172º da LRF). Pretende-se coibir atos que prejudique um ou mais interesses e promover os procedimentos de recuperação judicial e falência de uma maneira em que os variados interesses sejam compostos da melhor maneira possível, sempre tendo em vista o princípio da preservação da empresa consoante às próprias disposições da lei civil concursal[49].

Ou seja, a intervenção do Direito penal no meio econômico, e aqui mais especificamente por meio da LRF, pode ser vista não somente como um meio de tutelar os diversos interesses conflituosos da falida ou recuperanda (trabalhadores e credores diversos), mas sim o próprio mercado em que a sociedade empresária está inserida[50].

---

48. Os *stakeholders* podem ser definidos como indivíduos ou grupos que são afetados positiva e negativamente e que têm seus direitos respeitados ou violados pelas ações das corporações não se limitam somente a seus donos, societários e acionistas, mas também abrangem os administradores, fornecedores, trabalhadores, consumidores e, com especial ênfase para a relevância da pesquisa científica, a comunidade local. A partir desse conceito é possível notar a variedade dos agentes afetados por uma corporação, especialmente quando em estado de insolvência, no qual a instabilidade financeira da empresa é transferida para seus *stakeholders*: trabalhadores que perdem seus empregos ou salários e fornecedores e outros credores que restam com seus créditos inadimplidos. Sendo a empresa peça central desse organismo, a qual interessa manter como um centro de equilíbrio econômico-social posto sua responsabilidade social frente a todos os agentes da sociedade lesionados por sua insolvência, os chamados *stakeholders* (FREEMAN, R. Edward. *Stakeholder theory of the modern corporation*. Perspectives in buseness ethics sie. 2001. v. 3. p. 147-149).
49. Nesses termos o artigo 47º da LRF.
50. Nessa perspectiva, Verçosa, doutrinador societário brasileiro, traz que a "estabilidade e segurança jurídica são dois requisitos para o funcionamento do mercado e a presença de riscos significativos prejudica ou até mesmo impede a realização de operações". De

Portanto, temos um âmbito de proteção muito mais amplo nos crimes insolvenciais da legislação brasileira que torna possível a conclusão por um bem jurídico tutelado maior que o patrimônio dos credores e que a economia apenas como um bem jurídico protegido "em sequência". Temos, portanto, a conclusão – ainda que breve e parcial[51] – de que os crimes insolvenciais da Lei de Recuperação e Falências têm como bem jurídico direto a ocorrência sem grandes obstáculos dos procedimentos concursais de recuperação e falência e, por consequência, a garantia do sistema econômico no qual a empresa está inserida.

5.1. Notas sobre a sistematização e nomenclatura dos tipos penais insolvenciais e falimentares

Para além da percepção de qual o bem jurídico tutelado, este trabalho traz a necessidade de se colocarem os seguintes questionamentos: seriam estes crimes estudados, de fato, "insolvenciais" ou "falimentares"? Qual seria a razão para sua nomenclatura e quais seriam as consequências para sua sistematização?

Em Portugal os chamamos de insolvenciais não por sua sistematização, já que se encontram tipificados no próprio Código Penal, mas sim por sua unidade prática de tratarem de situações que levam à insolvência, seu agravamento ou, em razão dessa insolvabilidade, causem prejuízo à credores. Assim, a sistematização dos crimes insolvenciais portugueses teria mais a ver com o bem jurídico tutelado, ainda que apenas o imediatamente protegido: ou seja, o patrimônio.

Por outro lado, os crimes falimentares brasileiros seriam assim nomeados não por uma unidade dos tipos objetivos tutelados, mas sim em razão de sua sistemati-

maneira que cabe ao direito, por meio de seu poder coercitivo, fazer com que os agentes econômicos atuem no sentido desejado ou penalizar os que não fizerem (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2015. p. 82-83). Também nesse sentido, Penteado explicita que embora seja próprio do instituto da falência conduzir à dissolução e extinção da atividade empresária, deve ser obedecida a "lógica do capitalismo", para que a falência tenha o menor dano possível a esse sistema econômico. Assim, o procedimento de liquidação deve ser realizado de maneira a otimizar os bens, ativos, recursos produtivos e os intangíveis; permitindo não só a preservação de toda a riqueza patrimonial da empresa, e melhor atendendo aos interesses dos credores a partir da maximização dos valores que serão partilhados (PENTEADO, 2007, p. 77-78).

51. Dependente de um aprofundamento em trabalho próprio, que não voltado ao estudo comparado, ainda que parta dessa mesma metodologia comparada.

zação no seio da Lei de Recuperação e Falências. Afinal, como estudado, os crimes falimentares incriminam condutas que vão desde a agravação da insolvência, o prejuízo aos credores em uma insolvência, até o exercício de atividade empresarial para o qual o devedor tenha sido inabilitado no próprio procedimento concursal e a não escrituração contábil obrigatória. Ou seja, a legislação brasileira inclui como falimentares condutas criminosas que não se vinculam estritamente à causação ou agravação da insolvência como na lei portuguesa, a qual, por sua vez, não deixa impune tais condutas – apenas as tratam de modo diferenciado e não como crimes insolvenciais por si[52].

Dessarte, o fato de se chamarem crimes falimentares, no caso brasileiro, é mais a ver com sua sistematização e o fato de lidarem com condutas que ocorrem em razão e durante os procedimentos de recuperação e falência, do que com a conduta de gerar a falência pelo devedor. Enquanto a legislação portuguesa os prefere nomear em razão dos três tipos insolvenciais terem uma conduta típica com o elemento em comum consubstanciado na conduta do devedor e sistematizá-los em torno do bem jurídico tutelado.

O ordenamento jurídico italiano está em consonância com o tratamento dos crimes falimentares no Brasil, apesar de possuir uma melhor – em nossa singela visão – sistematização. Os crimes falimentares também se encontram dentro da Lei Falimentar italiana (a *Legge Fallimentare* ou *Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267*) e estão separados em capítulos: no primeiro encontram-se as condutas criminosas praticadas pelo falido e no segundo estão previstos os crimes cometidos por outras pessoas (como é o caso do artigo 239º, que pune o administrador da falência que assumir interesse privado em qualquer ato da falência). É em razão dessa similaridade que a doutrina italiana aponta no sentido da variedade de bens jurídicos protegidos por seus crimes falimentares: pretende-se a proteção do crédito envolvido no procedimento concursal, da economia pública e a correta execução do procedimento falimentar[53-54].

52. Nesse sentido, é punido pelo artigo 375º do CP, por peculato, o funcionário que se apropriar ilegitimamente de dinheiro ou coisa móvel ou imóvel que lhe tenha sido entregue em razão das suas funções e esteja na sua posse ou lhe seja acessível, à semelhança do crime falimentar de aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens do artigo 174º da LRF brasileira.

53. Como por meio dos crimes falimentares voltados para a figura do curador, o administrador da falência, e seus coadjutores nos artigos 228º e 229º da *Legge Falllimentare* e do tipo penal do artigo 333º que pune o credor que acorda com o falido ou demais pessoas, em interesse do falido, sobre voto na composição da comissão de credores ou deliberações.

54. SANDRELLI, Giangiacomo. Disciplina penale e processuale. In: FAUCEGLIA, Giuseppe (Org.) et al. *Fallimento e altre procedure concorsuali*. Torino: UTET giuridica, 2009. p. 1956.

Por conseguinte, visualizam-se – a partir dos ordenamentos jurídicos estudados neste trabalho – duas opções legislativas possíveis para a incriminação de delitos falimentares – ou insolvenciais – baseadas em um primeiro lugar na sistematização, ou seja, se estão localizados no Código Penal geral ou se na própria lei concursal de modo disperso; e, em segundo lugar, pela opção da criminalização de condutas que protejam o próprio procedimento civil da falência, ou até mesmo da recuperação judicial, como nos casos brasileiro e italiano.

6. Considerações finais

A primeira conclusão possível é referente à falta de jurisprudência sobre os crimes insolvenciais em Portugal, a qual resulta na impossibilidade de visualizarmos uma pessoa não comerciante como sujeito ativo de um crime insolvencial, na inexistência real do crime de insolvência negligente e a falta de pronunciamento da jurisprudência acerca da inconstitucionalidade do n. 1, b), do artigo 228º.

Também, verifica-se a proteção em níveis do patrimônio dos credores e da economia em geral como bens jurídicos dos crimes insolvenciais portugueses, assim como a economia em geral, a proteção da empresa e do procedimento concursal no caso da legislação brasileira.

Nesses termos, em razão do estudo comparado percebe-se a opção brasileira por uma incriminação mais grave no cenário da recuperação e falência, a partir da previsão de tipos penais que envolvem mais que a proteção do patrimônio dos credores, mas a realização do procedimento concursal sem maiores impedimentos como a partir da proteção dos bens dos devedores em recuperação ou da massa falida.

Por fim, revela-se que a sistematização e a nomenclatura da criminalidade estudada possuem significados e possibilitam resultados diferentes. Em Portugal, os crimes insolvenciais estão dispostos entre os crimes patrimoniais no próprio Código Penal e assim nomeados insolvenciais em razão das condutas tuteladas girarem em torno da ocorrência da insolvabilidade. No Brasil, por outro lado, e à semelhança da legislação italiana, optou-se por sistematizar os crimes falimentares na própria lei concursal de recuperação e falência e incriminar condutas muito amplas que, muitas vezes, mais tem a ver com o próprio procedimento concursal do que a ação do devedor em relação à sua insolvabilidade; sendo nomeados, portanto, em decorrência de estarem todos vinculados ao procedimento concursal civil e não em razão das condutas que são incriminadas.

7. Referências

BELEZA, Teresa Pizarro. Os crimes contra a propriedade após a revisão do Código Penal de 1995. *Estudos monográficos*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.

BRANCO, José Manuel. *Responsabilidade patrimonial e insolvência culposa (da falência punitiva à insolvência reconstitutiva)*. Coimbra: Almedina, 2015.

CAEIRO, Pedro. *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CAEIRO, Pedro; VASCONCELOS, Miguel. As dimensões jurídico-privada e jurídico penal da insolvência (uma introdução). *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

CAEIRO, Pedro. Anotação aos artigos 227º, 228º e 229º do CP. *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. II.

DUTRA, Deo. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, 2016.

ESTEVES, Maria; AMORIM, Sandra. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*. 4. ed. Porto: Vida Económica, 2015.

FREEMAN, R. Edward. *Stakeholder theory of the modern corporation*. Perspectives in business ethics sie, 2001. v. 3.

LEITÃO, Luís Menezes. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado. 8. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2015.

LEITÃO, Luís Menezes. *Direito da insolvência*. Coimbra: Livraria Almedina, 2012.

MALAFAIA, Joaquim. A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11, p. 219-249, jan.-mar. 2001.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. Os crimes falenciais no direto intertemporal. *Revista da EMERI*, v. 8, n. 31, p. 300-335, 2005.

PALMA, Maria Fernanda. Aspectos penais da Insolvência e da Falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1995.

PENTEADO, Mauro R. In: SATIRO DE SOUZA JUNIOR, Francisco, A. S. A. de Moraes Pitombo (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Dos crimes em espécie. In: SATIRO DE SOUZA JUNIOR, Francisco, A. S. A. de Moraes Pitombo (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003. t. 28.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 23, n. 1, p. 7-43, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

SANDRELLI, Giangiacomo. Disciplina penale e processuale. In: FAUCEGLIA, Giuseppe (Org.). et al. *Fallimento e altre procedure concorsuali*. Torino: UTET giuridica, 2009.

SARAIVA, Carlos Alberto; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Análise das disposições processuais e penais da lei de falências: considerações críticas e sugestões. *Revista Jurídica de Franca*, ano 9. n. 17, p. 117-146, jul.-dez. 2007.

SOUSA, Susana Aires. Os crimes insolvenciais. *Revista do Direito da Insolvência,* n. 1, p. 45-55, abr. 2016.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord.); ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e da falência. In: Luiz Fernando Valente de Paiva (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- O direito concursal português, de Sabrina Maria Fadel Becue – *RT* 951/155-184 (DTR\2014\20986); e
- Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português, de João Calvão da Silva e Frederico Viana Rodrigues – *RDB* 36/224-240 (DTR\2007\245).

A limitação da audiência de custódia no combate a agressões e maus-tratos a presos: estudo de caso na comarca de Umuarama/PR

The limitation of custody hearing on the combat of aggressions and mistreatment against prisioners: a case study on Umuarama/PR County

Figueiredo Monteiro Neto

Doutorando em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (2018). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (2008). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2007). Professor do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
ORCID: 0000-0002-8872-4745
figueiredomonteiro@yahoo.com.br

Recebido em: 16.01.2019
Aprovado em: 15.03.2019
Última versão do autor: 15.04.2019

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O presente artigo versa sobre a audiência de custódia, cuja prática se tornou obrigatória no Brasil após a edição da Resolução 213/2015 do CNJ. Esse instituto tem como um de seus principais objetivos proteger a integridade física do preso logo após a prisão, e neste ensaio nos propomos a analisar a efetividade da audiência de custódia em tal mister, na comarca de Umuarama-PR. Aí se irradia o problema da pesquisa: a audiência de custódia é capaz de preservar a integridade física de presos contra maus-tratos praticados por agentes de segurança pública? O estudo se baseia na análise dos processos distribuídos naquela comarca um ano depois de implementada a audiência de custódia, tratando-se de um estudo quantitativo e qualitativo, ou seja,

Abstract: This article deals with the custody hearing, practice which has become mandatory in Brazil after the issuance of CNJ Resolution 213/2015. This institute has as one of its main objectives to protect the physical integrity of the prisoner soon after the arrest, and in this essay we propose to analyze the effectiveness of the custody hearing in such a mister, in the Umuarama-PR county. Here, the research problem radiates: is the custodial audience capable of preserving the physical integrity of prisoners against mistreatment by public security agents? The study is based on the analysis of the processes distributed in that county, one year after the custody hearing was implemented, being a quantitative and qualitative study. In other

analisamos o número de relatos de maus-tratos sofridos por presos durante a audiência de custódia, sem desprezar a análise das providências adotadas pelas autoridades competentes para apurar tais ilícitos. Apesar de entendermos a importância desse novo instituto, elegemos como hipótese a sua limitação em cumprir o fim a que se propõe, diante da dificuldade histórica que vivenciamos para apurar ilícitos de maus-tratos contra presos por parte da polícia em nosso País.

Palavras-chave: Audiência de custódia – Política pública – Maus-tratos – Direitos humanos – Limitação.

words, we analyzed the number of reports of mistreatment suffered by prisoners during the custody hearing, without neglecting the analysis of the measures taken by the competent authorities to determine such illicit acts. Although we understand the importance of this new institute, we hypothesize its limitation in fulfilling the purpose it proposes, in view of the historical difficulty we have experienced in order to investigate illicit acts of mistreatment against prisoners by the police in our country.

Keywords: Custody hearing – Public policy – Mistreatments – Human rights – Limitation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Audiência de custódia. 2.1. Conceito e previsão normativa. 2.2. Finalidades. 2.3. Revisão de literatura. 3. A audiência de custódia na Comarca de Umuarama: reflexos e desafios. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Apesar dos inúmeros estudos sobre a prisão constatarem a sua ineficiência no combate ao crime e o fracasso quanto à reinserção e ressocialização do indivíduo condenado em meio à sociedade, a política criminal brasileira tem se baseado, cada vez mais, na neutralização do cidadão por meio desse dispositivo de segurança pública sob o argumento de reduzir a criminalidade, principalmente após a década de 70 do século passado.[1]

1. Nesse sentido, a título exemplificativo, é possível mencionar os seguintes autores: BATISTA, N. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990; BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001; CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. In: CARVALHO, S.; WEIGERT, M. A. B. *Sofrimento e clausura no Brasil contemporâneo*: estudos críticos sobre fundamentos e alternativas às penas e medidas de segurança. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 19-41. Nilo Batista é categórico em afirmar que "Seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro" (BATISTA, Nilo. 1990, p. 26). Salo de Carvalho conclui que "[...] a estratégia de prisionalização não vem obtendo os resultados esperados de redução das taxas de criminalidade" (CARVALHO, Salo de. Obra citada, p. 24).

Esse quadro se tornou agudo na década de 90 do século XX, em razão da estagnação econômica e industrial do país vivenciada desde a década de 1980, que manteve, na marginalidade social, milhões de brasileiros desempregados e sem uma fonte de renda formal, fruto de uma política econômica baseada na alta concentração de renda adotada durante a ditadura militar – amargada de 1964 até 1985 –, e que ainda não conseguimos superar. Isso fez com que o recrudescimento das leis penais se tornasse a principal pauta governamental nas duas últimas décadas do século passado.[2]

Durante a ditadura militar, "[...] apesar da recorrência à criminalização, os níveis de encarceramento chamavam a atenção mais pela qualidade do que pela quantidade dos encarcerados [...]".[3] No entanto, de 1990 a 2016, houve um recrudescimento das taxas de encarceramento em 707%, segundo relatório divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional.[4] Em 1990, o Brasil contava com 90 mil presos e, em 2016, esse número já ultrapassava 726 mil. Esse dado coloca o Brasil no posto de terceiro país com maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China.[5] Além disso, nosso caminho rumo ao superencarceramento fez com que o Brasil ultrapassasse a Rússia, que até 2014 ocupava o *ranking* de terceiro país do mundo em número de presos.[6]

A situação é ainda mais inquietante quando se constata que entre os países com maior população carcerária – Estados Unidos, China e Rússia – houve uma diminuição no número de presos em 8%, 9% e 24%, respectivamente, entre 2008 e 2014, enquanto a taxa de encarceramento brasileira subiu 33% no mesmo período. Com esses números, o déficit de vagas no sistema carcerário brasileiro é

2. NASCIMENTO, A. Apresentação. In: GARLAND, D. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução, apresentação e notas de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 7-30; ALVAREZ, M. C. et al. O sistema prisional: um debate necessário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, jul.-ago., 2007. p. 233-252.
3. NASCIMENTO, A. Obra citada, p. 15.
4. DEPEN/MJ. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – INFOPEN Atualização – Jun. 2016. Brasília, DF, 2017. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 04.01.2018.
5. Idem.
6. DEPEN/MJ. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério Da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – INFOPEN. Brasília, DF, 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 12.07.2016.

superior a 358 mil, correspondendo a uma taxa de ocupação de 197,4%.[7] Lamentavelmente, pode-se dizer que essa situação, que já é trágica, poderia ser ainda pior, uma vez que, segundo informação do Conselho Nacional de Justiça, consultada em 04 de janeiro de 2018, havia 608.883 mandados de prisão pendentes de cumprimento no Brasil[8], de forma que, caso todos eles fossem cumpridos imediatamente, nossa população carcerária seria superior a um milhão e trezentos mil presos. Em razão dessa superlotação de nossos presídios, não são poucas as vozes que se sentem confortáveis em afirmar que "[...] o sistema prisional se constitui, nos dias de hoje, em um dos maiores focos de violações de Direitos Humanos na sociedade brasileira [...]".[9]

Em razão disto, o Brasil administra um caos no sistema carcerário, seja pela qualidade de nossas prisões, seja pela quantidade de presos. Loïc Wacquant sintetizou o estado de nossas prisões, qualitativa e quantitativamente, ao asseverar que elas:

> "[...] se parecem mais com *campos de concentração para pobres,* ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação."[10]

Não fosse o tratamento desumano e degradante inerente às prisões de nosso País, decorrente do "entupimento estarrecedor de nossas prisões", como afirmou

7. DEPEN/MJ. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério Da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – INFOPEN Atualização – Jun. 2016. Brasília, DF, 2017. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 04.01.2018.
8. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Mandados de Prisão*: dados estatísticos. Brasília, 2018. Disponível em: [www.cnj.jus.br/bnmp/#/relatorio]. Acesso em: 04.01.2018.
9. SALLA, F. O persistente desafio do sistema prisional. *Direitos Humanos*, Brasília, v. 6, set. 2010. p. 16.
10. WACQUANT, L. *As prisões da miséria.* Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 11 (grifos do original).

Wacquant, há ainda relatos de agressões físicas e maus-tratos contra presos, prática histórica que nos permeia.[11]

Ao estudar as políticas públicas implementadas pelo governo federal na última década do século passado, na área da segurança pública, Fernando Salla demonstra a clara inabilidade do governo em lidar com a questão criminal. O autor demonstra que mesmo após a redemocratização do país, em 1984, e a elaboração de uma nova Constituição, em 1988 – que traz, em seu corpo, inúmeros direitos e garantias até então inexistentes em qualquer outra –, instituições policiais e do sistema prisional têm apresentado forte resistência aos valores democráticos, fazendo com que muitas mudanças institucionais sejam implementadas apenas formalmente, diante da impermeabilidade em se exercer um controle externo efetivo.[12]

Vilobaldo Adélio de Carvalho e Maria do Rosário de Fátima e Silva, ao analisarem as políticas públicas na área de segurança pública no Brasil, referente à primeira década do século XXI, enfatizam que o Estado ainda tem pautado sua atuação no afã de combater situações emergenciais, como já havia enfatizado Fernando Salla em relação à década anterior. O Poder Público ainda prioriza os mutirões carcerários e construção de presídios, além da elaboração de leis, sem adoção de medidas eficazes a longo prazo. Afirmam os autores que a inexistência de medidas capazes de alterar os contextos sociais no campo, onde a criminalidade e violência são mais frequentes, tornam as medidas estatais adotadas inconsistentes e insatisfatórias. Ademais, eles concluem que apesar da edição de leis

11. Segundo Nilo Batista, "Durante os anos 80, juristas e criminólogos que desenvolvem extensa pesquisa, patrocinada pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, perceberam que os sistemas penais latino-americanos operam com uma nítida tendência genocida" (BATISTA, N. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 47).

12. SALLA, F. Os impasses da democracia brasileira: o balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil. *Revista Lusotopie*, Paris, v. 10, 2003. p. 419-435. Disponível em: [www.lusotopie.sciencespobordeaux.fr/salla2003.pdf]. Acesso em: 16.01.2016. Para se ter uma ideia da gravidade que isso representa, a pesquisa de Ercolis Filipe Alves Santos aponta "que depois da redemocratização de nosso país, o número de mortes contabilizados por parte de nossa polícia é maior que o do regime militar, o que põe em xeque a legitimidade de nossa ordem democrática" (SANTOS, Ercolis Filipe Alves Santos. Audiência de custódia: prelúdio da desconstrução da cultura de torturar no Brasil por meio da superação da normalidade do desumano? 2017. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Sergipe, São Cristóvão, 2017. p. 87. Disponível em: [https://ri.ufs.br/handle/riufs/4395]. Acesso em: 09.01.2019.

que no plano teórico colocam o País num patamar democrático, o plano prático ainda é típico de um Estado autoritário.[13]

Nem mesmo com a assunção do Partido dos Trabalhadores ao posto de liderança do país, elegendo os Presidentes da República por quatro mandatos consecutivos a partir de 2002, fez com que o processo de superencarceramento diminuísse no Brasil, muito menos que se extirpasse a violação de direitos humanos contra presos. Segundo Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Ana Cláudia Cifali, "As práticas correntes das instituições policiais atravessam a fronteira de uma legalidade considerada antiquada, inquisitorial, quando não autoritária, seguindo em direção a um tipo de "ilegalidade prática", uma lógica em uso justificada pela eficiência".[14] Esses mesmos autores arrematam dizendo quer, por motivos variados,

> "[...] os governos dirigidos pelo PT no Brasil não tiveram a capacidade para construir uma efetiva hegemonia de uma concepção de segurança pública vinculada à afirmação de direitos e ao funcionamento adequado e republicano dos órgãos responsáveis pela persecução criminal."[15]

É em razão dessa prática de violação de direitos humanos contra pessoas presas que a audiência de custódia foi inserida na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Aliás, esse foi o motivo "[...] que levou a Corte Interamericana a analisar pela primeira vez o direito à apresentação imediata do preso à autoridade judicial, no julgamento do *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, em 1988 [...]".[16]

A esse respeito é importante ressaltar que o Brasil também já foi censurado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por não garantir a apresentação da pessoa presa imediatamente perante uma autoridade judicial, ou

13. CARVALHO, V. A. de; SILVA, M. do R. de F. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. *Katálysis*, Florianópolis, v. 14, n. 1, jan.-jun. 2011. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802011000100007&script=sci_arttext]. Acesso em: 15.01.2016.
14. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas: Revista de Ciências Sociais* (Impresso), v. 15, 2015. p. 124.
15. AZEVEDO e CIFALI. Obra citada, p. 125.
16. PAIVA, C. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 40.

outra autoridade que exerça funções judiciais, para que seja examinada a legalidade da prisão. O primeiro caso data de 1992 e foi retratado no informe 33/04, caso 11.634 (Jailton Neri da Fonseca x Brasil)[17], em que o Estado Brasileiro foi considerado culpado pela execução extrajudicial do adolescente Jailton Neri da Fonseca, preso pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e executado sumariamente, sem nem mesmo ter sido conduzido até a presença de um delegado de polícia. Nesse julgado, a CIDH afirmou que:

> "La Comisión concluye que Jailton Neri da Fonseca fue privado de su libertad en forma ilegal, sin que hubiese existido causa alguna para su detención ni ninguna situación flagrante. No fue llevado sin demora ante un juez. No tuvo derecho a recurrir a un tribunal competente a fin de que éste determinase sin demora la legalidad de su detención u ordenase su libertad, dado que fue asesinado inmediatamente después de su detención. *El único propósito de su detención arbitraria e ilegal fue darle muerte.*"[18]

Nesse fatídico caso, a CIDH ressaltou direta "[…] violación al derecho a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida, a medidas especiales de protección de la niñez, a la protección judicial y a garantías judiciales, consagrados, respectivamente, en los artículos 7, 5, 4, 19, 25 y 8 de la Convención Americana […]"[19], direito este, aliás, que foi o ponto de apoio para implementação da audiência de custódia no Brasil, mediante atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Digno de nota, ainda, é enfatizar que mais do que a investigação desse caso, a CIDH demonstrou como a força policial também acarreta, constantemente, grave violação dos direitos humanos de pessoas pobres, negras e de moradores das periferias brasileiras. Segundo consta daquele julgado:

> "Después de evaluar más de 1000 homicidios cometidos por la policía de Río de Janeiro entre los años de 1993 y 1996, el informe concluye que la raza constituyó un factor que incidía en la policía – sea conscientemente o no – cuando tiraba a matar. Cuanto más oscura es la piel de la persona, más susceptible está ella de ser víctima de una violencia fatal por parte de la policía". Por su parte,

17. CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe n. 33/04*, Caso 11.634, Fondo, Jailton Neri da Fonseca, Brasil, 11.03.2004. Disponível em: [www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/brasil.11634.htm#_ftn1]. Acesso em: 27.02.2017.
18. Idem, grifo nosso.
19. Idem.

> concluye que la violencia policial es discriminatoria pues alcanza en mayor número y con mayor violencia a los negros. Otro factor determinante dentro del análisis de la violencia policial en Brasil es la cuestión económico-social, pues en la gran mayoría de los casos las víctimas son personas pobres y/o habitantes de las favelas y periferias."[20]

Há um outro caso em que o Brasil foi censurado pela CIDH. O episódio foi retratado no informe 35/08, caso 12.019 (Antonio Ferreira Braga x Brasil)[21], em que o Estado Brasileiro foi considerado culpado pela tortura impingida ao cidadão Antonio Ferreira Braga, preso pela Polícia Civil de Fortaleza, no Estado do Ceará, em 11 de abril de 1993. Consta do processo as graves violações físicas e psíquicas a que foi submetida a vítima, como se pode constatar da seguinte passagem do julgado:

> "El Laudo Pericial de Constatación, llevado a cabo por el Instituto de Criminalística de la Policía Civil el 12 de abril de 1993, a las 2:15 horas p.m. en la dependencia de la Jefatura de Hurtos y Robos de la ciudad de Fortaleza, Ceará, sita en el 1791 de la calle Costa Barros de dicha localidad, determina que el lugar donde fue encontrada la presunta víctima, era una dependencia carcelaria, denominada Sala de Investigación, de 2 (dos) metros de largo, y 2 (dos) metros 50 (cincuenta) centímetros de ancho, dotada de una sola puerta. Constató igualmente, que Antonio Ferreira Braga, se encontraba echado en el suelo, en decúbito ventral, envuelto en un tapete y amarrado por los miembros inferiores, con la quijada apoyada sobre una pieza de vestimenta."[22]

Os dois casos apontados submetidos à CIDH são paradigmáticos e demonstram que a violência policial está incrustada no corpo das instituições policiais brasileiras, como já apontado nos trabalhos acadêmicos e livros acima mencionados, tratando-se de uma prática que deve ser veementemente coibida.

Sensível a essa situação, o CNJ editou, no ano de 2015, a Resolução 213, tornando obrigatória a realização da audiência de custódia em todo o território nacional, a partir de 01 de maio de 2016. Esse é o tema deste artigo.

A audiência de custódia aparece como política pública, tendo como um de seus principais objetivos fazer cessar o número de agressões e maus-tratos contra

20. Idem.

21. CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe n. 35/08*. Caso 12.019. Admisibilidad y Fondo. Antonio Ferreira Braga. Brasil, 18.07.2008. Disponível em: [www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Brasil12019.sp.htm]. Acesso em: 27.02.2017.

22. Idem.

presos por parte de autoridades públicas. Acredita-se que, com a apresentação da pessoa presa imediatamente perante uma autoridade judicial, as chances de ela sofrer agressão por parte de membros das forças policiais reduzir-se-á drasticamente. Daí se extrai o problema desta pesquisa: a audiência de custódia é capaz de preservar a integridade física de presos contra abusos e maus-tratos[23] por parte de autoridades policiais?

O objeto, por sua vez, diante da inviabilidade de fazer esta pesquisa a nível nacional, teve que se restringir a uma Comarca, sendo eleita a de Umuarama/PR. Assim, o objeto eleito diz respeito sobre a eficácia da audiência de custódia, na comarca de Umuarama/PR[24], para coibir os maus-tratos contra presos. Eleito o objeto, e como a pesquisa, naturalmente, precisa de um fim, foi estabelecido o período de um ano para estudo, contado desde a implementação da audiência de custódia, de forma que o período pesquisado é de 01.05.2016 a 30.04.2017.

Quanto ao procedimento metodológico, optamos por uma realização da pesquisa por meio da observação não participativa. Fizemos, então, uma análise de todos os processos criminais apresentados ao Poder Judiciário da Comarca de Umuarama um ano depois da implementação da audiência de custódia. Nesse primeiro momento, o trabalho se mostra predominantemente quantitativo, uma vez que nossa preocupação foi a de separar todos os processos em que houve relatos pelos presos, durante a audiência de custódia, de maus-tratos a eles praticados pelas autoridades policiais.

Não foi possível, no entanto, estarmos presentes em todas as audiências de custódia relatadas na pesquisa. A razão é a distância entre a Comarca de Umuarama/PR, e Toledo/PR, cidade de onde fizemos a pesquisa. O principal obstáculo, contudo, foi a inexistência de uma data precisa sobre a realização das audiências de custódia na Comarca. Sem essa informação, ficou inviável o deslocamento diário para o município de Umuarama. Constatamos que as audiências não ocorrem diariamente, mas com a prisão em flagrante do autor, em tese, de um crime: sem crimes, não há audiências de custódia.

Em abril de 2017, por exemplo, ocorreram audiências de custódia perante a segunda vara criminal em 11 dias, sendo eles: 05, 06, 07, 10, 11, 12, 17, 19, 24,

23. Nos referimos aqui a maus-tratos em sentido amplo, como qualquer prática de agressão contra o custodiado, a exemplo de lesões corporais, tortura, abuso de autoridade etc., e não somente ao crime de maus-tratos previsto no artigo 136 do Código Penal. Esse é o sentido do termo "maus-tratos" que será empregado durante todo este ensaio.

24. A Comarca de Umuarama/PR conta com duas varas criminais, sendo elas a 1ª vara criminal e a 2ª vara criminal, e a pesquisa foi feita levando em consideração as audiências de custódia realizadas naqueles dois juízos.

26 e 27 de abril de 2017. As audiências de custódia, na grande maioria dos casos, são designadas no início da tarde, por volta das 13:00 horas, para serem realizadas no final da tarde do mesmo dia, por volta das 16h30min ou 17:00 horas. Isso ocorreu em todos os dias anteriormente mencionados, exceto na do dia 07 de abril, uma vez que a audiência de custódia referente a esse dia foi designada no dia anterior, às 19h53min. Impossível o deslocamento de Toledo até Umuarama em um espaço de tempo tão curto.

É importante ressaltar que a Comarca de Umuarama não conta com uma Central de Audiência de Custódia, como ocorre nas Capitais e grandes centros urbanos do País, de forma que estas audiências de custódia são realizadas pelas duas varas criminais de Umuarama, de acordo com os autos de prisão em flagrante que são a elas distribuídos.

Uma ferramenta importante, no entanto, implantada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e que nos auxiliou enormemente na pesquisa foi o processo judicial eletrônico – PROJUDI, em uso em todas as comarcas do Estado do Paraná. Com o sistema implantado, todos os processos foram digitalizados, com gravação de som e imagem de todas as audiências realizadas em cada um dos processos. Esse foi o recurso utilizado neste trabalho para se ter acesso às audiências de custódia realizadas entre maio de 2016 a abril de 2017 em Umuarama, possibilitando o acesso a todos os processos e ao vídeo com som e imagem de cada ato realizado.

Para ter acesso aos processos, foi suficiente um pedido verbal aos juízes das varas criminais de Umuarama, que prontamente possibilitaram fazer a pesquisa na Comarca; os números dos processos foram fornecidos pelas escrivãs das varas criminais estudadas – 1ª e 2ª varas criminais de Umuarama. Com esses dados em mãos e na qualidade de servidor público estadual do Poder Judiciário do Estado do Paraná, foi mais fácil acessar ao sistema eletrônico – Projudi – e estudar cada um dos processos, tendo em vista que possuímos login de acesso e senha pessoal para tanto. Para aqueles que não ostentam essa condição, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do setor de informática, responsável pela manutenção do sistema Projudi, fornece um cadastro, com login e senha, para que interessados possam acessar os processos a que tem interesse.

A abordagem quantitativa do estudo se baseia na análise de dados provenientes de 474 casos que deram entrada na primeira e segunda varas criminais da Comarca de Umuarama ao longo do tempo da pesquisa, sendo que a audiência de custódia foi realizada em aproximadamente 279 casos.[25]

25. Nos demais casos, não foi realizada audiência de custódia, principalmente pela concessão imediata de liberdade provisória ao preso, seja pela autoridade policial, nos casos

Feito esse trabalho inicial, predominantemente quantitativo, nos propomos a analisar o impacto da audiência de custódia também na perspectiva qualitativa, ou seja, analisamos estes processos em que houve notícia de maus-tratos a presos. A partir disso, também procuramos analisar o conteúdo das decisões judiciais a esse respeito e quais providências foram tomadas pelas autoridades responsáveis em apurar esses ilícitos: magistrados, promotores de justiça e delegados de polícia.

Quanto à hipótese, diante da dificuldade histórica de se realizar o controle externo da atividade policial, bem como tendo em vista o fato da maioria das agressões contra presos ocorrerem sem a presença de testemunhas, a hipótese inicial deste trabalho foi de que a audiência de custódia não tem a aptidão de conter abusos e maus-tratos contra presos, mesmo porque o preso é tratado mais como objeto de conhecimento do que sujeito de direitos nesse novo ato procedimental. A própria dificuldade em se realizar um controle externo efetivo da atividade policial por órgãos constitucionalmente com atribuição para tanto – como o Ministério Público –, já denunciado por Fernando Salla[26], nos conduz a essa hipótese inicial.

Feitas essas notas introdutórias, faremos uma breve explanação sobre o conceito e a implantação da audiência de custódia, uma revisão da literatura a respeito desse instituto, para então analisarmos concretamente seus efeitos na localidade eleita para estudo.

2. Audiência de custódia

2.1. Conceito e previsão normativa

A audiência de custódia encontra previsão normativa no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), segundo o qual:

> "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais

em que pode fixar fiança, seja pela autoridade judicial, quando lhe é possível analisar o auto de prisão em flagrante antes mesmo de agendar e realizar a audiência de custódia.

26. SALLA, F. Os impasses da democracia brasileira: o balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil. *Revista Lusotopie,* Paris, v. 10, 2003. p. 419-435. Disponível em: [www.lusotopie.sciencespobordeaux.fr/salla2003.pdf]. Acesso em: 16.01.2016.

> e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo."[27]

Idêntica previsão é encontrada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Brasil via Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado por meio do Decreto Presidencial 592, de 6 de julho de 1992. O Pacto estabelece em seu artigo 9º, item 3, que "[...] qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais [...]".[28]

A Convenção Americana de Direitos Humanos é um tratado internacional de direitos humanos. Ela foi criada em 1969 e entrou em vigor em 1978, após a 11ª ratificação, feita pelo Peru. O Brasil só ratificou esse tratado em 1992[29], após 24 anos de ditadura militar, tendo o Decreto Legislativo 27, de 26 de maio de 1992, aprovado o seu texto, que entrou em vigor com o Decreto Presidencial 678, de 6 de novembro de 1992.

Sobre a importância desse tratado internacional, Ramos entende ser ele fundamental, "[...] pois impõe ao Estado-membro o dever de *zelar pelo respeito* dos direitos humanos reconhecidos e de *garantir* o exercício dos mesmos por parte de toda pessoa que é sujeita à sua jurisdição [...]"[30], uma vez que:

---

27. BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1992a. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm]. Acesso em: 12.01.2016.

28. BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF, 1992b. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm]. Acesso em: 12.01.2016.

29. Segundo entendimento de André de Carvalho Ramos: "O Brasil demorou a ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos diante do regime político vivenciado no país, e apesar de ter participado da Conferência que deu forma à Convenção, o fez apenas como meio de dar uma aparência de normalidade à comunidade internacional. Assim, se na Europa Ocidental a Convenção Europeia de Direitos Humanos nasceu do esforço de Estados Democráticos em demonstrar sua diferença com Ditaduras, a Convenção Americana nasceu do esforço de Ditaduras em demonstrar sua semelhança com Estados Democráticos [...]" (RAMOS, A. de C. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 215).

30. RAMOS, A. de C. Obra citada, p. 217 (grifo do original).

> "Em linhas gerais, a Convenção Americana apresenta um rol de direitos civis e políticos, incluindo o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à integridade pessoal, direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito ao nome, direito a um julgamento justo, o direito à proteção judicial, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência, religião, de pensamento e expressão, direito de reunião, liberdade de associação, direito à nacionalidade, direito à propriedade privada, direito de circulação e de residência, dentre outros direitos."[31]

Interessa-nos, no presente trabalho, os direitos à liberdade, à integridade pessoal e à proteção judicial, previstos no artigo 7º, item 5, da CADH. Essa audiência que a CADH determina que seja realizada na presença de uma autoridade judiciária com a pessoa presa logo após a sua detenção – a Convenção usa a expressão "sem demora" – é chamada, no Brasil, de "audiência de custódia".

No caso do Brasil, apesar de a CADH ter sido internalizada em nosso ordenamento jurídico desde 1992, dispondo sobre a obrigatoriedade da apresentação do preso imediatamente a uma autoridade judicial logo após a sua prisão, o Código de Processo Penal (CPP) não a prevê, inexistindo um procedimento legal que a discipline, apesar de já ter se passado mais de 24 anos desde a sua incorporação ao direito brasileiro.

Diante dessa omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, em julgamento realizado na data de 09 de setembro de 2015, determinou que as audiências de custódia fossem realizadas, em todo o Brasil, no prazo de 90 dias a partir da publicação do respectivo acórdão daquele julgamento – publicação esta que ocorreu em 19 de fevereiro de 2016.[32]

Nesses termos, a audiência de custódia "[...] ganhou caráter obrigatório e vinculante após as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (Adin 5240 e ADPF 347), nas quais se reconheceu a eficácia normativa da determinação em território brasileiro [...]".[33]

---

31. RAMOS, A. de C. Obra citada, p. 217-218.

32. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF.* Relator: Ministro Marco Aurélio. *DJe* 19.02.2016, v. 031. Brasília, DF, 2016a. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665]. Acesso em: 18.04.2016.

33. ROSA, A. M. da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. rev., atual. e amp. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 262.

Em razão desses mesmos julgamentos, o CNJ editou, em 15 de dezembro de 2015, a Resolução 213, que dispôs sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, o que se tornou obrigatório para todos os Tribunais do país após 01 de maio de 2016, conforme artigo 15 da mencionada Resolução.[34]

É importante ressaltar que se encontra em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE), com inúmeros outros projetos anexos a ele, tendo como objetivo a inserção da audiência de custódia no CPP.

Tendo em vista o que foi apresentado, podemos conceituar a audiência de custódia como o procedimento de apresentação do preso perante uma autoridade judicial, sem demora, a fim de que seja possível a análise, imediata, da necessidade da manutenção da prisão do custodiado ou a possibilidade de concessão a ele de liberdade provisória. Trata-se, também, de um instrumento apto a analisar se houve maus-tratos ou tortura por agentes de segurança pública contra o preso.

2.2. Finalidades

A implantação da audiência de custódia tem como *primeira finalidade* adequar o ordenamento jurídico brasileiro à legislação internacional, já que ela encontra previsão em Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil desde 1992 e que ainda não estavam sendo cumpridos em nosso país.[35] Conforme exposto, a CADH dispõe sobre a obrigatoriedade de apresentação de toda pessoa presa, sem demora, a uma autoridade judicial.

Uma *segunda finalidade* da audiência de custódia é a de possibilitar ao juiz a análise imediata da prisão de alguém e a tomada de decisão acerca da custódia, mantendo a prisão cautelar ou concedendo ao preso liberdade provisória. Isso é apontado por Caio Paiva, ao afirmar que uma das finalidades da audiência de custódia é a de evitar "[...] prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias [...]".[36] No mesmo sentido, encontra-se o entendimento de Alexandre Morais da Rosa, para quem a audiência de custódia tem, entre outras finalidades, a de proporcionar ao juiz um momento para análise da "[...] necessidade de

34. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059]. Acesso em: 12.01.2016.

35. PAIVA, C. Obra citada, p. 34.

36. PAIVA, C. Obra citada, p. 39.

medidas cautelares diversas da prisão cautelar (CPP, art. 319 e Lei de Violência Doméstica, art. 22) e os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 312)".[37]

Atualmente, o CPP, em seu artigo 306, § 1º, estabelece que "[...] em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante [...]".[38] Por meio desse procedimento, o juiz – somente com esse documento em mãos – analisará a legalidade da prisão, a possibilidade da concessão de liberdade provisória com ou sem a fixação de medidas cautelares diversas da prisão, ou entenderá pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, sem necessidade de imediata entrevista com o preso.

Todo esse procedimento previsto no CPP era realizado apenas com o auto de prisão em flagrante – um procedimento meramente documental –, o que foi alterado com a implantação da audiência de custódia, uma vez que com ela o juiz deve ter contato pessoal direto com o preso, dando eficácia normativa ao tratado internacional ratificado pelo Brasil. Essa mudança, segundo esses autores, possibilita que a defesa ou o próprio preso exponha algum motivo que aponte o seu direito de responder a eventual processo em liberdade.

A *terceira finalidade* da audiência de custódia é evitar abusos por parte de agentes de segurança pública logo após uma prisão – uma forma encontrada para fiscalizar a medida por um juiz de direito e por um promotor de justiça, além do próprio advogado, constituído ou nomeado ao preso. As três instâncias poderão responsabilizar o eventual agressor, fazendo com que essa prática seja desestimulada.

Esse entendimento é apresentado por Weis e Junqueira, para quem a audiência de custódia:

> "Busca salvaguardar a integridade física e psíquica da pessoa, tendo em conta que um dos momentos cruciais, senão o de maior importância, para a prevenção da tortura corresponde às primeiras horas em que a pessoa é privada de sua liberdade de locomoção, ficando à mercê dos agentes estatais responsáveis pela segurança pública".[39]

37. ROSA, A. M da. Obra citada, p. 263.

38. BRASIL, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810]. Acesso em: 09.02.2016.

39. WEIS, C.; JUNQUEIRA, G. O. D. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 921, jul. 2012. p. 341.

No mesmo sentido, segue o pensamento de Maria Laura Canineu, segundo quem:

> "[...] o risco de maus tratos é frequentemente maior durante os primeiros momentos que seguem a detenção quando a polícia questiona o suspeito. Esse atraso torna os detentos mais vulneráveis à tortura e outras formas graves de maus-tratos cometidos por policiais abusivos".[40]

A *quarta finalidade* da audiência de custódia é evitar o superencarceramento existente no Brasil, uma vez que nosso País conta com a terceira maior população carcerária do mundo, estando atrás apenas dos Estados Unidos e da China, conforme dados apresentados neste artigo.

A audiência de custódia aparece, portanto, como política pública, com objetivo essencial de diminuir o número de prisões no país e uma forma de evitar a tortura e os maus-tratos contra presos. Para Secchi, "[...] uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público [...]"[41], e como tal não pode deixar de ser o atual sistema carcerário brasileiro, diante das flagrantes violações de direitos humanos impingidas contra os internos que nele se encontram custodiados.

2.3. Revisão de literatura

Visto o conceito, a previsão legal e as finalidades da audiência de custódia, faremos uma breve análise do estado da arte a respeito desse novo instituto, a fim de identificarmos eventuais lacunas no conhecimento sobre esse assunto, que precisam ser preenchidas.

A maioria dos estudos já publicados sobre a audiência de custódia é posterior à determinação do STF e do CNJ, tornando-a obrigatória em todo o território brasileiro a partir de maio de 2016.

Uma das primeiras obras publicadas no Brasil a respeito da audiência de custódia é o livro de Caio Paiva[42], por nós aqui já referenciada, tratando-se de

40. CANINEU, M. L. O direito à 'audiência de custódia' de acordo com o direito internacional. *Informativo Rede Justiça Criminal*, São Paulo, ed. 5, ano 3, 2013. Disponível em: [https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf]. Acesso em: 15.01.2016.

41. SECCHI, L. *Políticas públicas*: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 3.

42. PAIVA, C. Obra citada.

referencial teórico indispensável para um primeiro contato sobre o assunto. Apesar da importância do livro de Caio Paiva, onde ele apresenta a origem, conceito e finalidades da audiência de custódia, seu estudo se apresenta mais dogmático, não contando com dados concretos – através de pesquisa de campo – sobre a efetividade da audiência de custódia, especialmente no combate à tortura e maus-tratos a presos. Isso se deve principalmente ao momento em que lançou o seu livro, em 2015, quando a audiência de custódia não era prática corrente em nosso país.

Yuri Anderson Pereira Jurubeba, por sua vez, ao elaborar dissertação de mestrado sobre a audiência de custódia e seu impacto no Estado do Tocantins, se ateve à aptidão da audiência de custódia em diminuir o número de prisões preventivas naquele Estado, passando ao largo da aptidão desse novo instituto em combater maus-tratos a presos.[43]

Por outro lado, Nereu José Giacomolli e Laura Gigante Albuquerque fizeram um estudo sobre os impactos da audiência de custódia, mas adotaram uma metodologia diferente daquela a que nos propomos, visto que se ativeram à revisão bibliográfica e dados secundários já disponíveis sobre o instituto.[44] Apesar de esses autores afirmarem que com a audiência de custódia é possível "efetuar um controle efetivo sobre casos de tortura, maus-tratos e outras modalidades de violência, passíveis de serem infligidas ao sujeito detido"[45], o estudo por eles elaborado não analisou casos concretos noticiados em audiências de custódia realizadas e assistidas por eles, para que se pudesse investigar as eventuais providências adotadas pelas autoridades competentes no que diz respeito a estas denúncias – melhor seria dizer *notitia criminis*.

Rafael Osvaldo Machado Moura e Marcela Busnardo dos Santos, ao dissertarem sobre a audiência de custódia – nominada por eles de audiência de apresentação, embora se proponham a analisar a utilidade e eficiência desse novo instituto, também não realizaram estudos de casos em que ocorreram notícias de

43. JURUBEBA, Yuri Anderson Pereira. *Concretização da audiência de custódia no Estado do Tocantins*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Tocantins – Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, 2016. Disponível em: [http://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/136/1/Yuri%20Anderson%20Pereira%20Jurubeba%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf]. Acesso em: 25.08.2016.

44. GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. A audiência de custódia e os seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 67, out.-dez. 2017. p. 155-178.

45. GIACOMOLLI; ALBUQUERQUE. Obra citada, p. 156.

maus-tratos a presos. A pesquisa por eles realizada se ateve precipuamente à lógica econômica e custos para realização da audiência de custódia[46], enfoque que foge ao que se propõe o presente trabalho.

No artigo *Prisões brasileiras: o descumprimento da lei pelo próprio Estado*[47], Cristina Zackseski e Beatriz Vargas Ramos fazem breve referência à audiência de custódia, atendo-se à previsão legal e dificuldade de sua implantação em nosso País, mas não se aprofundam sobre o funcionamento e impacto da audiência de custódia no combate a agressões contra presos. Da mesma forma ocorre com o trabalho de Flávio da Silva Andrade[48], em que procura realizar uma análise crítica do projeto de lei do Senado 554/2011, que tem como objeto a inserção da audiência de custódia no CPP.

Guilherme Graciliano Araújo Lima discute os preceitos normativos internacionais que deram origem à audiência de custódia, mas também não aborda o seu impacto no combate à tortura e maus-tratos contra presos.[49]

Vinícius de Assis Romão trabalhou o impacto da audiência de custódia no combate à tortura e maus-tratos contra presos em Salvador/BA. Apesar de muito rico em informações, a pesquisa de Romão se ateve ao acompanhamento de três dias de audiências de custódia na Capital baiana, além de se restringir às providências determinadas pelas autoridades competentes no próprio ato da audiência de custódia decorrentes da notícia de maus-tratos praticados contra presos por agentes policiais, sem pesquisar os desdobramentos daí decorrentes, como eventual realização de exame de corpo de delito, instauração de inquérito policial, oferecimento de ação penal etc.[50]

---

46. MOURA, Rafael Osvaldo Machado; SANTOS, Marcela Busnardo dos. Audiência de custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 131, 2017. p. 367-399.
47. ZACKSESKI, Cristina; RAMOS, Beatriz Vargas. Prisões brasileiras: o descumprimento da lei pelo próprio Estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 139, 2018. p. 143-170.
48. ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: análise crítica da disciplina normativa prevista no projeto de lei do Senador 554/2011. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 137, 2017. p. 223-252.
49. LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na américa latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização legal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 147, 2018. p. 311-331.
50. ROMÃO, Vinícius de Assis. A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 128, 2017. p. 307-344.

Em dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Brasília, Maria Rosinete dos Reis Silva analisou o impacto da audiência de custódia no sistema de justiça criminal do Acre.[51] No capítulo 3 de sua dissertação, Silva trata dos mecanismos de controle à prática de tortura através da audiência de custódia, e aponta que apesar dos relatos de agressões noticiados por presos, em muitos casos não há pronunciamento judicial a respeito, e nem mesmo comportamento ativo do Ministério Público para apurar a ilegalidade noticiada.[52] Consta daquele trabalho, ainda, que de 16 procedimentos instaurados pelo Ministério Público para apurar maus-tratos a presos, em 14 deles houve o arquivamento, fundamentando-se no resultado das sindicâncias feitas pela Corporação a que pertence o policial, Militar ou Civil.[53] A referida dissertação seguiu o mesmo procedimento metodológico que adotamos para apurar o impacto da audiência de custódia no combate a maus-tratos a presos na Comarca de Umuarama/PR.

Em um trabalho de fôlego, apresentado na Universidade Federal do Sergipe, intitulado Audiência de custódia: prelúdio da desconstrução da cultura de torturar no Brasil por meio da superação da normalidade do desumano?[54], Ercolis Filipe Alves Santos se dispõe a verificar se a audiência de custódia representa o início de um processo civilizatório e humanizador do sistema de justiça criminal.[55] Apesar da profundidade do trabalho de Ercolis Filipe, não há uma análise do impacto da audiência de custódia em determinada localidade, no que diz respeito a agressões contra presos, tratando-se de uma pesquisa predominantemente bibliográfica. No entanto, Santos conclui que "[...] sem sombra de dúvidas, a implementação das audiências de custódia no Brasil representa um marco no processo civilizatório do sistema penal".[56]

---

51. SILVA, Maria Rosinete dos Reis. *Os impactos da audiência de custódia no sistema de justiça criminal do Acre*. 2017. 156 f. il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/handle/10482/31107]. Acesso em: 09.01.2019.
52. SILVA, Maria Rosinete dos Reis. Obra citada, p. 99.
53. SILVA, Maria Rosinete dos Reis. Obra citada, p. 105.
54. SANTOS, Ercolis Filipe Alves Santos. *Audiência de custódia*: prelúdio da desconstrução da cultura de torturar no Brasil por meio da superação da normalidade do desumano?. 2017. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Sergipe, São Cristóvão, 2017. Disponível em: [https://ri.ufs.br/handle/riufs/4395]. Acesso em: 09.01.2019.
55. SANTOS, Ercolis Filipe Alves Santos. Obra citada, p. 12.
56. SANTOS, Ercolis Filipe Alves Santos. Obra citada, p. 92.

Enfim, são vários os autores que têm se debruçado sobre o estudo da audiência de custódia, ensejando a publicação de vários artigos em revistas especializadas sobre esse assunto, além de livros e dissertações de mestrado, mas ainda há muito a ser pesquisado sobre o seu alcance e efeitos, principalmente naquelas que são suas duas principais finalidades: diminuir o número de prisões em nosso país e combater a prática de maus-tratos contra presos por parte de integrantes das agências de segurança pública.

No próximo item, daremos a nossa contribuição ao analisar o impacto da audiência de custódia na Comarca de Umuarama/PR, no que diz respeito ao combate à tortura e maus-tratos a presos.

3. A audiência de custódia na Comarca de Umuarama: reflexos e desafios

Durante a implementação da audiência de custódia na Comarca de Umuarama, o Setor de Carceragem Temporária (SECAT) da delegacia local contava com 257 presos, segundo informação prestada ao CNJ pelo juiz de direito corregedor dos presídios daquela Comarca. Contudo, o espaço físico do local era destinado a comportar apenas 64 presos, uma superlotação onde o número de presos era quatro vezes maior do que a capacidade do local.

Além disso, segundo as informações daquele mesmo magistrado, os presos não ficavam separados por idade e tipos de crime e nem mesmo entre presos provisórios e definitivos, como determina o artigo 84 da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal.[57] Entre os presos foram encontradas armas e/ou instrumentos capazes de ferir seriamente e/ou tirar a vida daqueles que dividem a mesma cela, o que poderia ser um fator facilitador de motins e rebeliões, colocando em risco a vida e segurança de todos os que frequentam o local.

Em razão do grave estado de infraestrutura – qualitativamente e quantitativamente –, o Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou ação civil pública

57. O artigo 84 da Lei de Execução Penal tem a seguinte redação: "Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1ºOs presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II [...]" (BRASIL, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 1984. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm]. Acesso em: 25.05.2017.

contra o Estado do Paraná, registrada sob o n. 0002749-13.2015.8.16.0173, em curso perante a Comarca de Umuarama, no bojo da qual se pretende que seja decretada a interdição da Carceragem da Delegacia de Polícia de Umuarama. A título de tutela provisória, foi requerido ao menos a remoção imediata dos presos daquele local.

A alegação do órgão ministerial, a sustentar a causa de pedir registrada na peça inicial da referida ação, é a de que:

> "[...] o ambiente da referida delegacia é insalubre e estão ausentes as condições básicas de conforto, higiene, iluminação e aeração [...] a umidade relativa do ar é bastante elevada, pois praticamente não há incidência de luz solar e ventilação adequada dentro do estabelecimento onde presos encontram-se segregados, já sendo o clima de Umuarama notoriamente úmido e quente; as instalações elétricas são precárias e existe risco de curto-circuito em razão das más instalações e dos 'gatos' feitos; os banheiros são infectos; há imundície de toda a espécie pelo chão e o odor causa náuseas e outros incômodos nos segregados. Há riscos de surtos de doenças. As presas encontram-se em abrigo igualmente insalubre, em ambiente fétido e úmido, notadamente quando chove, ocasiões em que as águas pluviais alcançam o interior do estabelecimento prisional onde reeducandos dormem, não raras vezes pelo chão molhado."[58]

A título de tutela provisória, o Poder Judiciário determinou a remoção dos presos que se encontravam reclusos na delegacia de polícia de Umuarama há mais de 120 dias e dos demais que alcançassem esse prazo. Nada obstante, segundo informações daquele processo, o Estado do Paraná não tem cumprido a liminar integralmente e no tempo demarcado pela decisão judicial.

Um ano após a instituição da audiência de custódia na Comarca de Umuarama, o SECAT da delegacia local ainda contava com uma superlotação carcerária idêntica ou, ao menos, muito parecida com a do ano anterior, mesmo diante da ordem judicial proferida nos autos da ação civil pública a que já fizemos referência.

Segundo informação prestada ao CNJ pelo juiz de direito corregedor dos presídios daquela Comarca, e que também nos foi franqueado acesso, o SECAT contava, em maio de 2017, com 209 detentos, apesar de ainda dispor do mesmo espaço físico para 64 detentos; ou seja, mais de três vezes a capacidade do local. A situação era ainda pior, uma vez que o juiz corregedor dos presídios informou ter conseguido a remoção de 20 presos da delegacia local para o sistema prisional

58. MP-PR, Ministério Público do Estado do Paraná. *Ação civil pública n. 0002749-13.2015.8.16.0173*. Umuarama, 2015. Em trâmite.

no mês de abril de 2017. Isto é, em abril de 2017 a delegacia local contava, ao menos, com 229 detentos.

Ainda consta das informações do juiz de direito que os presos não ficam separados por idade e tipos de crime, nem mesmo há divisão entre presos provisórios e definitivos, de forma que a violação ao artigo 84 da LEP continua. Entre os presos, mais uma vez foram encontradas armas e/ou instrumentos capazes de ofender a integridade física um do outro e de terceiros que ali trabalham, sem contar o permanente risco de motins e rebeliões. Por fim, há a informação de que as condições do estabelecimento são ruins, facilitando a fuga de detentos.[59]

Todas essas informações sobre o número de presos em Umuarama um ano antes e um ano depois da implementação da audiência de custódia, e as condições do estabelecimento prisional naquela localidade durante o mesmo período nos foram fornecidas, mediante simples pedido verbal, pelo juiz corregedor dos presídios de Umuarama.

Quanto à realização da audiência de custódia no primeiro ano de sua implantação em Umuarama/PR, foram assistidas mais de 270 audiências de custódia realizadas entre 01 de maio de 2016 a 30 de abril de 2017, e o relato de agressões ou maus-tratos foi noticiado por 51 flagranteados, representando 18,27% das audiências. Esse número é muito superior àquele que consta no sítio eletrônico do CNJ, que apresenta o percentual de agressões noticiadas por presos no Estado do Paraná, durante a realização das audiências de custódia, de apenas 2%.

A observação das audiências de custódia nos possibilitou visualizar que a maioria dos flagranteados, tão logo presos, era encaminhada para realização de exame de corpo de delito junto ao Instituto Médico Legal, a fim de se constatar eventuais lesões corporais sofridas. Aquelas pessoas que eram encaminhadas para realização da audiência de custódia sem que tivessem realizado o exame de corpo de delito junto ao Instituto Médico Legal e que, nessa audiência, noticiavam ter sofrido agressões por parte de policiais, eram encaminhadas pela autoridade judiciária ao Instituto Médico Legal, acompanhadas de requisição para realização do referido exame.

Analisando esses casos – 51 ao total –, visualizamos que é muito difícil se chegar a uma conclusão segura da ocorrência dessas agressões noticiadas pelos

59. No mês de abril de 2017, 20 presos fugiram da delegacia de polícia de Umuarama, segundo informações prestadas pelo juiz corregedor dos presídios daquela Comarca. Consta que os presos teriam realizado um túnel e evadido por ele. Onze presos foram recapturados e o túnel foi fechado.

presos, dificultando a constituição da materialidade delitiva, ou seja, a prova da existência do crime. Isso porque, entre esses 51 casos identificados em que os presos noticiaram ter sido agredidos durante ou após a prisão em flagrante, em 35 deles não havia nos autos – até a data em que foram consultados (final de agosto de 2017) – o laudo de exame de corpo de delito, inexistindo, assim, a prova da materialidade do crime, indispensável naquelas infrações que deixam vestígios. Em nove processos em que o laudo de exame de corpo de delito estava anexado, constava a inexistência de agressões sofridas pelo preso.

Nessa situação, eventual ação penal se resumiria à palavra do preso – vítima no caso – contra a do policial, que, em regra, nega a prática da irregularidade. Muito embora o artigo 167 do Código de Processo Penal autorize a comprovação da existência do crime quando o exame de corpo de delito não puder ser feito, esse não é o caso, já que todos as pessoas, após a prisão em flagrante, foram encaminhadas para realização do exame tão logo apreendidas. Mesmo que se admitisse a comprovação da existência do crime unicamente pela prova testemunhal, ainda assim ela é muito difícil, uma vez que, dos 51 casos pesquisados em Umuarama, em nenhum deles houve relatos de testemunhas presenciais das mencionadas agressões, segundo afirmação dos próprios presos, a não ser a presença dos próprios policiais.

Há mais uma dificuldade em se provar a existência de maus-tratos contra presos por parte de policiais: é recorrente os próprios presos se negarem a identificar os policiais que afirmam tê-los agredido e, muitas vezes, isso se deve a medo de represálias posteriores por parte da polícia. Em um caso relatado, uma presa disse ter sofrido agressões, mas que não falaria sobre esse assunto e que nem identificaria o autor das agressões, porque eles são policiais e poderia haver represálias; nas suas palavras, ela seria "cobrada depois [sic.]".[60] Em um outro caso, o preso disse que não conseguiu identificar o policial que o agredia e depois de certo esboço de impaciência da juíza, para que ele dissesse quem era o policial, o preso simplesmente respondeu: "como saber, se eu estava apanhando?".[61]

Nos autos do Processo 0005249-81.2017.8.16.0173, a resposta do preso à pergunta do magistrado quanto à eventual agressão sofrida no momento da prisão é de causar certo estranhamento: o preso, gesticulando negativamente, disse que sofreu "coisa de rotina". O magistrado entendeu essa resposta como não configuradora de qualquer tipo de agressão e deixou de encaminhar o preso para

60. Autos do Processo 0012160-46.2016.8.16.0173.

61. Autos do Processo 0009965-88.2016.8.16.0173.

realização do exame de corpo de delito. O promotor de justiça e o advogado presentes na audiência nada requereram.

Houve um caso[62] em que o preso – a quem chamaremos por Tício, para preservar a sua intimidade – disse ter sido agredido por aproximadamente 15 policiais militares, que desferiam chutes e socos na região de seu abdômen, e que mesmo após pedir pelo amor de Deus para que parassem de agredi-lo, ajoelhado ao chão, e mesmo sem forças para se manter em pé, a violência não cessava. Foi possível perceber, durante a audiência de custódia, que a região abdominal do preso estava bastante arroxeada.

Tício disse, inclusive, que se identificou para os policiais militares como "agente de cadeia"; consta no auto de prisão em flagrante sua qualificação como funcionário público municipal. Tício disse que não se tratava de um "vagabundo", mas que mesmo assim as agressões continuavam, até o momento em que não suportando mais aquela violência, prostrado ao chão, foi algemado e levado para a delegacia.

Perguntado pelo magistrado se conseguiria identificar os policiais que o agrediram, Tício disse que não consegue identificá-los, mesmo porque eram muitos e estava escuro no local, que se tratava, aliás, de seu próprio quarto, em sua residência, tendo a prisão sido realizada à noite. Indagado se havia reagido à prisão, Tício disse que de maneira alguma reagiria, pois eram aproximadamente 15 policiais que estavam presentes no local e que ele sabe como é o procedimento da polícia militar.

Apesar de Tício ter dito durante a audiência de custódia que teria se submetido a exame de corpo de delito, não foi encontrado dentro do processo o laudo de exame de lesões corporais para consulta; mesmo após requisição do juízo criminal, em 25 de abril de 2017, com prazo de resposta de cinco dias para envio do referido documento àquele juízo, o referido laudo ainda não havia sido encaminhado ao fórum para ser juntado ao processo, segundo a última consulta realizada naqueles autos em 03 de setembro de 2017.

Outro caso que chamou bastante atenção durante a realização da audiência de custódia envolve a pessoa de Mévio.[63] Ele disse para a juíza ter sido agredido pelos policiais militares durante a sua prisão em flagrante e que, mesmo encaminhado para realização do exame de corpo de delito, o perito do Instituto Médico

62. Autos do Processo 0004707-63.2017.8.16.0173.

63. Nome fictício, a fim de preservar a identidade da parte. O processo se refere aos autos 0004708-48.2017.8.16.0173.

Legal nem sequer o examinou adequadamente. Disse que apesar de ter relatado as agressões, como socos e enforcamento, o perito não examinou seu corpo. Questionado pela juíza se teria reagido à prisão, respondeu negativamente, e quando lhe foi apresentada uma fotografia, Mévio disse se tratar de sua pessoa, e em sua perna constava uma mordida de cachorro, visualizada pelos presentes. Mévio disse que foi a polícia militar quem permitiu que o cachorro o mordesse, quando já se encontrava preso na delegacia de polícia.

Em razão dessas agressões sofridas por Mévio, a Juíza determinou, em audiência de custódia, que ele fosse submetido a novo exame de corpo de delito, perante o Instituto Médico Legal, determinação esta datada de 19 de abril de 2017. Apesar disso, até 03 de setembro de 2017, última consulta realizada ao referido processo, não havia resposta nos autos, com a juntada do respectivo laudo de exame de lesões corporais para constatar a materialidade da agressão.

Esses dados apontam que o combate a maus-tratos contra presos ainda encontra forte obstáculo no corporativismo que permeia os órgãos públicos de segurança, dificultando o controle externo de sua atividade, autorizando conclusões como a de Fernando Salla, que afirma que apesar de serem inúmeros os casos de torturas e abusos a presos, os inquéritos policiais instaurados ou as ações penais denunciadas são escassos. Apesar do autor se referir ao período da década de 1990, podemos replicar sua conclusão para o presente momento histórico, no sentido de que "[...] os aparatos de repressão ainda são utilizados muito mais como instrumento de dominação de classe, manutenção de privilégios, do que para garantir os direitos dos cidadãos e sua condição de igualdade perante a lei [...]".[64]

A fim de demonstrar a atualidade da conclusão de Fernando Salla, anteriormente mencionada, quanto à dificuldade em se apurar a prática de maus-tratos contra presos nos estabelecimentos prisionais, vimos que entre os 51 casos de maus-tratos noticiados por flagranteados durante as audiências de custódia, a determinação de instauração de inquéritos policiais foi levada a efeito em 15 oportunidades pelo Ministério Público do Estado do Paraná, segundo informação obtida daquela instituição, na data de 23 de agosto de 2017.[65]

Diante dessa informação, solicitamos às varas criminais de Umuarama se existia inquéritos policiais ou ações penais em curso naqueles juízos com

64. SALLA, F. Os impasses da democracia brasileira: o balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil. *Revista Lusotopie*, Paris, v. 10, 2003. p. 422. Disponível em: [www.lusotopie.sciencespobordeaux.fr/salla2003.pdf]. Acesso em: 16.01.2016.

65. Essa informação foi obtida através de pedido por escrito feito ao Ministério Público de Umuarama.

objetivo de apuração de maus-tratos a presos em decorrência de notícias criminais realizadas durante as audiências de custódia feitas no período compreendido entre 01 de maio de 2016 a 30 de abril de 2017.

Prontamente, foram-nos enviadas respostas no final do mês de agosto de 2017, constando o número dos processos sobre esse assunto. Após consultas aos processos realizada em 03 de setembro de 2017, via sistema Projudi, foi constatado que se encontram em trâmite cinco inquéritos policiais instaurados por meio de requisição do Ministério Público do Estado do Paraná, sendo os autos 0000569-53.2017.8.16.0173, 0001619-17.2017.8.16.0173, 0012482-66.2016.8.16.0173, 0014324-81.2016.8.16.0173 e 0003128-80.2017.8.16.0173.

Ao analisar o andamento desses inquéritos policiais, percebe-se que eles têm o trâmite processual bastante demorado, como se pode observar nos autos de 0000569-53.2017.8.16.0173, uma vez que, instaurados em 31 de outubro de 2016, encontravam-se sem nenhuma outra movimentação desde 12 de dezembro de 2016, conforme consulta feita em 03 de setembro de 2017. Realizada nova consulta ao referido processo na data de 14 de novembro de 2018, o processo ainda se encontrava paralisado, com vistas ao Ministério Público desde 02 de fevereiro de 2017, sendo que a autoridade policial tinha solicitado novo prazo para finalizar as diligências nos autos do inquérito policial.

O mesmo se pode dizer quanto aos autos 0014324-81.2016.8.16.0173. Nesse caso, o inquérito policial foi instaurado em 05 de setembro de 2016 e se encontrava sem movimentação desde 18 de novembro de 2016, segundo consulta realizada na data de 03 de setembro de 2017. Feita nova consulta ao referido inquérito na data de 14 de novembro de 2018, ainda se encontrava paralisado, com vistas ao Ministério Público desde 12 de janeiro de 2017, também com a finalidade de apreciar pedido de dilação de prazo formulado pela autoridade policial, que não havia finalizado as diligências nos autos do inquérito policial.

Quanto aos outros três inquéritos policiais, dois deles estão paralisados, segundo consulta realizada em ambos na data de 14 de novembro de 2018, esperando manifestação do Ministério Público quanto à solicitação feita pelo delegado de polícia, também de concessão de novo prazo para concluir as diligências nos respectivos inquéritos. Os autos 0001619-17.2017.8.16.0173 estavam conclusos ao Ministério Público a fim de analisar esse pedido da autoridade policial desde 22/02/2017 e os autos 0012482-66.2016.8.16.0173 estavam com vistas ao Ministério Público desde 31.10.2016, com a mesma finalidade.

Por fim, os autos 0003128-80.2017.8.16.0173 estavam arquivados, desde 11.05.2018, segundo promoção do Ministério Público, por não ter vislumbrado

justa causa para oferecimento de ação penal, diante da inexistência de lesão corporal aparente detectada no laudo de exame de corpo de delito juntado naqueles autos.

Apesar de não se poder afirmar, com certeza, que há certa desídia na apuração destas ilegalidades cometidas durante a prisão daqueles cidadãos que noticiaram ter sido vítima de maus-tratos por parte de agentes de segurança pública, a análise dos processos nos permite dizer que as investigações não ocorrem com a velocidade desejada por aqueles que esperam uma resposta efetiva dos órgãos públicos quanto à repressão da violência contra presos. Se continuar assim, mais uma vez permanecerá a conclusão de Fernando Salla, para quem:

> "Nesse quadro, é muito pouco provável que as práticas de arbitrariedade, corrupção, violência e impunidade naquelas instituições venham a ser duramente combatidas e mesmo extirpadas e consequentemente ajustada a sua organização e dinâmica ao contorno e às demandas de uma sociedade democrática [...]."[66]

É preciso que instituições independentes, como o Ministério Público, adotem as providências necessárias, no menor tempo possível, para que todos esses casos de violência sejam apurados com agilidade e rapidez, fazendo com que a força normativa da Constituição Federal seja respeitada, uma vez que foi a própria Constituição quem incumbiu ao Ministério Público, no artigo 127, *caput,* o encargo de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como lhe atribuiu, no artigo 129, inciso VII, a função de exercer o controle externo da atividade policial.

Do contrário, todos esses episódios noticiados de agressões efetuadas por policiais contra presos acabarão como aquele já mencionado, publicado no informe 35/08 da CIDH, caso 12.019, envolvendo o cidadão Antonio Ferreira Braga x Brasil, em que a pretensão punitiva do Estado foi declarada extinta, pela prescrição,[67] prejudicando toda a persecução penal e, mais do que isso, desestimulará o relato de vítimas dessas agressões. Se for assim, a audiência de custódia se

66. SALLA, F. Obra citada, p. 421.

67. Nesse caso, a denúncia contra os policiais, supostamente autores das agressões, foi apresentada em 23 de maio de 1993, tendo a sentença sido proferida em 29 de julho de 1996, com trânsito em julgado apenas em 12 de maio de 1999, em razão de recursos interpostos. Diante desse longo tempo transcorrido e da pena imposta, de apenas nove meses de prisão, foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado e decretada extinta a punibilidade.

tornará, como tantos outros institutos, apenas mais um procedimento burocrático em prática na justiça criminal brasileira, e seus reais objetivos nunca serão alcançados.

4. Considerações finais

Vimos durante este ensaio como o sistema carcerário brasileiro impinge grave violação aos direitos humanos de pessoas que são enclausuradas em nosso País, de forma que nossas prisões são reputadas mais como masmorras do que instituições servindo a alguma função penalógica.[68] Fernando Salla chega a afirmar que "[...] o sistema prisional se constitui, nos dias de hoje, em um dos maiores focos de violações de Direitos Humanos na sociedade brasileira [...]".[69]

Esse sofrimento já se inicia, muitas vezes, antes mesmo de entrar em um estabelecimento penal, em razão de maus-tratos sofridos pelos presos no momento da prisão ou logo após; no presente estudo, por exemplo, pudemos constatar que o relato de agressões e maus-tratos contra presos atingiu o percentual de 18,27% das audiências de custódia realizadas na Comarca de Umuarama, representando 51 relatos de agressões, entre as 270 audiências de custódia assistidas, número muito superior do que aquele que consta no sítio eletrônico do CNJ, que aponta o percentual de agressões noticiadas por presos no Estado do Paraná, durante a realização das audiências de custódia, de apenas 2%.

Ocorre que, após o estudo realizado, vimos que os efeitos da audiência de custódia no que diz respeito ao combate à tortura e maus-tratos contra presos são bastante modestos, uma vez que apesar de ter ocorrido notícia nesse sentido em mais de cinquenta casos, a instauração de inquérito policial ocorreu em apenas cinco casos, todos com tramitação bastante demorada, sendo que um já se encontra até mesmo arquivado, por falta de justa causa para oferecimento de ação penal.

A audiência de custódia tem grande potencial de concretizar e efetivar a garantia da integridade física e psíquica do preso, pois faz com que se chegue ao conhecimento de autoridades públicas, como juízes e promotores de justiça, eventuais abusos praticados no momento da prisão de determinado cidadão, mas se continuar sendo aplicada como está sendo feita, corresse o risco de fazer com que esse

68. WACQUANT, Loïc. Obra citada.

69. SALLA, F. O persistente desafio do sistema prisional. *Direitos Humanos*, Brasília, v. 6, set. 2010. p. 16-19.

instituto se torne apenas mais um procedimento burocrático em prática na justiça criminal brasileira, cujos reais objetivos nunca sejam alcançados.

É preciso maior engajamento e comprometimento das autoridades responsáveis pela realização da audiência de custódia, principalmente dos magistrados e dos membros do Ministério Público, para que se obtenham resultados mais satisfatórios quanto ao combate a maus-tratos contra presos no Brasil.

Não têm sido poucos os casos e as pesquisas que apontam que a autoridade judicial, e também os promotores de justiça, nem mesmo perguntam aos presos se eles sofreram algum tipo de agressão no momento ou logo após a prisão. Mesmo naquelas situações em que há notícia de maus-tratos, não é incomum a inércia destas autoridades, como pudemos perceber nesta pesquisa. Principalmente, na condução dos inquéritos policiais instaurados para apurar a prática de ilícitos contra presos: paralisados há mais de dois anos em meio a uma imensidão de outros inquéritos policiais que esperam uma solução do poder público.

Com isso, corremos o risco de tornarmos esse procedimento ilícito de maus-tratos contra presos uma prática legal no Brasil, na medida em que chegam ao conhecimento das autoridades públicas, mas nenhuma atitude efetiva é adotada para responsabilizar os reais infratores. Há casos em que as próprias vítimas deixam de relatar as agressões que sofreram e se recusam a indicar os seus agressores, tendo em vista o receio de represálias posteriores por parte daqueles que deveriam, na verdade, protegê-los: os integrantes das forças de segurança pública.

5. Referências

ALVAREZ, M. C. et al. O sistema prisional: um debate necessário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 233-252, jul.-ago. 2007.

ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: análise crítica da disciplina normativa prevista no Projeto de Lei do Senado 554/2011. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 137, p. 223-252, 2017.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas: Revista de Ciências Sociais* (Impresso), v. 15, p. 105-127, 2015.

BATISTA, N. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. In: CARVALHO, S.; WEIGERT, M. A. B. *Sofrimento e clausura no Brasil contemporâneo*: estudos críticos sobre fundamentos e alternativas às penas e medidas de segurança. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CARVALHO, V. A. de; SILVA, M. do R. de F. Política de segurança pública no Brasil: avanços,limitesedesafios.*Katálysis*,Florianópolis,v.14,n.1,jan.-jun.2011.Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802011000100007&script=sci_arttext]. Acesso em: 15.01.2016.

CANINEU, M. L. O direito à 'audiência de custódia' de acordo com o direito internacional. *Informativo Rede Justiça Criminal*, São Paulo, ed. 5, ano 3, 2013. Disponível em: [https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf]. Acesso em: 15.01.2016.

DEPEN/MJ. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – INFOPEN. Brasília, DF, 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 12.07.2016.

DEPEN/MJ. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – INFOPEN Atualização – Jun. 2016. Brasília, 2017. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 04.01.2018.

GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. A audiência de custódia e os seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 67, p. 155-178, out.-dez. 2017.

JURUBEBA, Yuri Anderson Pereira. *Concretização da audiência de custódia no Estado do Tocantins*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Tocantins – Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, 2016. Disponível em: [http://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/136/1/Yuri%20Anderson%20Pereira%20Jurubeba%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf]. Acesso em: 25.08.2016.

LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na américa latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização legal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 147, p. 311-331, 2018.

MOURA, Rafael Osvaldo Machado; SANTOS, Marcela Busnardo dos. Audiência de custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 131, p. 367-399, 2017.

NASCIMENTO, A. Apresentação. In: GARLAND, D. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Primeira reimpressão. Tradução, apresentação e notas de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

PAIVA, C. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

RAMOS, A. de C. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROMÃO, Vinícius de Assis. A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 128, p. 307-344, 2017.

ROSA, A. M. da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SALLA, F. O persistente desafio do sistema prisional. *Direitos Humanos*, Brasília, v. 6, p. 16-19, set. 2010.

SALLA, F. Os impasses da democracia brasileira: o balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil. *Revista Lusotopie*, Paris, v. 10, p. 419-435, 2003. Disponível em: [www.lusotopie.sciencespobordeaux.fr/salla2003.pdf]. Acesso em: 16.01.2016.

SANTOS, Ercolis Filipe Alves Santos. *Audiência de custódia: prelúdio da desconstrução da cultura de torturar no Brasil por meio da superação da normalidade do desumano?* Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Sergipe, São Cristóvão, 2017, 123f. Disponível em: [https://ri.ufs.br/handle/riufs/4395]. Acesso em: 09.01.2019.

SECCHI, L. *Políticas públicas:* conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, Maria Rosinete dos Reis. *Os impactos da audiência de custódia no sistema de justiça criminal do Acre*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017, 156f. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/handle/10482/31107]. Acesso em: 09.01.2019.

WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WEIS, C.; JUNQUEIRA, G. O. D. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 921, p. 331-355, jul. 2012.

ZACKSESKI, Cristina; RAMOS, Beatriz Vargas. Prisões brasileiras: o descumprimento da lei pelo próprio Estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 139, p. 143-170, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na América Latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização legal no Brasil, de Guilherme Graciliano Araújo Lima – *RBCCrim* 147/311-331 (DTR\2018\19323); e
- A audiência de custódia e sua incapacidade de contenção do poder punitivo, de Figueiredo Monteiro Neto – *RBCCrim* 152/277-314 (DTR\2019\86).

Direito humano à prova e os *standards* probatórios nos processos penais

The human right to proof and evidentiary standards in criminal process

João Paulo Kulczynski Forster

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2015). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2011). Pós-graduado em Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário pela Fundação Getulio Vargas – FGV/RS (2006). Professor da Graduação e do Programa em Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis (Laureate International Universities). Advogado.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4229-9309
jpforster@gmail.com

José Eduardo Aidikaitis Previdelli

Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter (2018). Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter (2016). Pós-graduado em Formação Pedagógica de Professores pelas Faculdades QI (2016). Professor convidado de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Assessor de Desembargador no TJRS.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6341-1179.
edprevidelli@gmail.com

Graziele Silva Costanza

Mestra em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter (2019), com bolsa CAPES. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter (2016). Advogada.
ORCID: http://orcid.org/0000-0003-3563-5738.
grazicostanza@hotmail.com

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão dos autores: 11.04.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual; Direitos Humanos

Resumo: Do direito humano ao processo justo, irradiam-se diversos direitos humanos processuais, como aquele à prova. Ainda que este direito não

Abstract: From the human right to a fair trial derive various procedural human rights, such as the one regarding proof. Although this right is not

Forster, João Paulo Kulczynski; Previdelli, José Eduardo Aidikaitis; Costanza, Graziele Silva. Direito humano à prova e os *standards* probatórios nos processos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 160. ano 27. p. 147-176. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

seja aferível de forma explícita, encontra amparo na análise das disposições existentes em Pactos Internacionais de Direitos Humanos, bem como em textos constitucionais, nacional e no direito comparado, e se apresenta como eixo central da atividade processual, em especial no que diz respeito à sua valoração. A pesquisa volta-se aos *standards* probatórios, ou modelos de constatação, e objetiva compreender a existência e valia destes, particularmente, no que diz respeito ao processo penal. O artigo foi elaborado por meio da revisão da bibliografia nacional e estrangeira sobre a matéria, além da análise de julgados dos Tribunais nacionais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizando-se, essencialmente, o método indutivo, com a finalidade de confirmar a hipótese lançada: da utilização de *standards* probatórios mais rigorosos no âmbito do processo penal e não de apenas um único modelo. O estudo possibilita aferir que, sob a influência da presunção de inocência, consagrada em Pactos Internacionais e na Constituição Federal brasileira, o processo de natureza penal apresenta maior exigência na valoração do *quantum* da prova, a fim de que se possa proferir juízo condenatório.

Palavras-chave: Direitos Humanos – Prova – Modelos de constatação – Processo penal – Dúvida razoável.

explicitly foreseen in legal text, it is supported by the analysis of existing provisions of International Covenants on Human Rights, as well as by constitutional text, national and also in those found in comparative law, and is key to procedural activity, especially regarding its assessment. The research turns to the evidentiary standards, or standards of proof, aiming to understand the existence and value of these, particularly in the criminal process. The article was developed by reviewing national and foreign bibliography on the subject, in addition to the analysis of judgments from national courts, the brazilian Superior Court of Justice and brazilian Supreme Court, and also the Inter-American Court of Human Rights, using essentially the inductive method for confirming the hypothesis launched: that criminal proceedings require the usage of more rigorous standards of proof and not only one model. The study makes it possible to verify that, under the influence of the presumption of innocence, enshrined in International Covenants and in the Brazilian Federal Constitution, the criminal procedure presents a greater severity in the evaluation of the quantum of evidence, in order that a condemnatory judgment may be pronounced.

Keywords: Human Rights – Evidence – Standards of proof – Criminal process – Reasonable doubt.

Sumário: 1. Introdução. 2. Apontamentos sobre o direito humano à prova. 3. Os *standards* probatórios e a influência da presunção de inocência em matéria penal. 4. A análise do *standard* de prova em matéria penal na Corte Interamericana de Direitos Humanos e nos tribunais brasileiros. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A compreensão do conteúdo e do alcance dos direitos humanos revela-se indispensável para o desenvolvimento do direito em todo e qualquer ordenamento jurídico. Sua relevância e aplicabilidade não estão restritos, à toda evidência, ao plano internacional. Os direitos humanos *materiais* são naturalmente mais debatidos, muitos pelo seu evidente conteúdo não propriamente jurídico

e necessidade de relação interdisciplinar entre diversas áreas, como no caso da saúde ou da educação. Contudo, não se pode negar a importância dos direitos humanos *processuais*, cujo estudo e entendimento traz grandes consequências para o desenvolvimento de todo e qualquer processo, seja ele cível, administrativo, trabalhista, tributário ou penal.

A ciência jurídica, nas últimas décadas, vem ganhando em complexidade, como sói acontecer em todas as áreas do conhecimento. O julgamento das demandas exige instrumental jurídico intrincado por parte dos magistrados, advogados, promotores e defensores, e de todos os auxiliares da justiça em geral. Com frequência, o conhecimento requerido ultrapassa as frágeis bordas do Direito, ingressando com firmeza em outras áreas, como Medicina, Psicologia, Engenharia, dentre outras. Cabe aos operadores do Direito o desenvolvimento da ciência jurídica a patamares que permita que esse emaranhado de informações seja adequadamente processado no Poder Judiciário.

Para tanto, o devido processo legal, ou o direito ao processo justo, entendido na sua dúplice característica de direito humano e fundamental, carece de aprofundamento técnico, bem como de todos os direitos humanos processuais que dele sejam oriundos. Esses direitos (contraditório, ampla defesa, motivação, publicidade, duração razoável, dentre outros) representam-se como elos de uma corrente íntegra, representativa do processo justo. O rompimento de um desses elos (uma ofensa ao contraditório, p. ex.) é também uma ofensa ao justo processo.

O direito à prova é direito humano, ainda que não expressamente previsto nas convenções internacionais, com relevantes consequências jurídicas internas e externas. A prova é tema central do processo[1]. Afigura-se impossível a existência de um processo *justo* sem que se garanta, aos envolvidos, a possibilidade de produção probatória e de adequada valoração desse material, além de outros elementos essenciais. A valoração é o ponto relevante para o presente estudo, aplicado ao processo penal.

A proposta do artigo é de, estabelecida a existência do direito humano à prova em decorrência da existência de um direito humano ao processo justo, compreender a existência e valia dos modelos de constatação, particularmente no que diz respeito ao processo penal. Para tanto, apresentam-se os *standards*

1. TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 509. Mostra-se, no cenário nacional, superada a acepção de que se tratava de um tema marginal ou indigente, à luz da profusão de trabalhos acerca da temática na última década no Brasil.

empregados no processo civil para diferenciá-los quanto ao nível de exigência que cada um possui.

Estabelecidas essas premissas, passa-se ao exame de julgados nacionais e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de verificar a adequação de seu uso pelas diferentes cortes e se as premissas, estabelecidas na doutrina a respeito do tema, são realmente observadas nesses julgamentos.

O estudo foi elaborado por meio da revisão da bibliografia nacional e estrangeira sobre a matéria, além da análise de julgados dos Tribunais nacionais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, utilizando-se, essencialmente, o método indutivo com a finalidade de confirmar a hipótese lançada de utilização de *standard* probatório mais severo no âmbito dos processos de natureza penal.

2. Apontamentos sobre o direito humano à prova

O estudo dos direitos humanos processuais, como é o caso do direito à prova, toma, como ponto de partida, o direito ao processo justo ou devido processo legal, cuja denominação varia de acordo com a origem de que se estude o termo[2]. A origem do direito humano ao processo justo remota à previsão do respeito à *law of the land*, prevista no artigo 39 da *Magna Charta Libertatum*, entendida como sinônimo do *due process of law*[3], ainda que a expressão somente tenha sido adotada em 1354, quando da edição do *Statute of Westminster of the Liberties of London*[4].

Este direito humano processual é observado nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos[5], de onde é aferido, conjuntamente com outros direitos da mesma natureza, das garantias judiciais estabelecidas no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e nos ditames do Direito a processo

2. FORSTER, João Paulo Kulczynski; BITENCOURT, Daniella; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. Pode o "Juiz Natural" ser uma máquina? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 03, p.181-200. Vitória: Sociedade de Ensino Superior de Vitória, set.-dez. 2018.
3. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção temais atuais de direito processual civil, v. 3).
4. DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25-46.
5. MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental a um processo justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 45, p. 22-34. Porto Alegre: Lex Magister, nov.-dez. 2011.

equitativo, previstos no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O direito ao processo justo também é observado nos planos constitucionais, o qual, na perspectiva interna, encontra previsão no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, sob a indicação de que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Comparativamente, pode-se mencionar o artigo 111 da Constituição italiana, ao prever que "a jurisdição atua-se mediante o justo processo regulado pela lei".

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, dedica o seu capítulo VI à "Justiça" (artigos 47 a 50). Destaca-se o disposto na segunda parte do artigo 47, que assegura à toda pessoa o "direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei". Ainda que "*non costituisce un atto normativo né ha per effetto la produzione di norme giuridiche dirette a determinati destinatari per atribuire diritti o doveri o regolare condotte*" foi adotada pelos Estados membros daquela comunidade como "*dichiarazione solenne di principi e di garanzie*"[6].

O direito ao processo justo define-se, segundo Sergio Luís Wetzel de Mattos, como o direito a "[...] um processo legal e informado por direitos fundamentais, realizado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto e, enfim, voltado à obtenção de uma proteção judicial justa"[7].

Ainda que se reconheça o debate acerca da expressão a ser adotada para a designação deste direito humano – devido processo legal[8] ou processo justo[9] – pode-se considerar que o seu conteúdo resulta em dupla conformação no processo. A primeira destas conformações relaciona-se à efetiva colaboração entre os atores processuais, a exemplo do disposto no artigo 6º do Código de Processo Civil

6. TROCKER, Nicolò. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Bologna, v. 56, n. 4, p.1171-1241, dez. 2002. p. 1172.
7. MATTOS, Sergio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 201.
8. REICHELT, Luís Alberto. Direito humano e fundamental ao processo justo. In: REICHELT, Luís Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Orgs.). *Primeiras linhas de direito processual civil*: volume 1 – Teoria geral do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Cap. 6.1. p. 184-186.
9. ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? *Revista de Processo*. v. 163, p. 50-59. São Paulo: Ed. RT, set. 2008.

brasileiro de que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". A segunda conformação, por sua vez, relaciona-se à constituição do processo como instrumento "[…] capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, em sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada"[10].

Sob tal contexto, dentre os direitos humanos processuais integrantes do feixe que compõem o processo justo, emerge, com especial relevância, o direito humano à prova, eixo central do presente estudo, em especial sob enfoque dos modelos de constatação ou *standards* probatórios.

O direito humano à prova é reconhecido como um dos ramos de maior importância no estudo do processo, dada sua extensão que abrange as etapas processuais compreendidas desde a produção da prova até a sua valoração e formação do convencimento do órgão julgador[11]. Em razão de tal constatação, se torna possível compreender a afirmação de que a 'arte' do processo é fundamentalmente a arte da administração das provas[12].

No cenário internacional de proteção aos direitos humanos, em que pese a ausência de expressa disposição sobre o direito à prova na Convenção Americana sobre Direitos Humano, verificam-se outras disposições que permitem a sua aferição. Estas disposições são observadas do disposto no artigo 8º (Garantias Judiciais) como, por exemplo, os direitos de ser ouvido no processo com todas as suas garantias (artigo 8.1) e de inquirir testemunhas no processo e fazer comparecer em juízo testemunhas e peritos, bem como "outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos" (artigo 8.2.f).

Igualmente, sem disposição expressa dedicada ao estabelecimento do alcance e conteúdo do direito humano à prova, a Convenção Europeia de Direitos do

10. MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental a um processo justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 45, p. 22-34. Porto Alegre: Lex Magister, nov.-dez. 2011. p. 26-27.

11. FIX-ZAMUDIO, Héctor. Orden y valoración de las pruebas en la funcion contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: CIDH. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. p. 196-215.

12. BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ejea, 1959. 2 v.

Homem apresenta dispositivos dos quais pode-se extrair tal direito. Exemplificativamente, verifica-se o direito ao processo equitativo (artigo 6º) e a própria presunção de inocência enquanto ausência de culpa "legalmente provada" (artigo 6.2), bem como a garantia aos "meios necessários para a preparação da sua defesa" (artigo 6.3).

A situação não é diferente quando analisado o texto constitucional brasileiro. Canotilho reforça a ausência de uma expressa disposição sobre a existência ou assegurando um direito à prova no texto da Constituição Federal de 1988[13], ainda que este possa ser "com absoluta segurança, inferido de alguns de seus textos de amplitude mais geral"[14].

Segundo a doutrina nacional, o direito humano à prova é composto por um conjunto de garantias constitucionais arroladas no artigo 5º da nossa Carta Política. Para Vitor de Paula Ramos, o direito à prova apresenta fundamentalidade formal, em decorrência das previsões dos incisos LV e LVI, do artigo 5º da Constituição Federal, e fundamentalidade material "ligada à verdade e à importância dessa para qualquer relação jurídica"[15]. Sob tal contexto, verifica-se pluralidade de posicionamentos sobre as bases do direito humano à prova na Constituição Federal, podendo ser indicadas nas previsões da inafastabilidade da jurisdição e o devido processo legal, previstos nos incisos XXXV, LIV[16]; contraditório e ampla defesa, estabelecidos no inciso LV[17], e vedação das provas ilícitas, insculpida no inciso LVI[18].

Assim, em que pese a ausência de disposição expressa, deve ser seguida a valiosa lição de Luís Alberto Reichelt, no sentido de que "não há mais espaço para

13. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
14. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 3 v. p. 47-48.
15. RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, v. 224, p. 41-61. São Paulo: Ed. RT, out. 2013. p. 44.
16. CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC*: do estático ao dinâmico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.
17. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 3 v.
18. FORSTER, João Paulo Kulczynski. Direito fundamental à prova. In: REICHELT, Luis Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Orgs.). *Primeiras linhas de direito processual civil*: Volume 1 – Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Cap. 6.2.4. p. 198-205.

que se questione a inserção do direito à prova dentro do rol dos direitos fundamentais"[19] e igualmente humanos. Nesse sentido, Ingo Sarlet ensina que os direitos fundamentais são "aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado". Os direitos humanos, por sua vez, são aqueles relacionados "com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional"[20], resultando na conciliação dos mesmos direitos em ambas as esferas. No mesmo sentido, é possível a plena e imediata transposição dos direitos fundamentais processuais à condição de direitos humanos processuais, considerando que a diferença das expressões se justifica apenas na diversidade dos planos de positivação de cada um deles: nacional ou internacional[21].

E, reconhecido o direito à prova como um direito humano processual, segundo lecionam Marinoni e Mitidiero, este exige que o legislador e o julgador observem cinco elementos vinculados à prova: (1) relação teleológica entre a prova e a verdade; (2) estabelecimento de critérios de admissibilidade da prova e dos seus meios; (3) necessidade da adequada distribuição do ônus probatório às partes; (4) observância do momento processual oportuno para a produção da prova; e (5) atenta valoração da prova e formação do convencimento do julgador. Em sentido análogo, para Carlos Alberto de Salles[22], o direito à prova é aferível em decorrência dos seguintes direitos: (a) direito à produção probatória; (b) contraditório e (c) correta valoração da prova[23].

Para a finalidade do presente estudo, volta-se à análise da valoração da prova, elemento central do estabelecimento dos *standards* probatórios, como se verá a

19. REICHELT, Luís Alberto. O direito fundamental à prova e os desafios relativos à sua concretização no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 267, p. 197-210. São Paulo: Ed. RT, maio 2017. p. 198.

20. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

21. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007 e OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. A teoria geracional dos direitos do homem. *Revista Eletrônica de Filosofia*. v. 02, n. 03, p. 10-26. Theoria: Pouso Alegre, jul. 2010.

22. SALLES, Carlos Alberto. Transição paradigmática na prova processual civil. In: ASSIS, Araken de et al (Orgs.).*Direito civil e processo*: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 911-921.

23. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. Cap. 4. p. 615-681.

seguir. Esta valoração decorre da busca de efetividade do direito humano à prova que, segundo José Roberto dos Santos Bedaque, "compreende não apenas o poder de sua produção, mas também a segurança de que venha a ser considerada e corretamente valorada pelo julgador"[24].

Como bem elucida Taruffo, a finalidade da valoração das provas repousa no estabelecimento de uma "conexão final entre os meios de prova apresentados e a veracidade ou a falsidade dos enunciados relativos aos fatos" relevantes à solução do litígio posto em tela. Esta tarefa importa avaliação da existência de elementos probatórios hábeis, e, caso positivo, em qual grau, a sustentar a conclusão no sentido daqueles enunciados de fato[25].

3. Os *standards* probatórios e a influência da presunção de inocência em matéria penal

O estudo dos *standards* probatórios, ou modelos de constatação da prova, demanda a sua prévia, e importante, distinção do ônus da prova. Tal diferenciação é fundamental ao passo que, ainda que elementos próximos na atividade probatória, não se confundem, em suas funções, como alerta Micheli, para o "*debido relieve a la distinción entre la fase de valoración de las pruebas y la de decisión sobre el hecho incierto*"[26].

O ônus da prova, ao menos na sua esfera subjetiva, pode ser considerado como o encargo atribuído às partes, decorrente de prévias disposições nas normas processuais, "consubstanciado na demonstração daqueles fatos alegados no curso da relação processual, necessários ao convencimento do julgador" quando ausentes elementos hábeis a aferir a veracidade das alegações[27]. Para Micheli,

24. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Orgs.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. Cap. 5. p. 151-189. p. 170.
25. TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Tradução de João Gabriel Couto. p. 130.
26. MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-america, 1961. Tradução de: Santiago Sentis Melendo. p. 336.
27. SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. Carga dinâmica da prova e o direito de antidiscriminação. In: Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Flávio Luís de Oliveira; Mônica Bonetti Couto (coords.). *Processo, jurisdição e efetividade da justiça II* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 99-116. p. 101.

"*la ley, em determinados casos, atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico, considerado favorable para dicho sujeto*"[28].

Mas, além da distribuição do ônus da prova às partes, é necessário o estabelecimento de critérios para aferir o *quantum* de convencimento, do órgão julgador, é necessário para resultar em um julgamento favorável à pretensão apresentada. Ou seja, deve-se buscar "estabelecer quando é possível dizer que uma proposição fatual se considera provada com base nas provas que a confirmam"[29]. E, segundo Rosito, os modelos de constatação exatamente "dizem respeito ao exame da suficiência do convencimento ou do grau de certeza necessário, o que dependerá principalmente do direito material objeto da controvérsia judicial e dos valores consagrados no ordenamento" e "permitem criar um controle lógico do convencimento judicial, ao serem analisadas as inferências e conclusões, atuando na esfera dos *errores in cogitando*, categoria nova que se soma aos tradicionais *error in judicando* e *error in procedendo*"[30].

Neste panorama, a verificação dos ônus probatórios somente ocorre no momento posterior à valoração da prova propriamente dita pelo órgão julgador, e apenas se insuficiente o material probatório hábil ao convencimento de veracidade de uma alegação, campo relacionado aos modelos de constatação adotados[31]. Para Reichelt, a aplicação das regras versando sobre o ônus da prova somente se justifica quando a atividade probatória desenvolvida se mostrar insuficiente para "atender ao grau de exigência próprio do *standard* de prova estabelecido como referencial para fins de convencimento judicial"[32].

---

28. MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-america, 1961. Tradução de: Santiago Sentis Melendo. p. 85.
29. TARUFFO, Michele. *Ensaios sobre o processo civil*: escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. (Clássicos Contemporâneos em homenagem a Ovídio Araújo Baptista da Silva). Organizador e revisor das traduções: Darci Guimarães Ribeiro. p. 196.
30. ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de Processo*, v. 157, p.51-71. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008. p. 57.
31. CARPES, Artur Thompsen. Direito fundamental ao processo justo: notas sobre os modelos de constatação nas decisões liminares. In: ARMELIN, Donaldo (Org.). *Tutelas de urgência e cautelares*: Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176-189.
32. REICHELT, Luís Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial. *Revista de Processo*, v. 197, p. 127-143. São Paulo: Ed. RT, jul. 2011. p. 134.

Os *standards* de prova resultam da necessidade do estabelecimento de critérios, em certa medida objetivos, para determinar um grau de suficiência da prova a alicerçar a validade da justificativa para determinada análise dos fatos pelo órgão julgador. Ou seja, "visam a tornar objetiva a análise do convencimento judicial à luz da razão prática, da lógica do discurso, da teoria da argumentação"[33] e são sempre norteados pelo estabelecimento de tais critérios objetivos para a "confirmação probatória de uma proposição"[34], necessária a reputá-la verdadeira, porque provada.

A eleição dos diferentes modelos de constatação decorre da apuração de vários elementos, de forma a estabelecer as exigências para a satisfação da prova, de acordo com o procedimento a ser adotado. São eles, a natureza da infração imputada, a gravidade as sanções previstas às infrações, a natureza das alegações pendentes de prova, a amplitude de competências investigatórias da autoridade, e a complexidade da cadeia de causalidades envolvidas[35].

Neste contexto, pode ser verificada a pluralidade de posicionamentos doutrinários em relação ao número de *standards* de prova e seu conteúdo. Por exemplo, Gerhard Walter[36] apresenta três modelos que, admite, nem sempre se apresentam de forma "pura" em razão da pluralidade de posicionamentos doutrinários e a possibilidade de que estes sejam combinados entre si: convicção da verdade, controle por terceiros e o modelo da verossimilhança. Por sua vez, Humberto Ávila[37] destaca como modelos de constatação o da prova irrefutável; o da prova acima de qualquer dúvida razoável; o da prova clara e convincente; e o da prova convincente ou de verossimilhança razoável. No direito comparado, verificam-se modelos paradigmas como "a *evidence beyond a reasonable doubt*, a *preponderance of*

33. ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de Processo*, v. 157, p. 51-71. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008. p. 57.
34. TARUFFO, Michele. *Ensaios sobre o processo civil:* escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. (Clássicos Contemporâneos em homenagem a Ovídio Araújo Baptista da Silva). Organizador e revisor das traduções: Darci Guimarães Ribeiro. p. 197.
35. ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, v. 282, p. 113-139. São Paulo: Ed. RT, ago. 2018.
36. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba:* Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del lbre convencimento judicial. Bogotá: Temis Librería, 1985. Tradução de Tomás Banzhaf.
37. ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, v. 282, p. 113-139. São Paulo: Ed. RT, ago.2018.

evidence, as *special rules* (v.g., *clear and convincig evidence)*, a 'mínima atividade probatória', o modelo das dúvidas positivo-concretas, a 'doutrina do absurdo' e da 'arbitrariedade', a 'congruência narrativa', o *défaut de motifs*, os modelos matemático – probabilísticos"[38].

A posição apresentada por Danilo Knijnik[39], adotada no presente estudo – igualmente acolhida por autores como Francisco Rosito[40] e José Paulo Baltazar Júnior[41] – indica a existência de quatro modelos de constatação elementares, não negando a existência de outros: preponderância da prova; prova clara e convincente; prova além da dúvida razoável e razoável excludente de qualquer hipótese de inocência. Esses *standards,* assim apresentados, estão em grau crescente de exigência da qualidade do material probatório apresentado. Ainda que apenas os dois últimos digam respeito ao processo de natureza penal propriamente dita, faz-se necessário o exame do conteúdo de todos apresentados para melhor compreensão do tema, sempre atentos ao alerta de Michele Taruffo, de que esses modelos fornecem ao julgador diretrizes mais precisas, em um ambiente no qual a decisão judicial pode trilhar um caminho das intuições "subjetivas e pessoais."[42]

O primeiro dos modelos de constatação, o da preponderância da prova, é aquele adotado no direito processual civil em geral, sendo observado no direito comparado de forma similar à estrutura da *preponderance of evidence* (Estados Unidos) e *preponderanza dell'evidenza* (Itália)[43]. Este *standard* de prova, baseado na probabilidade prevalente, ou do mais provável que sim do que não, está

38. KNIJNIK, Danilo. *Os "standards" do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. 2001.

39. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

40. ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de Processo*, v. 157, p. 51-71. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008.

41. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária:* Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 153-170.

42. TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 137. Na obra, Taruffo se foca mais nos modelos do processo civil, apresentando suas particularidades em maior profundidade.

43. SOUSA, Luís Filipe Pires de. *O standard de prova no processo civil e no processo penal*. 2017. Antecipando o livro "Prova por presunção no direito civil". 3. ed. revisada e ampliada. Almedina (no prelo).

relacionado à adoção de uma das hipóteses apresentadas em razão de seu mais elevado grau de confirmação probatória em relação às demais[44].

Neste modelo, o grau de exigência da prova (*quantum*) é apresentado de forma igualitária entre o autor e o réu da demanda[45], que "suportam igualmente o risco de um julgamento equivocado"[46]. Ou seja, o êxito da demanda (procedência) ou da defesa (improcedência) dependem da apresentação de elementos que confiram um grau de probabilidade maior sobre a tese adversária. Segundo a diretriz apresentada por este *standard* de prova, compete ao julgador quando da formulação do juízo de fato observar a probabilidade de cada uma das versões apresentadas pelas partes. Após este juízo, há a eleição daquela hipótese que "receba apoio relativamente maior dos elementos de prova conjuntamente disponíveis"[47].

Também no âmbito do processo civil, mas que transcendam a esfera exclusivamente patrimonial[48], como são as demandas de natureza eleitoral ou de improbidade administrativa[49], verifica-se o *standard* probatório da prova clara e convincente. Neste modelo de constatação, é exigida uma robustez probatória que supera a simples preponderância das provas, mas não ao ponto de demandar uma prova além da dúvida razoável.

Não há que se falar mais em uma distribuição igualitária do encargo probatório às partes como no primeiro modelo de constatação. Incumbe ao autor a produção de prova robusta, de intensidade suficiente ao acolhimento de sua pretensão, sob pena de "assumir o risco de a demanda vir a ser julgada

44. TARUFFO, Michele. *Ensaios sobre o processo civil:* escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. (Clássicos Contemporâneos em homenagem a Ovídio Araújo Baptista da Silva). Organizador e revisor das traduções: Darci Guimarães Ribeiro.

45. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

46. ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de Processo*, v. 157, p. 51-71. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008. p. 62.

47. SOUSA, Luís Filipe Pires de. *O standard de prova no processo civil e no processo penal*. 2017. Antecipando o livro "Prova por presunção no direito civil". 3. ed., revisada e ampliada. Almedina (no prelo). p. 6.

48. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

49. SOUSA, Luís Filipe Pires de. *O standard de prova no processo civil e no processo penal*. 2017. Antecipando o livro "Prova por presunção no direito civil". 3. ed. revisada e ampliada. Almedina (no prelo).

improcedente"[50]. Em outras palavras, cabe ao autor apresentar elementos que autorizem a formulação do juízo de que "a verdade de sua proposição é altamente provável"[51] e não apenas provável em maior grau que a proposição do adversário.

Os *standards* probatórios relacionados aos processos na esfera penal – direcionados à satisfação do *quantum* de prova necessário à formação de juízo condenatório – denotam a influência do direito humano da presunção de inocência do acusado[52]. Não é demais a observância formulada por Antônio Magalhães Gomes Filho[53] no sentido de que, ainda que não se deva limitar a presunção de inocência "à matéria probatória, não se pode negar que as primeiras consequências de sua aceitação se situam na disciplina das provas".

A presunção de inocência, segundo Cesare Beccaria, estatui que "um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz [...] pois é inocente, segundo a lei, o homem cujos delitos não são provados"[54]. No mesmo sentido, é a lição de Luiz Alberto Machado de que "é declaração velha, da Revolução Francesa, que todo o acusado se beneficia da presunção de inocência; isto é [...] o acusado é culpado apenas e tão somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos exatos limites desta"[55].

Este direito encontra previsão, no plano internacional, no artigo XI.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao estabelecer que "Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua

50. ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de Processo*, v. 157, p. 51-71. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008. p. 63.

51. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39.

52. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária*: Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 153-170.

53. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37.

54. BECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. p. 61.

55. MACHADO, Luiz Alberto. A presunção constitucional de inocência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. v. 27, p. 37-48. Curitiba, jan. 1992. p. 37.

defesa". Da mesma forma, o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos[56] assegura que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Para Juan Montero Aroca, da leitura dos pactos internacionais resulta na "*existência de um verdadeiro principio, que debe conformar toda la regulación del processo por el legislador ordinario, según el cual todo acusador es inocente mientras no se declare lo contrario en sentencia condenatória, lo que impone que lo largo del processo debe ser tratado y considerado inocente*"[57].

No plano nacional, a Constituição do Brasil consagra este direito à presunção de inocência no seu artigo 5º, inciso LVII, prevendo que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". No direito comparado, a presunção de inocência também é contemplada, exemplificativamente, também nas Constituições da Argentina (artigo 18), Peru (artigo 24, alínea "e") e Costa Rica (artigo 39).

Sob tal norte, o terceiro modelo de constatação da prova – primeiro dedicado à seara processual penal - é o da prova além da dúvida razoável, que exige elementos com "maior aproximação da certeza"[58] para a formação do juízo condenatório, "não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador"[59]. Segundo Taruffo, são indevidas e mesmo inúteis as tentativas de quantificação de certeza ou de dúvida necessárias para a satisfação deste modelo de constatação, o que propõe uma determinada forma de evitar o exame matemático de probabilidade: "[...] se tem uma dúvida razoável, em face de uma hipótese de culpabilidade que resulte provada, se contudo é possível formular uma outra hipótese

56. Na Convenção Europeia de Direitos Humanos também se localiza o direito humano à presunção de inocência, mais precisamente no artigo 6(2). Há de se reconhecer que tal direito não possui aplicação restrita ao processo penal, mas também a todo processo civil com possíveis consequências criminais ou oriundo de fato relacionado a tipo penal. Isso faz com que os estados não possam ter um *standard* mais baixo do que aquele previsto no art. 6(2), não impedindo, contudo que adotem um modelo mais elevado no que diz respeito à presunção de inocência. Tudo cf. STRANDBERG, Magne. The Presumption of Innocence in Civil Cases. In: UZELAC, A., VAN RHEE, C.H. (orgs.). *Revisiting Procedural Human Rights*. Cambridge: Intersentia Ltd., 2017, p. 115/116.

57. AROCA, Juan Montero. Princípio sobre a prova. *Revista Iob de Direito Penal e Processual Penal*. v. 45, p. 105-113. São Paulo, ago.-set. 2007. p. 108.

58. ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de Processo*, v. 157, p. 51-71. São Paulo, mar. 2008. p. 59.

59. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 41.

plausível que explique os mesmos fatos que resultaram comprovados, mas compatíveis com a inocência do acusado"[60].

Percebe-se que a presunção de inocência possui um conteúdo claro, "seja qual for sua formulação: se existem dúvidas, não se pode condenar"[61]. Ela se revela como um condicionante do trabalho judicial, obrigando o julgador a interpretar situações de deficiência probatória em favor do acusado, permitindo se afirme que "onde não existe a presunção de inocência, é inconcebível que se esteja respeitando, de fato, a liberdade"[62].

Finalmente, ainda no campo do processo penal, há o modelo que se constitui de forma ainda mais exigente o anteriormente observado: o da razoável excludente de qualquer hipótese de inocência. Este *standard* de prova decorre da exigência de um modelo mais rigoroso nos processos, mormente na seara penal, baseados em prova indiciária ou indireta[63], que se apresenta "*cuando el objeto de la prueba está constituido por un hecho distinto de aquel que debe ser probado por ser jurídicamente relevante a los efectos de la decisión*"[64].

No modelo em questão, o juízo condenatório deve decorrer de acervo probatório capaz de "eliminar todas as hipóteses de inocência"[65] do réu. Em suma, neste modelo de constatação, o conjunto probatório – formado por provas indiciárias – deve se apresentar de tal maneira que o juízo condenatório seja formado em razão da ausência de qualquer hipótese plausível da inocência do acusado. Não se trata de uma questão de hierarquia de provas (entre diretas e indiretas), mas uma natural consequência da percepção do agravamento do erro em potencial nessas situações.[66] Registra-se, a partir da advertência de Danilo Knijnik, que

60. TARUFFO, Michele. *Ensaios sobre o processo civil:* escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. (Clássicos Contemporâneos em homenagem a Ovídio Araújo Baptista da Silva). Organizador e revisor das traduções: Darci Guimarães Ribeiro. p. 198.
61. FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 67.
62. Tudo cf. FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 77.
63. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
64. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2005. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. p. 455-456.
65. ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de Processo*, v. 157, p. 51-71. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008. p. 60.
66. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízes cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 42.

esse *standard* não é pacífico no direito americano, encontrando-se precedentes aplicando o modelo da dúvida razoável mesmo em sede de prova indiciária.[67]

Verifica-se, nesses *standards* (direcionados ao processo penal ordinário e indiciário), a robustez do *quantum* em patamar significativamente mais elevado que nos dois primeiros *standards* (direcionados ao processo civil geral e especial). Tal exigência decorre da necessidade da superação do direito do acusado de se presumir inocente, demandando da acusação atividade probatória que autorize a condenação com o maior grau de convicção possível.

Não se imagina que a existência e o emprego desses modelos sejam imunes a críticas, ou que situações apresentadas pelos casos concretos não torne difícil sua aplicação[68]. Muito mais corriqueiros no direito estadunidense, possuem uma natural dificuldade de aplicação irrestrita em território pátrio, até mesmo por questões de ordem cultural[69] ou mesmo de ordem estatística, quando se pensa no *standard* da preponderância de prova. Frederick Schauer, examinando o caso *gatecrasher*[70], aponta que um estatístico não encontraria maiores problemas para a

67. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízes cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 42.

68. Michele Taruffo apresenta o intrigante uso da prova científica como exemplo. Em casos nos quais se trabalhe determinado fato com reflexos cíveis e criminais, é possível que a prova científica que ofereça juízo de 60 ou 70% de probabilidade seria suficiente para a condenação no *standard* da preponderância de prova ('mais provável do que não'), mas seria insuficiente para o processo penal. TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 474.

69. Não resta dúvida de que se colhem inúmeros exemplos da cultura americana enquanto associada a privilégios obtidos por quem, pura e simplesmente, tenha mais dinheiro. Michael Sandel apresenta diversos exemplos nesse sentido (*upgrade* de cela prisional, a compra de um *green card*, a 'compra' do número de celular de um médico que pode ser contatado em qualquer horário, o custo de emissão de gás carbônico, e assim por diante), denotando que as demandas cíveis de cunho patrimonial possuam um tratamento bem diferente naquele país daquele recebido no Brasil. Para mais exemplos: SANDEL, Michael J. *What Money can't buy – the moral limits of markets*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013.

70. O caso hipotético cunhado por Jonathan Cohen, denominado *gatecrasher,* trata da seguinte situação: Em um rodeio, ingressam 1000 pessoas, conforme a contagem das cadeiras. No entanto, na bilheteria, existem apenas 499 ingressos, dando conta que 501 pessoas entraram irregularmente. Qualquer pessoa aleatoriamente escolhida seria responsável pelo parâmetro de preponderância de prova, já que ela teria 501 chance de ter ingressado sem pagar, contra 499 de ter efetivamente pago. COHEN, L. Jonathan. *The Probable and the Provable*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 74-75.

solução do caso em que existe uma probabilidade de .501 de qualquer pessoa ser responsável (e suficiente, portanto, para o modelo apresentado): "se há uma probabilidade de .51 de que qualquer espectador ingressou fraudulentamente, e se o preço do ingresso é de US$1,00, o estatístico vê a solução fácil: os organizadores do rodeio devem cobrar 51 centavos de cada um dos 1.000 espectadores"[71]. É evidente que essa não é a solução apresentada pelo Direito em questões indenizatórias, que se apega à política de "tudo ou nada"; ou o requerente tem direito à indenização ou ele não tem, sem que haja algum tipo de multiplicador que resolva a questão como proporia um estatístico. Aquele que detém .51 de probabilidade ganha tanto quanto aquele que atingiu .90.

Em matéria penal, o *standard* confirma que a abordagem do Direito está correta, novamente na lição de Schauer. O exemplo do autor: se alguém que cometeu lesão corporal grave, cuja pena seria (no local utilizado) de 10 anos, havendo .70 de probabilidade de autoria, ninguém se sentiria confortável (nem os estatísticos) em condenar o réu a sete anos de prisão[72].

Ademais, a própria premissa sobre a qual se assentam os modelos – e com a qual este estudo concorda – de que os bens jurídicos *sub judice,* em cada um dos diferentes processos, são evidentemente distintos[73], ou estão sob condições especiais[74], a generalização indiscriminada pode criar situações paradoxais, como no exemplo fornecido por Gary Lawson. Uma demanda civil, com pedido de indenização de um milhão de dólares, *versus* um processo penal, cuja condenação resulte em breve período de serviços comunitários, ilustra que nem sempre o *standard* da preponderância resolve bem os casos cíveis; enquanto, de outro lado, uma questão patrimonial menor diante de um crime punível pela pena de morte justifica totalmente os modelos[75].

Essas constatações são exigências para o conhecimento, aprofundamento e fortalecimento do emprego dos *standards,* e não para seu abandono. Os modelos

71. SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Belknap Press, 2003, p. 88.

72. SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Belknap Press, 2003, p. 89.

73. Como assentado no julgamento *In re Winship,* 397 U.S. 358 (1970). Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/]. Acesso em: 10.01.2019.

74. LAWSON, Gary. *Evidence of the Law – proving legal claims*. Chicago: University of Chicago Press, 2017, p. 196.

75. LAWSON, Gary. *Evidence of the Law – proving legal claims*. Chicago: University of Chicago Press, 2017, p. 197.

de constatação consistem na mais avançada ferramenta racional probatória à disposição dos julgadores, partes e procuradores. Sua compreensão e aplicação corretas acham-se inexoravelmente conectadas à observância do direito humano à prova e, via de consequência, ao processo justo.

4. A análise do *standard* de prova em matéria penal na Corte Interamericana de Direitos Humanos e nos tribunais brasileiros

Diferente dos modelos de constatação dos casos cíveis, raramente expressos nas decisões, os *standards* em matéria penal costumam ser empregados e examinados ostensivamente. Não por acaso, pois Jordi Nieva Fenoll registra que se trata de condicionante do trabalho judicial, do início ao fim, "especialmente no aspecto probatório"[76]. O cuidado com a pessoa do acusado no processo penal, que leva à adoção do modelo, possui diversas origens[77] e justificativas, como a disparidade existente entre o peso da "máquina de acusação" (Estado), de um lado, e o indivíduo, de outro[78]. A preocupação com o erro judiciário é evidente, como referido na lição de Blackstone, "é melhor que dez pessoas culpadas escapem do que um inocente sofra"[79]. Esse entendimento também aparece expressamente no julgamento *In re Winship*, oriundo da Suprema Corte estadunidense, no voto do *Justice* Harlan: "In a criminal case, on the other hand, we do not view

76. FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 69.

77. Uma remonta ao Cristianismo, em particular no desenvolvimento das atividades envolvendo o júri ao longo século XVIII. Preocupados com o destino de suas próprias almas diante da possibilidade de decidirem a execução de um indivíduo (a pena tradicional à época), a literatura da época revela o desenvolvimento de uma consciência valorizadora do julgamento racional, não inteiramente subjetivo: haveria um motivo efetivo para a condenação, e não um capricho impensado. WHITMAN, James Q. *the origins of reasonable doubt* – Theological Roots of the Criminal Trial. New Haven: Oxford University Press, 2008. p. 187-192.

78. LAWSON, Gary. *Evidence of the Law* – Proving legal claims. Chicago: University of Chicago Press, 2017, p. 196.

79. O autor refere, em seguida, sobre duas regras extraídas do princípio, dentre elas a impossibilidade de condenar alguém por homicídio sem que haja um corpo encontrado. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. vol. 4. Chicago: Chicago University Press, 1979, p. 320. A respeito do erro, aqui também se recorda o indesejado erro na visão de Larry Laudan, que se apresenta quando há a condenação de um inocente ou a absolvição de um culpado. LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law*. Cambridge: Cambridge, 2006. p. 11.

the social disutility of convicting an innocent man as equivalent to the disutility of acquitting someone who is guilty"[80].

Os tribunais brasileiros aplicam, como se exige, com frequência, o modelo mais elementar de *prova além da dúvida razoável*, a fim de efetivar a condenação pretendida pela acusação, até mesmo pela sua relação com o art. 386, VI, do CPP. Nesse sentido, no julgamento da Ação Penal nº 719/DF, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que no caso concreto a "acusação não logrou produzir provas idôneas a demonstrar, acima de uma dúvida razoável, a ocorrência do crime"[81]. No julgamento, foi reforçado que, "em razão do estado jurídico de inocência, corolário da dignidade da pessoa humana, exige-se certeza além de uma dúvida razoável para a que se edite sentença condenatória criminal, não sendo suficiente a alta probabilidade"[82]. Desta constatação, decorreu a absolvição do acusado pela ausência de provas.

O modelo examinado no item 3, da "razoável excludente de qualquer hipótese de inocência", que diz respeito ao processo penal indiciário, não foi localizado na jurisprudência pátria, ao menos não empregado de forma expressa e com a mesma frequência de "prova além da dúvida razoável"[83].

Desse julgado, emergem duas conclusões no que diz respeito aos modelos de constatação no direito brasileiro. A primeira delas é a clara separação entre os *standards* de prova no âmbito do processo de natureza civil, antes observado, e nos processos de natureza penal, objeto na análise judicial apontada. Em segundo, reforça-se que o édito condenatório exige prova em *quantum* suficiente para a superação da presunção de inocência do acusado, sem a qual é impositiva a sua absolvição.

O Supremo Tribunal Federal adota o mesmo modelo de constatação no julgamento de ações penais. Na AP 858/DF, o Relator do caso, Min. Gilmar Mendes, expôs o entendimento consolidado de que "a condenação do réu pela prática de

80. In re Winship, 397 U.S. 358 (1970). Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/]. Acesso em: 10.01.2019.

81. BRASIL. STJ. APn 719/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 05.11.2014, *DJe* 18.11.2014.

82. BRASIL. STJ. APn 719/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 05.11.2014, *DJe* 18.11.2014.

83. Lembra-se, no ponto, de que Danilo Knijnik, ao desenvolver esse quarto modelo de constatação, faz alusão a julgado proferido em corte estadunidense, e não brasileira. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 42.

qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se "beyond all reasonable doubt" (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário"[84]. O *standard* se aplica mesmo em caso de delitos de menor potencial ofensivo, bastando, portanto, que se trate de processo *penal*.

Na perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), examina-se o caso Zegarra Marín Vs. Perú, conforme a sentença final de 15 de fevereiro de 2017, se considera que o dever de motivar se apresenta com maior grau de exigência quando associado a casos em que se aplique a presunção de inocência. Destaca-se o parágrafo 147 da sentença: *"La relevancia de la motivación, a fin de garantizar el principio de presunción de inocencia, principalmente en una sentencia condenatoria, la cual debe expresar la suficiencia de prueba de cargo para confirmar la hipótesis acusatoria; la observancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, incluidas aquellas que pudieran generar duda de la responsabilidad penal; y el juicio final que deriva de esta valoración. En su caso, debe reflejar las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria. Lo anterior, permitiría desvirtuar la presunción de inocencia y determinar la responsabilidade penal más allá de toda duda razonable. Ante la duda, la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, operan como criterio decisorio al momento de emitir el fallo*"[85].

O que se quer dizer é que o modelo de constatação oriundo da dúvida razoável exige não apenas um maior rigor com o material probatório disponível, mas igualmente que esse rigor se reflita na atividade judicial, apresentando, o magistrado, um raciocínio adequado, não apenas valorando, mas demonstrando as razões de seu convencimento.

Outro caso oferece exame ainda mais delicado da questão, como no caso Miguel Ángel Rodríguez Revolorio, Miguel Ángel López Calo y Aníbal Archila Pérez Vs. Estado da Guatemala. A petição foi apresentada pelo Centro Para la

84. BRASIL. STF. AP 858, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26.08.2014, *DJe* 04.09.2014.

85. Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Sentencia de 15 de febrero de 2017.

Accion Legal en Derechos Humanos, uma organização não governamental, em favor daqueles indivíduos, alegando violações ao devido processo legal em procedimentos criminais que resultaram na condenação à pena de morte pelo crime de assassinato combinado com outros delitos[86]. O Estado guatemalteco, de seu turno, alegou que os procedimentos se desenvolveram com a observância de todas as garantias dos acusados ligadas ao devido processo e que a pena de morte foi imposta por uma comissão, com amparo na lei vigente à época, sendo que nada disso violaria o texto da Convenção.

Do lado dos queixosos, alegou-se violação aos seus direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, sendo que "en particular alegaron la falta de imparcialidad del Tribunal a cargo del proceso penal por la indebida valoración de diversos medios de prueba", e, ainda, motivação insuficiente na decisão proferida por juiz que não era imparcial. O Estado defendeu-se referindo que todos os recursos e meios de defesa opostos pelos acusados foram devidamente examinados pelos tribunais. A Guatemala possui previsão constitucional e ordinária acerca da pena de morte, permitida até hoje para determinados casos[87]. Há ampla previsão legal de recursos cabíveis para esse tipo de condenação, à exceção do chamado *recurso de gracia*, que carece de adequada regulamentação legislativa.

Para julgar o caso, a CIDH passa a examinar o direito à vida e a total excepcionalidade da pena de morte. Constata que, como se afirmou em diversas outras ocasiões, "*el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo de los seres humanos y como conditio sine qua non para el goce de todos los demás derechos.*" Esse entendimento perfila-se ao anteriormente exposto acerca dos modelos de constatação e antecipa o posicionamento correto adotado pela CIDH, no sentido de que, dado o caráter irrevogável da pena de morte, trata-se de "castigo" que se diferencia absolutamente das demais formas de punição adotadas pelos Estados, "pelo qual reclama uma certeza particularmente rigorosa na determinação da responsabilidade de uma pessoa em um delito que comporte" tal pena[88].

86. Todas as informações foram extraídas diretamente do Informe 99/17, obtido diretamente junto à CIDH. Disponível em: [http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/11782FondoEs.pdf]. Acesso em: 05.01.2019.

87. Conforme se extrai da decisão, são para as seguintes situações: "1. Plagio o secuestro; 2. Parricidio; 3. Ejecución Extrajudicial; 4. Caso de muerte al Presidente o Vicepresidente de la República; 5. Delitos relacionados con narcotráfico en los que resulte la muerte de personas." Idem, ibid.

88. Informe 99/17, CIDH. Disponível em: [http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/11782FondoEs.pdf]. Acesso em: 05.01.2019.

O escrutínio realizado pela corte, em tais casos, para verificar a observância dos direitos humanos processuais, ocorre de forma muito mais rigorosa do que normalmente ocorreria.

A Corte passa a oferecer uma densificação do direito humano à presunção de inocência, vinculando-o a outros direitos humanos processuais, como os direitos à prova, à motivação e de defesa. Percebe-se que a presunção de inocência, portanto, não só atrai a aplicação do *standard* de *proof beyond a reasonable doubt*, como também carrega diversas outras exigências para que se configure o justo processo na perspectiva criminal. No particular da questão probatória, exatamente para afastar qualquer dúvida razoável, deve-se exigir da autoridade judicial que motive adequadamente a vedação de produção de prova, mormente quando esses meios probatórios seriam de grande influência no deslinde processual. No caso mencionado, o Judiciário guatemalteco não apenas indeferiu a produção de prova requerida pelos réus, mas também conferiu alto grau de convicção à prova pericial produzida em condições bastante duvidosas, sem comprovação de observância dos ditames legais.

5. Considerações finais

A necessidade de julgamento das demandas postas em juízo exige o desenvolvimento de instrumental teórico-prático de grande complexidade. Tudo porque, não bastasse a miríade de temas colocados em discussão no Judiciário, os bens jurídicos debatidos são muito diversos e oriundos de áreas que também vêm evoluindo constantemente. Cabe ao Direito, na seara do processo e, ainda mais particularmente, no âmbito do direito probatório, fornecer as respostas e meios para que possa haver desenvolvimento e deslinde racionais no processo, a fim de que se possa caracterizá-lo como justo, em observância aos direitos humanos processuais dos envolvidos.

Os modelos de constatação oferecem verdadeiros *standards*, padrões para avaliação do material probatório disponível em cada uma das demandas, até mesmo para que se possa observar o direito humano à igualdade, que claramente também repercute no âmbito processual. A existência desses modelos tende a oferecer um ambiente valorativo mais seguro e de tratamento racional e adequado às questões postas em juízo.

À toda evidência, diferentes *processos* reclamam diferentes modelos de constatação. O tratamento conferido ao julgamento de um vício em produto relacionado a um consumidor há de ser diverso daquele aplicado em um homicídio. E isso faz com que o direito probatório evolua enquanto campo científico, apresen-

tando os diferentes *standards* para valoração do material probatório disponível. No âmbito cível, apresentam-se os modelos da *preponderância de prova* e também da prova *clara e convincente*, esta para as demandas que transcendam a simples patrimonialidade.

No processo penal, existem dois modelos elementares; um se destina ao processo penal tradicional (prova além da dúvida razoável) e outro ao processo indiciário (razoável excludente de qualquer hipótese de inocência). Mais do que um simples esforço teórico, essa classificação abre a complexidade do tema e instrumenta o julgador (e também as partes) para a construção da solução processual. Não se trata de ponto de chegada, mas de início na discussão, até mesmo porque é evidente que existem diversos outros modelos que podem ser percebidos e edificados na prática jurisprudencial.

Alguns julgados, oriundos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, foram examinados para que se pudesse verificar a ampla e literal aplicabilidade do *standard* de *proof beyond a reasonable doubt*. O modelo é aplicado desde julgados em primeira e segunda instância, sendo expressamente empregado também nos julgados das Cortes Superiores pátrias. O modelo atrelado ao processo penal indiciário é que não foi localizado de maneira expressa, embora se possa constatar um maior cuidado com esse tipo de processo, diante da situação de dúvida que naturalmente impregna as provas indiretas quando relacionadas às diretas.

Os casos, localizados na Corte Interamericana de Direitos Humanos, confirmam a existência de modelos diferentes para o processo penal e trazem ainda mais rigor quando se trata de crime passível de punição com a pena de morte, como se viu no caso *Ángel Rodríguez Revolorio e outros Vs. Estado da Guatemala*. O caso *Zegarra Marín v. Peru,* anterior, reforça a importância que a motivação desempenha no momento decisório em se tratando do processo penal e, por óbvio, também a relevância da apreciação das provas, tudo em função da presunção de inocência. A decisão vai além, mencionando que a apreciação das provas tem por objetivo afastar qualquer hipótese de inocência, fazendo clara referência ao modelo do processo penal indiciário. Nessa medida, a Corte acaba embaralhando os diferentes *standards*, pois é excessivamente rigoroso que em todo processo penal fosse necessário o afastamento de qualquer hipótese de inocência.

No caso que envolvia o Estado da Guatemala, a Corte firmou entendimento de que, em processos envolvendo a pena de morte, o cuidado com as garantias do acusado deve ser incrementado. A mudança de um *standard* para outro, conforme se viu neste estudo, se deve pelas peculiaridades de cada um dos bens jurídicos tratados nos diferentes processos, como questões de cunho patrimonial,

temas que transcendem a patrimonialidade e, ao fim e ao cabo, a liberdade de ir e vir. Considera-se também o peso de uma acusação criminal quando comparada à demanda cível e, nisso tudo, não se pode esquecer que a vida é, nas palavras da Corte, um "direito supremo". E, assim sendo, trata-se de bem jurídico ainda mais delicado do que o direito de ir e vir, merecendo *standard* ainda mais rigoroso.

A observância dos direitos humanos processuais, nesses casos, se dá de forma ainda mais rigorosa do que nos demais, com consequências diretas para o direito probatório, já que a prova é um direito humano processual. Os momentos de requerimento, produção, valoração e decisão merecem exame atento a fim de salvaguardar o direito ao processo justo. Por isso mesmo que a decisão, nesse último caso, entendeu haver equívoco no indeferimento, de maneira inadequada, de provas cruciais solicitadas pelos acusados. Mais adiante, no momento valorativo, o *standard* não se mostraria satisfeito, pois não resta dúvida de que, em se tratando de crime punível com a pena de morte, o modelo de constatação aplicável há de ser o mais rigoroso de todos.

Referências bibliográficas

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*, de 22 de agosto de 1994. Buenos Aires. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-int-text-const.html]. Acesso em: 26.12.2018.

AROCA, Juan Montero. Princípio sobre a prova. *Revista Iob de Direito Penal e Processual Penal*, v. 45, p. 105-113. São Paulo, ago.-set. 2007.

ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? *Revista de Processo*, v. 163, p. 50-59. São Paulo: Ed. RT, set. 2008.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, v. 282, p. 113-139. São Paulo: Ed. RT, ago. 2018.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária*: Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 153-170.

BECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. Tradução de: José Cretella Jr. e Agnes Cretella.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. Cap. 5. p. 151-189.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ejea, 1959. 2 v.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. vol. 4. Chicago: Chicago University Press, 1979.

BRASIL. STJ. Ação Penal 719. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Gutemberg Guimarães de Souza; Ronaldo Euripedes de Souza. Santa Tereza Distribuidora de Materiais Básicos para Construção e Transporte Ltda. Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, *DJe* 05.11.2014. Brasília, 18.11.2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41411395&num_registro=201301062619&data=20141118&tipo=91&formato=PDF]. Acesso em: 31.11.2018.

BRASIL. STF Ação Penal 858. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Eduardo Cosentino da Cunha. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, *DJe*: 04.09.2014. Brasília, 26.08.2014. Disponível em: [http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=171&dataPublicacao=04/09/2014&incidente=4480919&capitulo=4&codigoMateria=3&numeroMateria=22&texto=5137863]. Acesso em: 31.12.2018.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC*: do estático ao dinâmico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

CARPES, Artur Thompsen. Direito fundamental ao processo justo: notas sobre os modelos de constatação nas decisões liminares. In: ARMELIN, Donaldo (Org.). *Tutelas de urgência e cautelares*: Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176-189.

COHEN, L. Jonathan. *The Probable and the Provable*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, de 4 de novembro de 1950. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf]. Acesso em: 30.12.2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Zegarra Marín vs. Perú*. Sentença de 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf]. Acesso em: 27.12.2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe 99/17*, de 5 septiembre 2017. Disponível em: [http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/11782FondoEs.pdf]. Acesso em: 05.01.2019.

COSTA RICA. *Constitución politica de la Republica de Costa Rica*, de 08 de novembro de 1949. San José, Disponível em: [https://www.constitution.org/cons/costaric.htm]. Acesso em: 25.12.2018.

DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25-46.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 3 v.

FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Orden y valoración de las pruebas en la funcion contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: CIDH. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. p. 196-215. Disponível em: [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/12.pdf]. Acesso em: 28.12.2018.

FORSTER, João Paulo Kulczynski. Direito fundamental à prova. In: REICHELT, Luis Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Orgs.). *Primeiras linhas de direito processual civil*: Volume 1 – Teoria geral do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Cap. 6.2.4. p. 198-205.

FORSTER, João Paulo Kulczynski; BITENCOURT, Daniella; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. Pode o "Juiz Natural" ser uma máquina? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 03, p. 181-200. Vitória: Sociedade de Ensino Superior de Vitória, set.-dez. 2018. Disponível em: [http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1631/pdf]. Acesso em: 30.12.2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ITALIA. *Costituzione Italiana*: Edizione in lingua portoghese, de 27 de dezembro de 1947. Roma. Disponível em: [<https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf]. Acesso em: 30.12.2018.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Os "standards" do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. 2001. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf]. Acesso em: 30.12.2018.

LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law*. Cambridge: Cambridge, 2006.

LAWSON, Gary. Evidence of the Law – Proving legal claims. Chicago: University of Chicago Press, 2017.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007.

MACHADO, Luiz Alberto. A presunção constitucional de inocência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. v. 27, p. 37-48. Curitiba, jan. 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. Cap. 4. p. 615-681.

MATTOS, Sergio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-america, 1961. Tradução de: Santiago Sentis Melendo.

MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental a um processo justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 45, p. 22-34. Porto Alegre: Lex Magister, nov.-dez. 2011.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. A teoria geracional dos direitos do homem. *Revista Eletrônica de Filosofia.* v. 02, n. 03, p. 10-26. Theoria: Pouso Alegre, jul. 2010. Semestral. Disponível em: [http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teoria_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf]. Acesso em: 30.12.2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm]. Acesso em: 30.12.2018.

PERU. *Constitucion Politica del Peru*, de 29 de dezembro de 1993. Disponível em: [https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf]. Acesso em: 25.12.2018.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, v. 224, p. 41-61. São Paulo: Ed. RT, out. 2013.

REICHELT, Luís Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial. *Revista de Processo*, v. 197, p. 127-143. São Paulo: Ed. RT, jul. 2011.

REICHELT, Luís Alberto. Direito humano e fundamental ao processo justo. In: REICHELT, Luís Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Orgs.). *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*: Volume 1 – Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Cap. 6.1. p. 184-186.

REICHELT, Luís Alberto. O direito fundamental à prova e os desafios relativos à sua concretização no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 267, p. 197-210. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de Processo*, v. 157, p. 51-71. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008.

SALLES, Carlos Alberto. Transição paradigmática na prova processual civil. In: ASSIS, Araken de et al (Orgs.). *Direito civil e processo*: Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 911-921.

SANDEL, Michael J. *What Money can't buy – The moral limits of markets*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. Carga dinâmica da prova e o direito de antidiscriminação. In: Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Flávio Luís de Oliveira; Mônica Bonetti Couto (Coords.). *Processo, jurisdição e efetividade da justiça II* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 99-116. Disponível em: [https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/q99td847/L1sOH2jI36K799NA.pdf]. Acesso em: 30.12.2018.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Belknap Press, 2003.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. *O standard de prova no processo civil e no processo penal*. 2017. Antecipando o livro "Prova por presunção no direito civil", 3. ed. revisada e ampliada. Almedina (no prelo). Disponível em: [http://www.trl.mj.pt/PDF/O%20standard%20de%20prova%202017.pdf]. Acesso em: 30.12.2018.

STRANDBERG, Magne. The Presumption of Innocence in Civil Cases. In: UZELAC, A., VAN RHEE, C.H. (orgs.). *Revisiting Procedural Human Rights*. Cambridge: Intersentia Ltd., 2017.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Tradução de João Gabriel Couto.

TARUFFO, Michele. *Ensaios sobre o processo civil:* escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. (Clássicos Contemporâneos em homenagem a Ovídio Araújo Baptista da Silva). Organizador e revisor das traduções: Darci Guimarães Ribeiro.

TARUFFO, Michele. La Prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2005. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TROCKER, Nicolò. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 56, n. 4, p. 1171-1241. Bologna, dez. 2002.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*, de 07 de dezembro de 2000. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf]. Acesso em: 30.12.2018.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba:* Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del lbre convencimento judicial. Tradução de: Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis Librería, 1985.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Entre dúvidas e certezas: a resposta correta no processo penal, de Israel Domingos Jorio e Alexandre de Castro Coura – *RBCCrim* 149/227- 257 (DTR\2018\20687);
- O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro, de Guilherme Brenner Lucchesi – *RBCCrim* 156/165-188 (DTR\2019\31668); e
- Para além do bard: uma crítica à crescente adoção do *Standard* de prova "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro, de Janaina Matida e Antonio Vieira – *RBCCrim* 156/221-248 (DTR\2019\31670).

A serendipidade nas interceptações telefônicas e a admissibilidade processual das provas fortuitamente obtidas: a gênese da Operação Lava Jato

Serendipity in the telephone wiretapping and the procedural admissibility of the fortuitously obtained proofs: the genesis of Operation Car Wash

Thainá Almeida de Freitas

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/MG. Advogada colaboradora no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/MG.
ORCID: 0000-0002-9973-9694
afreitas.thaina@gmail.com

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 15.03.2019
Última versão da autora: 15.04.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a serendipidade e a admissibilidade das informações obtidas ao acaso por meio de interceptações telefônicas. Por meio da pesquisa jurisprudencial e doutrinária, busca-se o melhor posicionamento quanto à utilização processual, estabelecendo um limite para a utilização da medida, por meio de interpretação conforme a Constituição. Além disso, para evidenciar a complexidade do tema, investiga-se a problemática do encontro fortuito quanto à Operação Lava Jato, trabalhando-se com a parte inicial da investigação. Ao final, conclui-se pela inadmissibilidade dos conhecimentos acidentais sem relação com a situação histórica da investigação que deu ensejo à medida, considerando o papel do Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Serendipidade – Interceptação telefônica – Procedimento – Limitação – Operação Lava Jato.

Abstract: The present work has as objective to analyze the serendipity and the admissibility of the information obtained at random through telephone wiretapping. With jurisprudential and doctrinal research, the best positioning in relation to the procedural use is sought, establishing a limit for the use of the measure, by means of interpretation according to the Constitution. In addition, in order to highlight the complexity of the topic, the problem of the fortuitous encounter regarding Operation Carwash is investigated, working with the initial part of the investigation. In the end, it's concluded that the accidental knowledge unrelated to the historical situation of the investigation that gave rise to the measure is inadmissible, considering the role of Criminal Procedural Law in the Democratic State Ruled by Law.

Keywords: Serendipity – Telephone wiretapping – Procedure – Limitation – Operation Car Wash.

Freitas, Thainá Almeida de. A serendipidade nas interceptações telefônicas e a admissibilidade processual das provas fortuitamente obtidas: a gênese da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 160. ano 27. p. 177-218. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Sumário: 1. Introdução. 2. Serendipidade e admissibilidade das provas casualmente obtidas. 2.1. O conceito de serendipidade. 2.2. Admissibilidade processual da prova fortuitamente obtida. 2.3. Da necessidade de maior limitação da admissibilidade processual da prova fortuitamente obtida. 2.3.1. O princípio da legalidade e o aproveitamento das provas fortuitas. 2.3.2. O problema do prazo das interceptações telefônicas. 3. O encontro fortuito de provas e a gênese da Operação Lava Jato. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O processo penal nas sociedades modernas é o meio de controle do *ius puniendi* estatal. Isso significa dizer que, para que o Estado possa aplicar uma punição, é necessário que comprove a legitimidade desse poder punitivo no caso concreto e respeite uma série de atos concatenados, além de não poder desprezar o conteúdo material de direitos constitucionalmente garantidos.

O modelo cognitivo de processo penal, que foi recebido de uma forma sintética pela Constituição, encontra seu fundamento e justificação na busca pela verdade[1]. Essa verdade é, de forma inevitável, uma verdade aproximada, relativa, com base nos atos jurisdicionais suscetíveis a verificações e refutações. Esses atos são alvo de controle por meio do contraditório, em uma constante dialética entre acusação e defesa. Dessa forma, o que traduz a garantia da verdade no processo penal é o procedimento probatório, que deve ser seguido à risca, contra o abuso e o erro judiciário.

1. Vale destacar que a busca pela verdade, aqui, é empregada com a ideia de um processo epistemologicamente orientado. Não se trata de uma busca pela verdade sem limites, a qualquer custo, considerando que tal orientação acompanha a ideia do princípio da verdade real, associado à estrutura típica do sistema inquisitório, que leva ao abuso do poder e flexibilização de garantias. O sistema acusatório, por outro lado, "é sempre uma limitação à busca pela verdade" (LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 303). Apesar de conhecer a proposta de superação e de abandono da ideia de verdade no processo, é inevitável que a jurisprudência ainda se oriente nesse sentido, como é possível se verificar no voto do Ministro Gilmar Mendes em decisão significativa sobre critérios de valoração racional da prova e *standard* probatório referentes à pronúncia no tribunal do júri: "[...] a 'reconstrução dos fatos' passados é um ponto fundamental do processo penal, considerando-se a sua função de verificar a acusação imputada a partir do lastro probatório produzido nos autos" (MENDES, Gilmar. *Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri*. 2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio?fbclid=IwAR1U4vm6NoE-jTsgxHzUQ-B5hLeug0b2H88QBYl6qvhs--b54Y83lyhLg-z0]. Acesso em: 12.04.2019).

Entre os meios de obtenção de prova associados à evolução da sociedade, encontram-se as interceptações telefônicas. A comunicação entre os sujeitos é um instrumento relevante para a integração social. Com o progresso da tecnologia, o uso de meios como telefones fixos, celulares e Internet é cada vez mais abrangente, integrando um maior número de indivíduos.

A expansão das formas de comunicação ganha importância no contexto da Constituição Federal de 1988, que as insere no contexto dos direitos fundamentais de defesa, caracterizados pela não interferência do Estado e de outrem no espaço de autodeterminação do indivíduo, por exemplo, no âmbito que envolve bens como liberdade ou propriedade, tutelando tais direitos essencialmente em seu artigo 5º.

O foco do presente trabalho é o preceito contido no artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna, que trata da inviolabilidade da vida privada e da intimidade e consiste, essencialmente, em retirar do conhecimento alheio e impedir a divulgação de aspectos existenciais que o sujeito tem interesse em manter reservados. A eventual restrição ao direito fundamental é trazida pela própria Constituição, sendo preponderante notar que a regra em relação às comunicações é seu sigilo inquebrável.

Quanto ao âmbito de restrição, a Constituição apresenta a chamada restrição qualificada quanto ao contido no art. 5º, XII. Isso significa que

> "[...] não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados."[2]

No caso das comunicações telefônicas, e tão somente dessas, a Constituição Federal exige ordem judicial e finalidade taxativa (investigação criminal ou instrução processual penal). No mais, as hipóteses e o procedimento devem ser regulados por lei específica, no caso, a Lei 9.296/96.

A inviolabilidade, portanto, pode ser restringida diante de um procedimento que se insere no âmbito do Direito Processual Penal, justamente porque a intervenção nessa área do direito busca, por vezes, tutelar bens jurídicos mais relevantes que o protegido pela norma citada. Entretanto, não se pode olvidar da existência da tutela dos direitos individuais do acusado, existindo uma gama de garantias em jogo quando da instauração de um procedimento investigatório ou de uma ação penal, influenciando a utilização da interceptação telefônica como recurso no mesmo.

2. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 206.

O problema em foco neste artigo é a utilização das informações obtidas por meio da quebra do sigilo das interceptações telefônicas quando do encontro ao acaso de conhecimentos que não haviam sido previstos na autorização original da medida. Nesse sentido, analisa-se ainda a hipótese de ocorrência de sucessivas prorrogações da diligência, tendo em vista a redação pouco clara do artigo 5º da Lei 9.296/96, que justifica o prolongamento da utilização do meio de obtenção de prova e é, por muitas vezes, a raiz do encontro fortuito de informações.

Considerando que não há previsão legal em específico relacionada à prova fortuita, investiga-se a sua admissibilidade consoante o preceituado pela CRFB/1988. Parte-se da pesquisa jurisprudencial, com base nas decisões dos tribunais superiores, verificando a evolução das cortes no que tange ao assunto, e do posicionamento da doutrina nacional em relação ao tema.

Por conseguinte, busca-se encontrar qual papel podem desempenhar os encontros fortuitos no modelo de processo penal vigente, de maneira a tentar encontrar limitações para a utilização das informações obtidas ao acaso, principalmente quanto aos novos sujeitos e delitos que aparecem no curso da medida, além de explorar até que ponto a prorrogação sucessiva da diligência permitiria que novas informações fossem inseridas na investigação.

Por fim, para uma melhor visualização da problemática e dos efeitos práticos da utilização de informações obtidas por meio de interceptações telefônicas, analisa-se o caso mais popular de encontro fortuito de provas, a Operação Lava Jato.

O objetivo principal, portanto, é aferir a possibilidade de utilização das informações de interceptação telefônica como prova em crime conhecido fortuitamente ou contra sujeito supervenientemente conhecido, além de fixar um prazo máximo de duração da medida para que essas informações não extrapolem os direitos do acusado. Questiona-se quais as barreiras para sua admissibilidade, principalmente quando confrontada com princípios norteadores do processo penal.

O resultado deste trabalho é importante para uma análise da limitação da utilização de interceptações telefônicas, considerando o alto uso do recurso pelo Judiciário nos dias atuais, invertendo-se a lógica de sua excepcionalidade concedida pela Magna Carta de 1988.

2. Serendipidade e admissibilidade das provas casualmente obtidas

2.1. O conceito de serendipidade

Serendipidade, do inglês *serendipity,* é o termo utilizado para o encontro inesperado de algo que não se estava procurando. No processo penal, representa o

princípio utilizado pelos tribunais para o encontro fortuito de provas, ou seja, para designar o encontro de um material probatório diferente do que estava sendo procurado durante a execução de um meio de obtenção de prova.

O conhecimento fortuito não é algo exclusivo das interceptações telefônicas, embora seja essa forma de diligência o tema central deste estudo, podendo ocorrer também na busca e apreensão, por exemplo.

É pertinente fazer a diferenciação entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação, conceitos que refletem na possibilidade de admissibilidade processual do conteúdo obtido durante interceptação telefônica. Afinal, o desvio causal do meio de obtenção de prova não é regulado pela Lei 9.296/96 e não é passível de verificação de plano, devendo se aferir a licitude da medida quando da possibilidade de inserção da prova nos autos. Cabe colacionar o conceito cunhado pelo jurista português Francisco Aguilar, exposto por Anderson Bezerra Lopes:

> "Por *conhecimentos da investigação* devemos considerar os fatos (leia-se fontes de prova e elementos de informação) obtidos durante a regular execução de um meio de obtenção de prova que se reportem (i) ao fato tido por criminoso e o indivíduo cuja investigação legitimou a medida ou; (ii) a um outro delito e/ou indivíduo que estejam inseridos na mesma *situação histórica de vida* daquele que legitimou a medida.
>
> Por *situação histórica de vida* deve-se entender a *identidade de investigação* (no sentido processual) entre os fatos tidos como base para a decretação do meio de obtenção de prova e aqueles efetivamente descobertos com a medida."[3] (Destaque do original)

Por conseguinte, quando o juiz defere uma interceptação telefônica, trabalha com indícios de um fato predeterminado, que pode vir a ser confirmado ou rechaçado com a conclusão da medida cautelar. Não se pode esquecer que a interceptação é utilizada por ser a única maneira de obter prova da infração, portanto os elementos formadores do fato são frágeis, mas determináveis.

Caso esse fato seja confirmado pela interceptação, os elementos obtidos são considerados conhecimentos da investigação, eis que vinculados à hipótese inicial de deferimento da medida (situação histórica de vida).

3. LOPES, Anderson Bezerra. *Os conhecimentos fortuitos de prova no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 192.

Os fatos desconhecidos quando do deferimento da medida e que foram descobertos no curso do procedimento de obtenção de prova podem ser conhecimentos da investigação, por possuírem identidade com o fato predeterminado da medida, ou podem ser conhecimentos fortuitos, entendidos como

> "[...] os fatos (leia-se fontes de prova e elementos de informação) obtidos durante a regular execução de um meio de obtenção de prova que *não* se reportem i) ao fato tido por criminoso e o indivíduo cuja investigação legitimou a medida ou; ii) a um outro delito e/ou indivíduo que estejam inseridos na mesma *situação histórica de vida* daquele que legitimou a medida. Portanto, a definição dos *conhecimentos fortuitos* é a face negativa dos *conhecimentos da investigação*, o que revela seu caráter residual."[4] (Destaque do original)

O conhecimento fortuito se divide em objetivo e subjetivo. Diz-se que o conhecimento é *objetivo* quando se refere a um crime descoberto fora da situação histórica de vida da medida autorizada, cometido pelo mesmo agente alvo da constrição judicial. Já o conhecimento *subjetivo*, também excluído da situação histórica de vida da diligência, é definido pela descoberta de sujeito diverso do que foi atingido pela restrição determinada.

Por fim, cabe ainda fazer uma distinção entre serendipidade de primeiro e segundo grau. A *serendipidade de primeiro grau* diz respeito ao fato que está na mesma situação histórica de vida do delito investigado, ou seja, tem uma relação de conexão ou continência com o mesmo. Já quanto a fatos não conexos ou quando não há continência, pode-se falar em *serendipidade de segundo grau*, pois os fatos não estão inseridos na mesma situação histórica de vida do delito originário.[5]

2.2. Admissibilidade processual da prova fortuitamente obtida

Não sendo regulada pelo ordenamento, a questão da prova encontrada ao acaso não possui consenso na doutrina e jurisprudência, principalmente com a ampliação do uso das interceptações telefônicas nos últimos anos.

Apesar das ressalvas quanto à comparação e à importação de modelos e questionamentos estrangeiros, como uma vez já exposto por Ada Pellegrini[6], cabe,

4. Cf. LOPES, Anderson Bezerra. Op. cit., p. 195.
5. GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. 2009. Disponível em: [ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090316100443595]. Acesso em: 07.11.18.
6. "Todos aqueles que se aprestam a uma obra de síntese, na base de alguns ordenamentos ou grupos de ordenamentos jurídicos, devem conhecer os perigos que se corre em

antes de se dedicar à análise da jurisprudência e doutrina nacional sobre o tema, trazer uma breve exposição do tratamento da serendipidade em alguns países.

O ordenamento alemão já conta com a previsão dos encontros fortuitos em interceptações telefônicas em seu texto, fruto de debates entre doutrina e jurisprudência desde a década de 1970. O § 100b, inciso V, do Código de Processo Penal admite a utilização de informações fortuitamente obtidas como prova em outros processos se delas resultarem informações cruciais para esclarecimento de delito tipificado no § 100a[7]. Assim, admite-se a utilização da informação apenas se necessária para a apuração de algum dos crimes de catálogo contidos no § 100a.

Quanto ao último requisito, o Supremo Tribunal Federal (BGH) tem se orientado no sentido de admitir a valoração de informações fortuitas fora dos crimes de catálogo desde que presente conexão processual entre o conhecimento fortuito fora do delito de catálogo e o delito que foi objeto inicial da medida.

Vale destacar ainda que essa vinculação só é necessária quando se fala na utilização da informação como prova emprestada em outro processo, não havendo proibição de valoração de conhecimentos fortuitos no mesmo processo que apareceram. Quando inexistente a conexão processual, o conhecimento fortuito é válido apenas para iniciar nova investigação.[8]

---

qualquer tentativa de comparação jurídica. À dificuldade de colheita de dados, e do idioma, acrescenta-se aquela dos problemas, dos conceitos, das ideias. Questões ainda vivas e atuais para os juristas de um determinado ordenamento podem representar problemas já superados para os estudiosos de outros; conceitos que têm, para alguns, um sentido preciso podem tomar outro, incerto ou inteiramente diverso, para os demais; ideias operantes no plano de interpretação e da evolução do direito, em alguns países, podem configurar lugares comuns para outros etc." (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982. p. 113).

7. Ver LOPES, Anderson Bezerra. *Os conhecimentos fortuitos de prova no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 178-186.

8. Ressalta-se que na decisão do BGH de 1998, que decidiu pela validade probatória de conhecimentos ao acaso apenas quanto aos crimes de catálogo, "o BGH entendeu que, numa interceptação telefônica que tinha por objeto investigar a ação criminosa de tráfico de drogas, revelou-se a prática de crimes lenocínio e tráfico de seres humanos, os quais não eram crimes do catálogo e, embora apresentassem conexão com o crime catalogar de associação criminosa, esse não era o crime objeto da investigação, sendo portanto inadmissível valorar estes conhecimentos fortuitos" (SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. *A inconstitucional utilização dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas como prova emprestada*. Disponível em: [www.publicadireito.

De maneira semelhante, em Portugal, a Lei 48, de 29 de agosto de 2007, alterou dispositivos do Código de Processo Penal, incluindo os conhecimentos fortuitos no artigo 187, n. 7[9]. No caso português, é permitida a valoração da informação superveniente em outro processo, a ser instaurado ou que já esteja em curso, se relativa aos delitos de catálogo contidos no n. 1 do artigo citado e, de forma mais restritiva que o ordenamento alemão, diante de um limite subjetivo para a utilização dos mesmos, *in casu*, a medida deve ter sido decretada contra suspeito ou arguido, intermediário ou vítima que tenha dado seu consentimento. No entanto, o artigo permite a utilização dos conhecimentos ao acaso para início de novas investigações, considerando que a redação do dispositivo não despreza o que dispõe o artigo 248 do Código de Processo Penal português.

Quanto à jurisprudência portuguesa, nota-se que, antes da própria alteração legal, já decidia no sentido de afastar a possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos fora dos crimes de catálogo ou que não demonstrassem a imprescindibilidade para obter outras informações referentes ao delito, ainda que fosse possível o exercício do contraditório.[10] O fundamento levantado é que, ao se aproveitar os conhecimentos em qualquer situação, admitir-se-ia a criação de um sistema para interceptações em crimes que o legislador não permitiu esse meio de obtenção de prova, burlando a própria norma legal para justificar a invasão na privacidade nos cidadãos.[11]

---

com.br/artigos/?cod=ded693405194bd81]. Acesso em: 14.04.2019). Ver, também, LOPES, Anderson Bezerra. *Os conhecimentos fortuitos de prova no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 228-232.

9. "Sem prejuízo do disposto no artigo 248º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de intercepção de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n. 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n. 1" (PORTUGAL. Decreto-lei 78/87, de 17 de fevereiro de 1987. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&artigo_id=&tabela=leis&ficha=101&pagina=&nversao=&so_miolo=]. Acesso em: 14.04.2019).

10. Ac. TRC de 16.05.2007, CJ, 2007. T3. pág. 52. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&artigo_id=&tabela=leis&ficha=101&pagina=&nversao=&so_miolo=]. Acesso em: 14.04.2019.

11. Alguns julgados ilustram essa posição: "Ac. TRP de 18.06.2014: [...] II. Para que as escutas telefónicas sejam autorizadas exige-se, para além da verificação dos restantes pressupostos legais, que se investigue, pelo menos, um dos chamados crimes do «catálogo». III. Se, entre os crimes que legitimaram as escutas e aquele pelo qual o arguido veio a ser acusado, não há qualquer conexão para efeitos do disposto no artigo 24º, n. 1, do CPP, ou não há qualquer unidade processual investigatória, no sentido

Ao contrário dos exemplos supra, onde a ideia de crimes de catálogo implica a existência de uma lista taxativa de delitos nos quais a interceptação telefônica é autorizada (por exemplo, crimes de lavagem de dinheiro, fraude, falsificação,

de pertencerem a uma mesma situação histórica de vida, os conhecimentos ou dados obtidos da investigação dos primeiros crimes têm-se como conhecimentos fortuitos em relação ao crime pelo qual o arguido foi investigado. IV. Inexistindo a dita conexão e/ou a referida unidade processual investigatória, arquivado o inquérito quanto aos denominados crimes do «catálogo», não podem os conhecimentos obtidos com as escutas legalmente autorizadas, que são considerados como conhecimentos fortuitos, ser valorados em relação ao crime que subsiste e que não é do «catálogo». V. Ainda que se entenda que tais conhecimentos são considerados como conhecimentos de investigação, quer porque o crime para que se pretende usar os dados recolhidos nas escutas não é crime de catálogo, quer porque todos os crimes de catálogo, que estiveram na origem e fundamento das escutas autorizadas nos autos, caíram no despacho final do inquérito com o respectivo arquivamento, quer porque os factos relativos ao crime que subsiste não estão numa relação de concurso ideal e aparente com os crimes que motivaram e legitimaram a investigação por meio da escuta telefónica, quer porque não é delito que esteja numa relação de comprovação alternativa com os crimes que motivaram e legitimaram a investigação por meio de escuta telefónica, quer porque não se coloca a questão de aparecer como finalidade ou actividade de uma qualquer associação criminosa, quer porque não estamos face a formas diferentes de autoria ou cumplicidade num crime que esteve na origem e fundamento das escutas autorizadas nos autos, quer porque não estão em causa diferentes formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação, nada justifica que os dados legalmente obtidos por meio de escutas telefónicas sejam extensíveis à prova dos factos do crime que não é do «catálogo»" e "Ac. TRL de 10.03.2009, CJ, T2, p. 138: I. Tendo sido autorizada a realização de escutas telefónicas no âmbito da investigação da eventual prática de um crime de corrupção, p. e p. pelo art. 374º, n. 1, do CP, sem que tenha sido recolhida, por meio das escutas, qualquer informação relevante sobre tal crime, mas sim daquele pelo qual os arguidos vieram a ser acusados – o crime de burla simples, p. e p. pelo art. 217º, n. 1, do CP, para cuja prova o MP pretende aproveitar as escutas – estamos do domínio dos denominados «conhecimentos fortuitos». II. A aceitar-se a possibilidade de aproveitamento das escutas nessas circunstâncias, estaria a admitir-se um sistema fácil de escutas em relação a qualquer crime, ordenando-se a realização das mesmas por um crime de catálogo e aproveitando-as, mesmo que tal crime não se confirmasse, para demonstrar uma série de crimes em relação aos quais o legislador não quis admitir esse meio de obtenção de prova, por entender não se justificarem as intromissões na esfera privada dos cidadãos que dele sempre resultam. III. Referindo-se os «conhecimentos fortuitos» a crime não abrangido pelo catálogo legal e não estando demonstrada a indispensabilidade desse meio de obtenção de prova para a descoberta da verdade, não é admissível a sua valoração" (Ambos acórdãos disponíveis em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&artigo_id=&tabela=leis&ficha=101&pagina=&nversao=&so_miolo=]. Acesso em: 14.04.2019).

entre outros), no Brasil, o artigo 2º da Lei 9.296/96 apresenta requisitos negativos para a autorização da diligência, o que, de pronto, já indica uma quebra na lógica da excepcionalidade dada pela Constituição.

Ao estabelecer um critério que exclui apenas as contravenções penais e os crimes punidos com detenção, o legislador, por certo, não correspondeu à intenção do Texto constitucional de condicionar o procedimento excepcional à lei. A ponderação entre quais crimes seriam tão graves que poderiam justificar a restrição a um direito fundamental deveria ter sido realizada pelo legislador, sendo esse ponto uma crítica preponderante na doutrina nacional.[12]

Nesse contexto, como o ordenamento pátrio não possui disposição específica sobre o tema, é necessário avaliar como solucionar a problemática do ponto de vista do tratamento dado ao tema pelos aplicadores do Direito nacionais. Como ponto de partida, analisa-se, a seguir, as principais posições dos Tribunais Superiores quanto ao prazo das interceptações e a admissão da serendipidade após a Lei 9.296/96.

No Supremo Tribunal Federal, uma das principais decisões colegiadas que trata diretamente do encontro fortuito em interceptação é o *Habeas Corpus* 83.515-5/RS, de relatoria do Ministro Nelson Jobim.[13]

---

12. "É evidente o excesso do legislador brasileiro, que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e, em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação" (GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 435). A autora ainda assevera que o juiz, no caso concreto, deve observar o critério da proporcionalidade entre a restrição do direito fundamental e a gravidade do delito apurado ao analisar a ordem de interceptação. Greco Filho estabelece que o parâmetro a ser utilizado para definir a gravidade da infração deve ser as normas legais vigentes que tratam certos delitos como mais gravosos, como a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Prisão Temporária (GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. Considerações sobre a Lei 9.296/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37).

13. "É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, *caput*, da L. 9.296/96. [...] Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da

Quanto ao prazo da interceptação, a decisão esclarece que a prorrogação da medida é lícita, principalmente quando se trata de fatos complexos, afinal não seria razoável a duração máxima de 30 dias. Destacou a necessidade de devida fundamentação por parte do juiz, demonstrando o esgotamento de outros meios de obtenção de prova para que se utilize a interceptação como *ultima ratio*. Por fim, trouxe a ideia de licitude da interceptação para crimes conexos, mesmo que punidos com detenção.

Entretanto, mostra-se significativo o voto do Ministro Marco Aurélio, que destaca a importância de se interpretar historicamente a disposição do artigo 5º da Lei 9.296/96.[14] Acertadamente, pondera que a prorrogação não pode ser autorizada esquecendo-se que a regra é a privacidade como direito constitucional, sob pena de se banalizar o instituto. Alerta para a obrigação de se adotar rigor na interpretação dos textos legais que disciplinam a medida, principalmente em época de "caça às bruxas"[15]. O alerta feito pelo Ministro é expressivo quando se pensa na Operação Lava Jato, tema a ser tratado adiante.

O posicionamento quanto à falta de limitação temporal da medida permaneceu ao longo do tempo. A título de exemplo, quando da análise do caso de esquema de venda de sentenças no estado de São Paulo, alvo da "Operação Anaconda", o Supremo manteve seu posicionamento sobre a renovação temporal por múltiplas vezes, fundamentando que o delito em questão – apuração de organização criminosa – possui um alto grau de complexidade, motivação por vezes repetida como fundamento para a admissão da prova obtida após várias realizações da diligência.[16]

Nesse mesmo julgado, o Relator observa que

> "[...] o objetivo daquelas interceptações telefônicas não está dissociado dos crimes supostamente cometidos pelo paciente, não se podendo falar em conhecimento fortuito de fato em tese criminoso, estranho, portanto, ao objeto das investigações."

L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem esses conexos com crimes punidos com detenção. [...].

14. 'Art. 5° A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que *não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*'." (Grifo nosso).
15. STF, HC 83.515-5/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 16.09.2004.
16. STF, HC 84.388-3/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., DJ 26.10.2014.

Assim, diferencia conhecimento fortuito de conhecimento da investigação, avaliando que, no contexto do caso concreto, não teria havido um desvio causal da medida inicial, sendo uma das primeiras decisões que analisa o aspecto da admissão das informações eventualmente obtidas como prova.

Validando a tese de ligação entre o que foi originalmente deferido e as informações encontradas, a jurisprudência passa a utilizar a ideia de conexão entre o crime que ensejou a decretação da medida e o fato encontrado[17]. Seguindo num sentido de cada vez mais flexibilização em nome da complexidade dos delitos investigados, o Tribunal passa a admitir inclusive a utilização como prova de delitos punidos com detenção[18], contra disposição expressa do artigo 2º da Lei que regula a parte final do inciso XII.

Recentemente, a despeito de toda a regulação da limitação da medida, o STF vem admitindo a informação encontrada ao acaso como prova para todo e qualquer crime ou sujeito, mesmo que não incluído na decretação da diligência, desde que a interceptação tenha sido originalmente válida.[19] A serendipidade é admitida de forma irrestrita pela Suprema Corte, admitindo que as informações fortuitas sejam utilizadas como fundamento para outras ações penais[20], demonstrando uma maleabilidade quanto à admissibilidade da informação, principalmente levando-se em conta que os delitos pelos quais o Tribunal é convocado a se manifestar são de criminalidade econômico-financeira.

---

17. No HC 84.224/DF, julgado em 27.02.2007, o Ministro Gilmar Mendes flexibiliza, ainda, a necessidade de conexão quando o crime investigado é associação criminosa ou terrorismo.

18. Nesse sentido: STF, AI 626.214 AgR/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., DJ 21.09.2010; STF, RHC 120.111/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., DJ 11.03.2014.

19. STF, RHC 117.825/AM, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., DJ 08.03.2016. Essa posição da Corte ficou evidente no julgamento do Inquérito 3.732/DF, julgado em 08.03.2016. No caso em questão, a interceptação telefônica foi determinada por juiz incompetente, razão pela qual foi decretada a nulidade da prova fortuita e de todas as outras dela decorrentes, utilizando a teoria dos frutos da árvore envenenada, não sendo possível continuar com a ação penal, tendo em vista que não haviam mais elementos comprobatórios indiciários de autoria e materialidade.

    Outra decisão no mesmo sentido é a do *Habeas Corpus* 106.152/MS, na qual a Ministra Rosa Weber destaca que a interceptação autorizada após realização de diligências, de forma a confirmar informações prestadas em denúncia anônima, é lícita, sendo os indícios fortuitos de prática de outros crimes mais relevantes plenamente admissíveis processualmente.

20. STF, HC 137.438/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ 26.05.2017.

No Superior Tribunal de Justiça, a questão da serendipidade foi veiculada no Informativo de Jurisprudência 539 (15.05.2014)[21]. Tal posicionamento não era novidade no contexto do Tribunal, tendo em vista que a validade da prova de crime diverso, obtida por meio de encontro fortuito em interceptação de terceiro não mencionado na autorização judicial, já era permitida pelo STJ, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da diligência.[22]

No mesmo sentido que o STF, o Superior Tribunal de Justiça passa a afirmar que a interceptação telefônica válida permite que as pessoas ou os eventuais delitos descobertos no curso do meio de obtenção sejam admissíveis como prova. Dessa forma, não é mais necessária a conexão entre os fatos, ainda que o delito fortuito não cumpra os requisitos autorizadores da medida (mesmo que o crime seja punido com detenção), desde que não ocorra desvio de finalidade na interceptação original.[23]

Da análise das principais decisões proferidas pela Corte Constitucional explanadas supra, conclui-se que, para o Supremo Tribunal Federal, as provas obtidas em encontro fortuito são admissíveis desde que a medida originária seja lícita, não importando os requisitos estabelecidos pela Lei 9.296/96, como , por exemplo, o delito encontrado ser punido com reclusão. Além disso, o Tribunal não estabeleceu um prazo máximo de duração para as prorrogações da medida, valendo-se da ideia de complexidade dos delitos alvo de investigação.

Nota-se, ainda, que a indispensabilidade dos requisitos de conexão e continência foi sendo relativizada com o decurso do tempo, principalmente com a análise, em cada caso, de operações complexas envolvendo crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e associação criminosa. O posicionamento do STJ se alinha ao do STF, não havendo uma maior fundamentação da razão

21. "DIREITO PROCESSUAL PENAL. DESCOBERTA FORTUITA DE DELITOS QUE NÃO SÃO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO. O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Precedentes citados: HC 187.189-SP, Sexta Turma, *DJe* 23.08.2013; e RHC 28.794-RJ, Quinta Turma, *DJe* 13.12.2012. HC 282.096-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24.04.2014."

22. STF, HC 33.462/DF, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 07.11.2005.

23. STJ, APn 690/TO, Rel. João Otávio de Noronha, Tribunal Pleno, DJ 15.04.2015; HC 125.636/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., DJ 17.11.2015; HC 376.927, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJ 17.10.2017.

de se adotar tal entendimento na evolução jurisprudencial, valendo-se apenas da utilização de precedentes por meio da mera juntada de ementas em cada acórdão para embasar a decisão. Assim, pode-se concluir que o entendimento que prevalece é a admissão da serendipidade, tanto de primeiro quanto de segundo grau, pela jurisprudência.

Na doutrina, o problema da admissibilidade processual das informações fortuitas se manifesta de diversas maneiras. Para Eugênio Pacelli, a prova pode ser admitida sem restrições, na mesma via do entendimento do STF e do STJ, uma vez que não é a conexão que justifica a licitude da prova. Para ele, uma vez autorizada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade, não se justifica recusar a prova de quaisquer outros delitos, separando a autorização para a quebra de sigilo e o aproveitamento do conteúdo da intervenção.[24]

Em que pese a fundamentação dada pelo autor, a autorização da quebra de sigilo e o aproveitamento processual se confundem, uma vez que não se pode violar a privacidade quanto a determinados delitos, levando-se à ilicitude do uso como prova processual, conforme se depreende do próprio texto legal e constitucional.

Essa forma de admissão da utilização do conteúdo obtido por meio de interceptações telefônicas como prova em delitos descobertos ao acaso ou para pessoas cuja autorização inicial não possuía previsão é, por certo, muito ampla. Não parece ser a mais correta interpretação a ser dada ao conteúdo da interceptação telefônica como prova em investigação ou processos penais. O artigo 5º, XII, da CRFB/88 é claro: o sigilo das comunicações telefônicas deve ser regra e sua restrição deve ser excepcional, regulamentada por lei.

A Lei 9.296/96 não disciplina o encontro fortuito, o que, por si só, já impediria a utilização dos conhecimentos ao acaso, tendo como base o respeito ao princípio da legalidade em matéria penal e processual penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*).

Entretanto, trabalhando-se com a ideia de proporcionalidade, acredita-se não poder desprezar totalmente o encontro imprevisto de outros delitos ou sujeitos que não foram alvo da autorização inicial da diligência. Na ponderação entre bens juridicamente protegidos, nesse caso, se coloca na balança a proteção ao direito à intimidade e privacidade *versus* a proteção de bens alvo de crimes complexos, como os de criminalidade *macroeconômica* e de criminalidade organizada.

24. PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. [Minha Biblioteca]. Disponível em: [integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014556/]. São Paulo: Atlas, 2018. p. 37.

Em um primeiro momento, poder-se-ia crer que a prova derivada do encontro fortuito em interceptação telefônica pode ser utilizada em crimes punidos por reclusão, considerando que o legislador ordinário permitiu a quebra do sigilo das comunicações apenas a esses delitos. Mesmo que existente a informação sobre o crime punido com detenção, sobre infração penal de menor potencial ofensivo ou sobre contravenção, não poderia essa servir como prova nem base para a condenação.[25] O fundamento da limitação seria evitar que o Poder Judiciário manipule a norma para capturar provas de outra infração, quando, na verdade, foi provocado para manifestar-se sobre fato determinado.

Entretanto, observa-se que o rol de delitos da Lei 9.296/96 não é taxativo, o que abre uma margem ampla de intervenção em delitos que não seriam justificadamente graves. Assim, a permissão se mostraria desproporcional quando comparada à medida pela qual foi encontrada.[26]

Apesar de afastada pelos autores supra, a conexão e continência entre os delitos é a situação de limitação mais encontrada na doutrina nacional. Depreende-se da leitura de autores como Luiz Flávio Gomes[27] e Vicente Greco Filho[28] a utilização do conceito de conexão e continência de forma abstrata e ampla, o que faz com que se entenda que se valem do conceito contido nos artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal.

25. PRADO, Geraldo. *Limites às interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

26. Nesse sentido, Ada Pellegrini sustenta que o aproveitamento processual deve ser realizado apenas em relação a crimes de igual ou superior gravidade ao crime originalmente interceptado, considerando que o rol da Lei 9.296/96 não é um rol taxativo (GRINOVER, Ada Pellegrini. "Captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Prova Ilícita". In: *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 645-673).

27. Luiz Flávio Gomes dispõe que, além da verificação do vínculo entre as infrações ou sujeitos, deve ser averiguado se a infração é passível de interceptação, nos termos da Lei 9.296/96. Para o jurista, a informação pode ser admitida apenas como *notitia criminis*, que pode levar a outras investigações e até mesmo à prisão em flagrante pelo encontro fortuito (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 193-194 apud CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação telefônica*. 3. edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99-100).

28. Vicente Greco Filho não vê nenhum limite para a utilização da prova obtida na diligência quanto aos sujeitos que se relacionem ao fato que justificou a interceptação e também adota a relação de conexão e continência, acrescentando o concurso de crimes como hipótese de relação entre os fatos investigados. Entretanto, não admite extensão a fato desvinculado da medida original (GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. Considerações sobre a Lei 9.296/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015).

O artigo 76 do Código de Processo Penal traz as regras de competência por conexão[29], que exige a prática de dois ou mais crimes, em pluralidade de agentes ou não. O primeiro inciso trata da conexão intersubjetiva, propiciando a reunião de processos quando praticadas infrações por vários agentes, de forma simultânea, concursal ou por reciprocidade, com a finalidade de evitar decisões contraditórias sobre um mesmo fato. O segundo inciso reúne processos que possuem conexão teleológica, permitindo um exame mais profundo e amplo dos fatos e da responsabilidade penal. O último inciso tem como única finalidade o exame do acervo probatório, sendo uma reunião meramente instrumental, regida pela lógica da economia processual e celeridade.

A continência, regrada pelo artigo 77 do Código de Processo Penal[30], também busca evitar contradição nas decisões, podendo envolver apenas uma infração ou não. No inciso I do artigo 77 reúne-se as pessoas acusadas para julgamento simultâneo. Já no inciso II a reunião é determinada pela ficção normativa, eis que esse faz alusão aos delitos realizados em concurso formal, erro na execução e resultado diverso do pretendido (atualmente, artigos 70, 73 e 74 do Código Penal).

Considerando que a reunião processual com fundamento na economia processual não demonstra que há ligação entre as informações obtidas, Aury Lopes Jr. restringe a interpretação da expressão, amplamente utilizada, apenas aos casos de conexão evidente, compreendida como a conexão presente no inciso II do artigo 76. Quanto ao emprego do inciso I do artigo, reduz o entendimento de conexão apenas para a modalidade de concurso de agentes para a prática de dois ou mais crimes. Entretanto, caso haja desvio causal da medida originalmente determinada, assevera que, mesmo que a maior parte da doutrina admita que a prova obtida seja *starter* de uma nova investigação, o procedimento estaria

29. "Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração."

30. "Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I – duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II – no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal."

contaminado de ilicitude: "Isso gera um paradoxo insuperável: a prova é ilícita (despida de valor probatório, portanto) em um processo, mas vale(ria) como notícia-crime em outro [...]".[31]

Por outro lado, há quem defenda que a admissibilidade dos encontros fortuitos como prova seja uma espécie de premiação do acaso, já que se fosse formulado um pedido de interceptação naquela hipótese, ele seria indeferido. Assim, as provas alcançadas por meio do encontro fortuito não seriam válidas, sendo vistas como uma forma de burlar a norma processual[32].

Por fim, para autores como Luiz Francisco Torquato Avolio[33], a utilização da interceptação como prova nas hipóteses de conexão e continência é válida, não havendo, entretanto, motivos para admitir o uso como *notitia criminis* de fato ou pessoa que desvia do objeto inicial da investigação, considerando que não há como garantir que a notícia-crime seja lícita da mesma maneira que a interceptação deferida. Para esse autor, a única hipótese cabível seria a prisão em flagrante em crime permanente, baseada no critério da proporcionalidade, sendo qualquer outra inclusa na ideia de interceptação prospectiva (sem motivação concreta, para buscar um fato incriminador).

Observa-se que, apesar da ampla preocupação, a doutrina não é igualmente capaz de impor limites ao uso das informações fortuitas obtidas por meio de interceptação telefônica, se esquecendo, na maioria das vezes, de considerar a excepcionalidade da medida e a vinculada necessidade de se ater ao princípio da legalidade na apuração de ilícitos penais.

2.3. Da necessidade de maior limitação da admissibilidade processual da prova fortuitamente obtida

Os diversos posicionamentos sobre a admissão como prova das informações descobertas ao acaso não enfrentam os problemas práticos frente ao contido na Lei 9.296/96 e ao preceituado pela Constituição Federal. Há uma euforia na utilização das informações obtidas na quebra do sigilo telefônico, principalmente com a investigação de delitos importantes do ponto de vista do Estado, como corrupção e tráfico de drogas.

31. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 384-392.
32. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação telefônica*. 3. edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105.
33. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 189.

Vale observar que, principalmente quando se fala da criminalidade econômico-financeira, há uma investigação preliminar completamente invasiva, que se utiliza das medidas cautelares como meio exclusivo de investigação, sucedâneo ao inquérito policial, que é instaurado apenas como formalidade para utilização dessas medidas, sem o lastro probatório mínimo relevante para sua instauração.

Consequentemente, essas medidas cautelares, que possuem como objetivo obter fontes materiais de prova, são meios de investigação extraprocessuais, não passam pelo contraditório e são alvo de servidores públicos diversos dos sujeitos que deviam figurar no processo.

Tais métodos de investigação, chamados de métodos ocultos de investigação por Manoel da Costa Andrade, explorados de forma massiva na criminalidade econômico-financeira, "causam verdadeira ruptura do paradigma processual penal haurido no ideário da Ilustração, calcado na sua *estrutura acusatória* e no estatuto de *sujeito processual* do acusado" (destaque nosso).[34]

As consequências diretas da utilização exacerbada dos mesmos é

> "[...] (i) o esgarçamento das tradicionais garantias liberais clássicas do Direito Processual Penal; (ii) a multiplicação, em termos quantitativos e de potencial invasivo, dos meios de restrição a direitos fundamentais; (iii) a oscilação do pêndulo político e legislativo na direção da tutela do poder punitivo e dos interesses sociais securitários."[35]

Dessa forma, a tendência de uso massivo de métodos ocultos de investigação, sob a escusa de ser necessário realizar cada vez mais esforços no combate à criminalidade, principalmente quando se trata de "crimes de colarinho branco", deturpa a lógica do processo penal e da ordem constitucional, tendendo à concentração dos esforços na investigação, preponderando-se a presunção da culpabilidade, em detrimento das garantias constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência.

Por conseguinte, ao se analisar a admissibilidade das provas fortuitamente obtidas, deve haver cautela por parte do Poder Judiciário, sob pena de se caminhar, cada vez mais, rumo a um Processo Penal do Inimigo.[36]

---

34. MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2016. p. 220. Disponível em: [dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22].

35. Idem.

36. Diogo Malan explica o processo penal do inimigo a partir da teoria de Günther Jakobs, penalista germânico que estabeleceu a distinção entre o Direito Penal do Cidadão

Vamos nos ater a dois problemas principais relacionados à admissibilidade das informações obtidas de forma fortuita em uma interceptação telefônica cautelarmente deferida: a obediência ao princípio da legalidade da medida e a latente problemática em relação a falta de prazo máximo para prorrogações da interceptação.

2.3.1. O princípio da legalidade e o aproveitamento das provas fortuitas

O princípio da legalidade é o princípio base para o modelo garantista de sistema punitivo, tendo em vista que busca coibir excessos por parte do aplicador da lei, sobretudo, por ferir um bem jurídico tão importante, que é a liberdade do cidadão, uma das principais bases do Estado Democrático de Direito. A vinculação à lei é um modo de legitimação da atuação estatal, que estabelece previamente por que punir e como julgar, de modo a dar segurança aos cidadãos e permitir a previsibilidade das condutas.[37]

No modelo acusatório, a gestão da prova é incumbida às partes, sendo assegurado que o juiz não deve possuir iniciativa probatória para assegurar a imparcialidade no processo. Isso significa que há uma clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, garantindo respeito ao acusado e às suas garantias.[38]

Do ponto de vista da quebra do sigilo das interceptações telefônicas, nota-se que o papel do julgador é o de aplicar a norma contida na Lei 9.296/96 conjuntamente com a intenção do legislador constitucional ao redigir o artigo 5º, XII, *in fine*, da Magna Carta.

A Constituição Federal de 1988 traçou em seu próprio texto a perspectiva de se limitar, por via ordinária, o sigilo das comunicações telefônicas, mantendo

(*Bürgerstrafrecht*), que prepondera as esferas de liberdade, e o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), que potencializa a proteção a bens jurídicos. Por sua vez, o Processo Penal do Inimigo deixa de lado a atividade cognitiva do Juízo imparcial, incorporando, na sua atuação, elementos do modelo inquisitorial de processo. As características desse processo são "a conotação partidária do acusador e do órgão jurisdicional e a transformação do processo penal em instrumento da luta contra a criminalidade organizada" (MALAN, Diogo. Processo Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 59, mar.-abr. 2006. p. 226). Destaca-se, ainda, que os instrumentos de investigação característicos desse modelo são secretos e que devassam a intimidade não só do suspeito, mas de todos aqueles que possuem relações com o mesmo.

37. Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2002.

38. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 93-94.

uma restrição qualificada do direito fundamental à intimidade e à vida privada, com o objetivo de resguardar o direito individual frente a outrem. Impôs a jurisdicionalidade, relacionada à exigência de um provimento jurisdicional e à obediência das garantias aplicáveis; a legalidade, estabelecendo que apenas a lei pode regular as hipóteses e a forma como se dará a quebra do sigilo; e a finalidade específica de servir como meio de obtenção de prova para investigação criminal ou processo penal.

O sopesamento entre o sacrifício do sigilo das comunicações e a necessidade da prova criminal é feito por um juízo de necessidade e indispensabilidade quando se trata dos conhecimentos fortuitos. Mas a restrição indevida do direito fundamental à privacidade e à intimidade figura como violação às próprias garantias. Por isso, o terreno das informações fortuitas em interceptações telefônicas é perigoso.

Pois bem. Ao se avaliar a admissibilidade processual dos conhecimentos fortuitos deve-se recorrer ao critério, expressamente, estabelecido pelo legislador, qual seja, a legalidade da medida, por meio da obediência do disposto na norma reguladora da parte final do art. 5º, XII, da Constituição Federal.

Atenta-se para a existência de crimes de catálogo, ou seja, a ideia de um rol no qual a interceptação telefônica seria permitida. Sem aprofundar na crítica realizada pela doutrina quanto à falha do legislador em estabelecer um requisito negativo quanto aos crimes passíveis de sofrer a constrição[39], o inciso III do artigo 2º da Lei 9.296/96 permite, por exclusão, que as interceptações telefônicas sejam admitidas apenas quanto aos crimes punidos com reclusão.

Dessa maneira, em exata obediência à opção do legislador por determinados crimes, não se pode admitir, conforme vem entendendo a jurisprudência, que a medida seja aproveitada quanto aos crimes punidos com detenção ou contravenções penais. Além do desrespeito ao critério legal, falta proporcionalidade ao admitir o uso como prova dos conhecimentos ao acaso quanto a delitos dessa natureza, levando em conta que o uso da interceptação é medida excepcionalíssima.

Quanto aos delitos punidos com reclusão, observe-se que a admissibilidade processual deve ser observada do ponto de vista da vinculação do delito descoberto com a medida originariamente determinada. Assim, quando se trata da restrição do uso da prova em casos de conexão e continência, como bastante utilizado pela doutrina, o crime ou sujeito descoberto ao acaso não é propriamente

39. Ver GRINOVER, Ada Pellegrini. "O regime brasileiro das interceptações telefônicas". In: *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 435-437.

um conhecimento fortuito, pois ele se relaciona de alguma forma à situação histórica de vida da investigação.

O conhecimento objetivo se refere ao conhecimento de elementos de um novo crime, não previsto quando da decretação da medida inicial, quanto ao sujeito que sofreu a constrição original. Caso o delito tenha relação com a situação histórica de vida da investigação originária, o conhecimento obtido ao acaso é um conhecimento da investigação, derivado da autorização da "interceptação-mãe". Nesse caso, a admissibilidade processual da prova não vem de sua natureza fortuita, mas da sua íntima ligação com a investigação primitiva.

Se o que acontece é o conhecimento de outro delito, que não possua nenhuma relação com a medida original, que não pôde ser previsto na fundamentação da restrição, não se pode aceitar que as informações obtidas por meio da interceptação valham como prova, diante do déficit de motivação.[40]

Quanto ao conhecimento fortuito subjetivo, entendido como descoberta de sujeito diverso do submetido à medida originária, cabe observar o disposto no inciso I do artigo 2º da Lei 9.296/96. A indicação dos indícios de autoria ou participação é um pressuposto formal e necessário, que não pode ser desprezado na admissão probatória que sequer é regulada pela lei. Assim, o terceiro eventualmente descoberto não foi alvo da ponderação judicial sobre restrição do direito fundamental, não podendo ser utilizada como prova a informação obtida por meio da interceptação telefônica.

Presentes novas informações sobre pessoa diversa ou crimes diversos, o ideal é a reanálise do material conforme a Lei 9.296/96, verificando-se a presença de todos os requisitos – incluindo se o delito fortuito se insere nos crimes de catálogo e se não há outra forma de se apurar o fato.

Não havendo previsão legal sobre conhecimento fortuito mesmo quanto a crimes do catálogo do art. 2º, III, da Lei 9.296/96, não há o que legitime que as informações sejam válidas como provas nos delitos descobertos ao acaso, não devendo ser admitidas quanto ao delito encontrado, nem mesmo como *notitia criminis*. Afinal, caso seja admitida tal utilização, já se está valorando e dando aproveitamento processual a uma informação que não possuiria qualquer legitimidade processual. O ideal é a ausência total de eficácia probatória quanto ao encontro fortuito objetivo e subjetivo.[41]

40. Nesse sentido: LOPES, Anderson Bezerra. *Os conhecimentos fortuitos de prova no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 275.

41. No mesmo sentido: LOPES, Anderson Bezerra. *Os conhecimentos fortuitos de prova no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

A exceção admissível quanto ao conhecimento fortuito de crime não excluído pelo inciso III é a situação de flagrância delitiva revelada por meio da medida, permissão decorrente de uma análise sistemática da Constituição Federal, que afasta a autorização judicial para os casos de flagrante delito em seu artigo 5º, LXI:

> "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei."

Essa é a única hipótese em que a valoração do conhecimento fortuito pode ser utilizada, dentro dos parâmetros do ordenamento brasileiro.

2.3.2. O problema do prazo das interceptações telefônicas

A Lei de Interceptações Telefônicas possui redação confusa ao dispor sobre o prazo de duração da medida. É claro que o prazo da diligência é de 15 dias, mas a forma como o artigo foi redigido não esclarece se a medida é passível de prorrogação. Em uma leitura superficial, a medida seria prorrogável uma vez, por igual prazo, se demonstrada a necessidade para a comprovação do objeto alvo de investigação. Assim, o prazo máximo de duração seria o de 30 dias.[42]

Entretanto, majoritariamente, tal período é visto como muito reduzido para os fins da investigação, considerando que, por vezes, a prova necessária pode não ser encontrada nesse lapso temporal. Assim, admite a doutrina que a medida seja prorrogável, desde que devidamente justificada.

Note-se que a regra é o sigilo das comunicações telefônicas. Não é razoável que, portanto, mesmo que devidamente fundamentada, a interceptação seja duradoura, sob pena de se tornar regra aquilo que é, em sua essência, exceção.

O ponto chave para o entendimento da ilicitude da prova obtida mediante interceptações prorrogáveis sucessivamente é o julgamento do *Habeas Corpus* 76.686/PR, de relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2008. A jurisprudência tinha se firmado no sentido de admissibilidade de interceptações sucessivas, "desde que comprovada a

42. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 218-219 apud CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação telefônica*. 3. edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 133.

indispensabilidade da diligência, não ficando limitada a uma só, como poderia sugerir a literalidade do artigo 5º da Lei 9.296/96".[43]

Na decisão supra, o STJ entendeu pela desproporcionalidade das interceptações sucessivas, sem lapso temporal máximo, levando em conta que a medida é uma exceção. Aproveitou-se ainda do entendimento de Geraldo Prado[44], que estabelece um prazo temporal máximo para a diligência consoante interpretação conforme a Constituição:

> "O resultado da aplicação da tese deste trabalho ao acórdão citado consiste em concluir que a solução encontrada pelo tribunal, admitindo sucessivas prorrogações de interceptações telefônicas, no lugar de definir o prazo máximo de 30 dias (15 dias, prorrogável uma vez por mais 15), como única interpretação do artigo 5º da Lei 9.296/96, conforme a Constituição, equipara a restrição (provisória) do direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas à suspensão (temporária) do sigilo das mencionadas comunicações, tratando mais gravemente situação jurídica que,, por expressa previsão constitucional não é equiparável em gravidade àquelas que estão sujeitas ao estado de defesa (artigo 136 da Constituição da República). Fere-se o princípio da razoabilidade e se afasta da interceptação sistemática da Constituição, concedendo primazia à função de segurança pública em detrimento do papel assinalado ao juiz pela Carta de 1988, tal seja, o de garantidor de direitos fundamentais."[45]

Dessa maneira, discorda-se do posicionamento amplamente utilizado pela jurisprudência, que admite a prorrogação por "razoável prazo", desde que haja decisão exaustivamente fundamentada. O atual posicionamento de admitir a prorrogação de 15 em 15 dias, por prazo razoável, entendido como o necessário para a devida reunião de elementos imprescindíveis sobre o fato, abre ampla margem de atuação para o julgador, pois o conceito de razoável é aberto.

Nesse sentido, essa compreensão encontra séria dificuldade quando se observa que, de uma medida que originalmente duraria 15 dias, podem ser encontrados novos sujeitos ou delitos, em um verdadeiro desvio da finalidade original.

---

43. LISBOA LOPES, Bráulio. Ilicitude da prova obtida mediante sucessivas prorrogações de interceptação telefônica: mudança de entendimento da Sexta Turma do STJ. *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 14, jan./jun., 2010. p. 230.
44. PRADO, Geraldo. *Limites às interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
45. STJ, HC 76.686/PR, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª T., DJ 09.09.2008.

A problemática da falta de prazo máximo e o uso de um termo vago para definir até que ponto a medida é legal enfrenta a própria ideia, trazida pela Constituição, de excepcionalidade da medida regulada de forma *estrita* pela lei. Como preleciona Gustavo Badaró: "nenhuma restrição a direito fundamental pode ser ilimitada, sob pena de transformar a simples *restrição* em *supressão* do direito afetado[46]" (destaque do original).

Deixar à discricionariedade do magistrado a definição da razoabilidade da medida não é a melhor opção por estar se falando da tutela da liberdade do indivíduo e do direito penal utilizado como *ultima ratio* em um Estado Democrático de Direito. Na ausência de disposição legal clara, deve ser feita interpretação à luz da Constituição da República.

Da forma como o ordenamento se encontra, o prazo máximo de duração das interceptações telefônicas deve ser o prazo de 60 dias, já que esse é o prazo máximo de duração da medida em hipótese excepcional de Estado de Defesa, onde o sigilo é relativizado. Se em uma situação tão grave quanto a do artigo 136, § 2º, da CRFB/88 existe um limite máximo temporal, não há razão para, na versão da Lei 9.296/96, a medida ser sucessivamente prorrogada, se estendendo por meses e até por anos.

Cabe destacar que, se aceito um tempo maior de limite às interceptações, poderia se prejudicar o próprio direito à defesa do investigado/acusado. A quantidade de informação acumulada não possibilitaria que a parte pudesse analisar e verificar seu conteúdo, não produzindo um efetivo contraditório quanto ao material coletado, mesmo que estendido o prazo de manifestação defensorial quanto ao contido na monitoração.

A partir do 61º dia da medida, tem início o período de ilegalidade. Por conseguinte, não podem ser admitidas processualmente após o período em que se inicia o excesso, nem a informação vinculada à investigação inicial, nem a informação fortuita propriamente dita.

Observa-se que esse entendimento pode ser aplicado tanto na hipótese trazida pela jurisprudência, de que o encontro fortuito é legítimo e admissível quando a medida originária não padecer de vícios, quanto na hipótese apresentada neste estudo, da necessária existência de relação entre o fato primitivo e o derivado da

46. BADARÓ, Gustavo. A busca da verdade no processo penal e os seus limites: ainda e sempre o problema do prazo de duração da interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 202.

investigação, lembrando-se que os encontros fortuitos objetivo e subjetivo são completamente inadmissíveis. Findo o prazo máximo, toda e qualquer informação se insere em um contexto de contrariedade às normas constitucionais e legais, além de extrapolar a essência da restrição qualificada dada pelo legislador constitucional, devendo ser rechaçadas do processo.

3. O encontro fortuito de provas e a gênese da Operação Lava Jato

A utilização de interceptações telefônicas como meio de obtenção de prova é cada vez mais frequente na realidade dos tribunais brasileiros. Considerada uma excepcionalidade pela Constituição Federal de 1988, há uma banalização da utilização de interceptações telefônicas pelo Judiciário. Os vácuos legislativos, apontados de forma crítica pela doutrina, ajudam no deferimento da medida por magistrados de forma a criar anomalias como a prática da "barriga de aluguel[47]". Nesse jogo, os encontros fortuitos são avaliados e valorados sem a percepção da sua ilegalidade original, em nome de preceitos maiores, como o "interesse

47. Cabe colacionar observação feita por Alexandre Morais da Rosa e Thiago M. Minagé: "No entanto, nossa prática forense possui desvios de validade quedando-se ainda para o ranço inquisitorial que predomina o âmbito jurídico prático processual, ou seja, é possível que, no decorrer da interceptação lícita, surjam indicativos de outros crimes envolvendo terceiros. Nessas hipóteses, será necessário verificar se não houve o desvio de finalidade, especialmente a denominada 'barriga de aluguel'. No caso de compartilhamento, modalidade de prova emprestada, via encontro fortuito, necessária a verificação do liame probatório e da possibilidade excepcional de sua validação democrática, quase sempre impossível, dado os requisitos de deferimento e especificidades.

    A prática denominada 'barriga de aluguel', verdadeira modalidade de *doping*, procede-se de dois modos distintos: a) inclui-se entre os terminais alvo um 'cabrito', ou seja, numeral que é obtido ilegalmente ou sem registro 'quente', aproveitando-se que está interceptado para se fazer ligações aos alvos que se pretende incluir nas investigações. O estratagema consiste em que o sistema de captação de áudio e dados passa a ser monitorado 'por tabela'. Com isso, o terminal é incluído na investigação de maneira ilegal; e b) em face de investigação lícita, são incluídos terminais estranhos ao objeto, com o fim de – aparentemente – 'esquentá-los'. […]

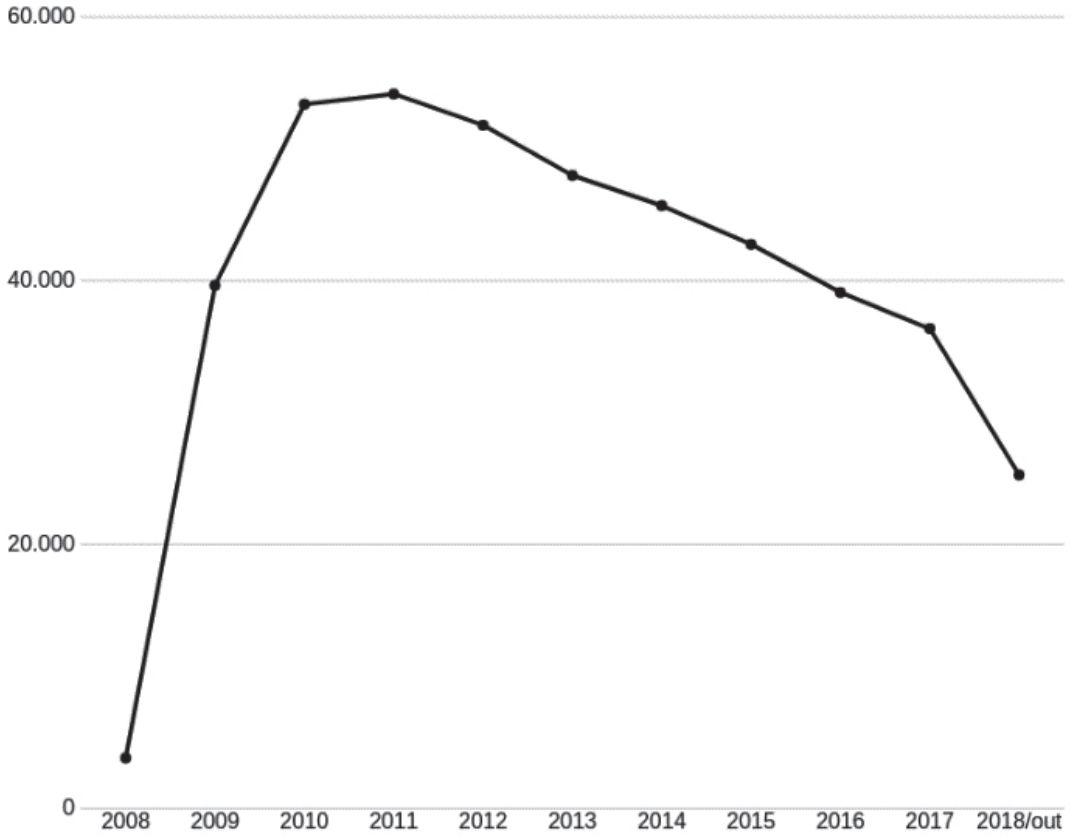
    O compartilhamento do resultado da interceptação, no campo do 'encontro fortuito', é controverso, especialmente quando se manipula o alvo, além de ser modalidade anômala de produção probatória" (ROSA, Alexandre Morais da; MINAGÉ, Thiago Miranda. Interceptação telefônica: O jogo (sujo) na interceptação: compartilhamento e barriga de aluguel. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 25-26).

público" e a "defesa da sociedade", submetendo os atores a um jogo inquisitorial que não deve (ou não deveria) fazer parte da lógica do Processo Penal.

A exposição pela Revista "Veja" do abuso de interceptações clandestinas/ilegais, em 2007, deu início à Comissão Parlamentar de Inquérito das Escutas Telefônicas Clandestinas. Unindo esforços com a CPI, o CNJ editou a Resolução 59, fazendo mais considerações em relação ao procedimento das interceptações telefônicas e monitorando a utilização do recurso no país, que antes não possuía nenhum dado registrado para verificação da sua existência quantitativa.

Nesse ínterim, o CNJ passou a divulgar informações sobre a medida no Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas[48]. Apesar da obscuridade nas legendas dos dados divulgados no site, cabe destacar as seguintes informações:

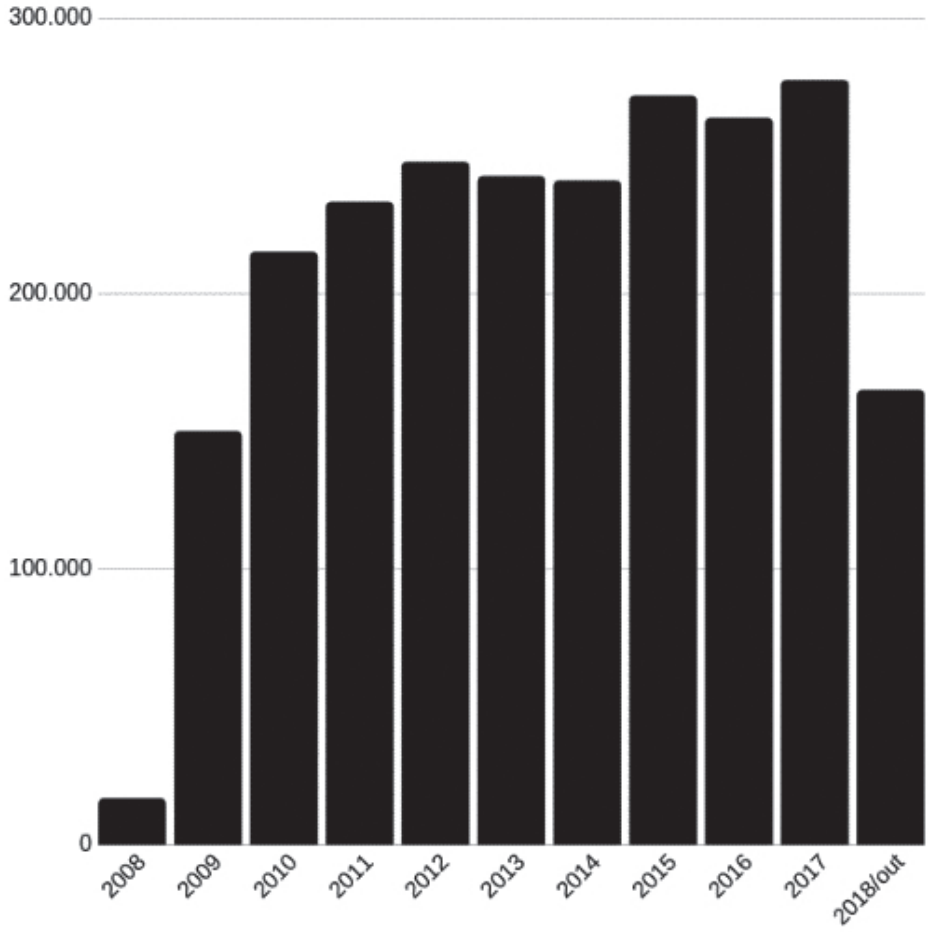
Gráfico 1 – Total 1 = Quantidade de ofícios expedidos



Fonte: Elaborado pela própria autora com base nas informações do Sistema Nacional de Controle de Interceptações. Disponível em: [www.cnj.jus.br/interceptacoes_tel/relatorio_quantitativos.php].

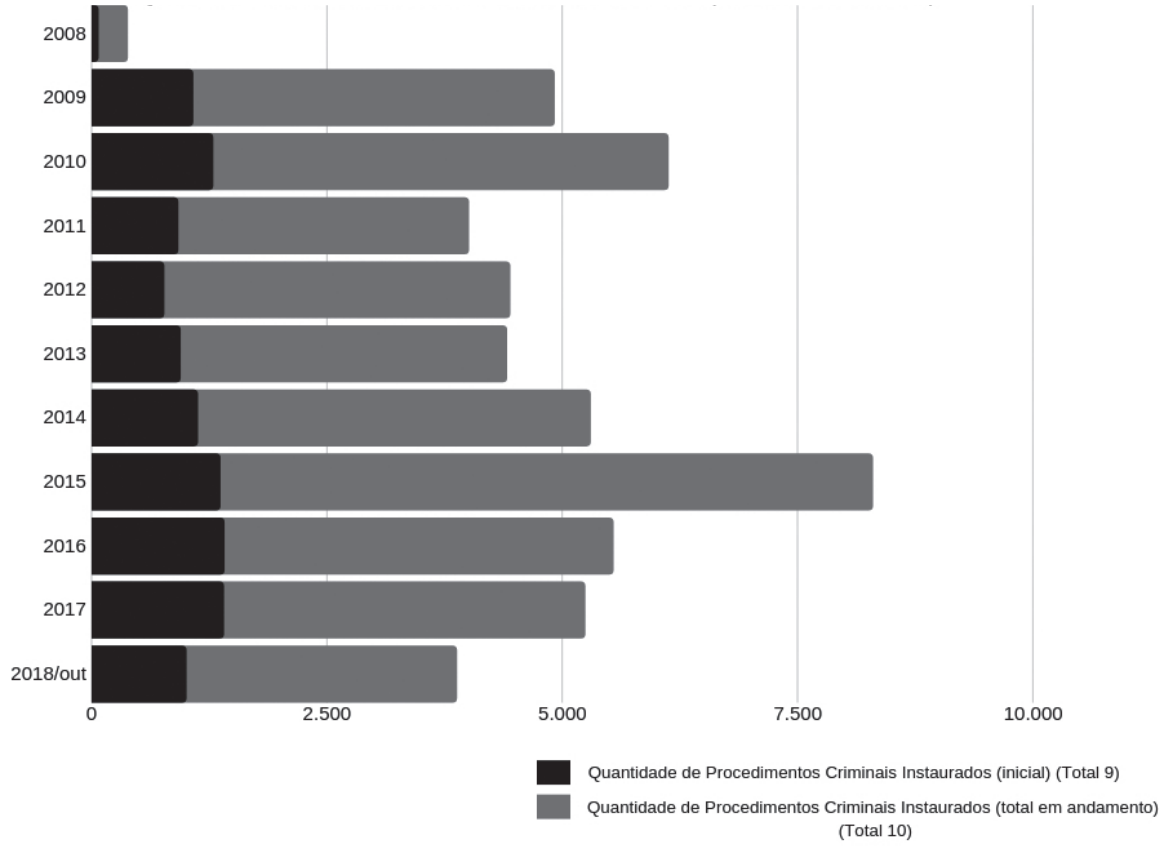
48. Disponível em: [www.cnj.jus.br/sistemas/interceptacoes-telefonicas].

Gráfico 2 – Total 5 = Quantidade de telefones monitorados (total em andamento)



Fonte: Elaborado pela própria autora com base nas informações do Sistema Nacional de Controle de Interceptações. Disponível em: [www.cnj.jus.br/interceptacoes_tel/relatorio_quantitativos.php].

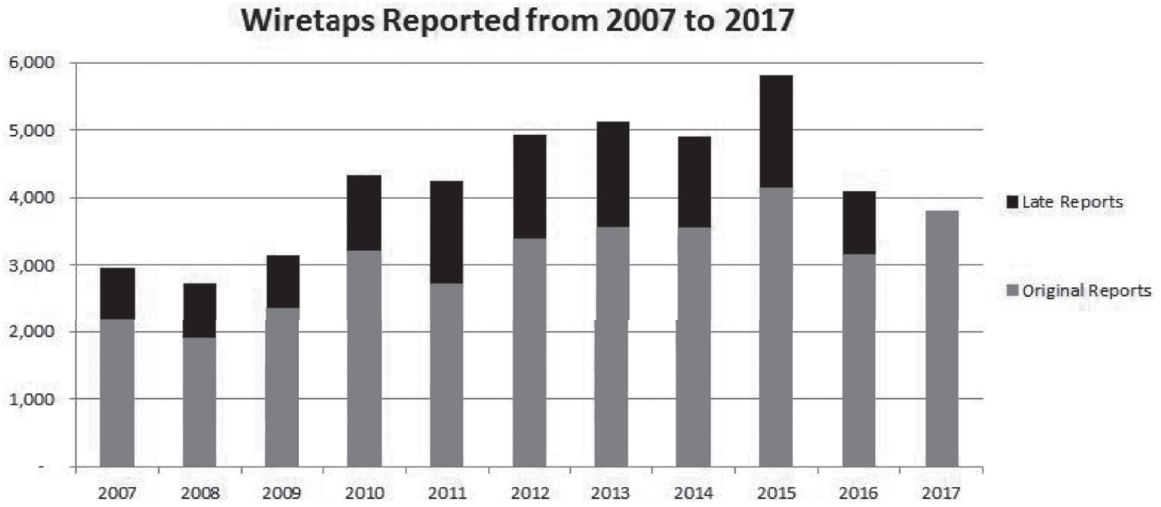
Gráfico 3 – Total 9 (Quantidade de procedimentos criminais instaurados – inicial) x Total 10 (Quantidade de procedimentos criminais instaurados – em andamento)



Fonte: Elaborado pela própria autora com base nas informações do Sistema Nacional de Controle de Interceptações. Disponível em: [www.cnj.jus.br/interceptacoes_tel/relatorio_quantitativos.php].

Com base nos dados supra, pode-se notar que o número de interceptações telefônicas deferidas no país é altíssimo, considerando que, por exemplo, nos Estados Unidos, em 2017, o número de interceptações federais e estaduais registradas foi de 3.813, apresentando um aumento em 20% em relação ao ano anterior. As informações sobre a quantidade de interceptações autorizadas de 2007 a 2017 pode ser vislumbrada no seguinte gráfico:

Gráfico 4 – Interceptações autorizadas de 2007 a 2017



Fonte: [www.uscourts.gov/statistics-reports/wiretap-report-2017].

A quantidade de terminais monitorados perto do número de procedimentos criminais em andamento a cada ano não é proporcional com o que se espera da utilização da medida, o que demonstra que seu uso como meio excepcional de obtenção de prova é ignorado pelo Judiciário.

A CPI das Escutas Telefônicas concluiu pela banalização das interceptações telefônicas no Brasil, sendo esse o diagnóstico tanto para as interpretações legais quanto para as ilegais, redigindo um Anteprojeto de Lei, de 2009, para melhor regulamentar a parte final do inciso XII do artigo 5º da CRFB/88. O Anteprojeto enumera quais seriam os crimes passíveis de interceptação, os requisitos obrigatórios do pedido, estabelece prazo de duração de 30 dias, passível de prorrogação por períodos iguais, até o máximo de 180 dias, exceto em caso de crime permanente. Destaca-se, ainda, o artigo 29[49], que traz a regulamentação legal para o aproveitamento processual das informações fortuitamente obtidas. Entretanto, até a elaboração do presente trabalho, não há sinais da nova legislação sobre o tema.

49. "Art. 29. Os resultados das operações técnicas realizadas nos termos desta Lei não poderão ser utilizados para a instrução de processos ou investigações relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi dada, salvo quando se tratar de crime conexo.

Parágrafo único. Se no decorrer da operação surgir forte indício da existência de outro crime, que não lhe seja conexo, mas que preencha os 381 requisitos estabelecidos no art. 20, a autoridade policial deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis."

Com base no diagnóstico geral das interceptações telefônicas no país, observa-se o risco existente na utilização das informações obtidas por meio dessa forma de obtenção de prova, principalmente quando do encontro eventual de outros suspeitos ou outros delitos no curso da diligência.

Um dos casos atuais mais emblemáticos de aproveitamento processual de informações obtidas por meio de interceptações telefônicas é a "Operação Lava Jato". Longe de se avaliar o mérito da investigação quanto aos casos de corrupção e lavagem de dinheiro, analisa-se a utilização das interceptações telefônicas como meio de obtenção de prova com base na terceira sentença proferida[50], tendo em vista que é a decisão que melhor esclarece a utilização da prova pelo juízo, sendo seus fundamentos utilizados de forma idêntica nos vereditos posteriores.

Por meio do relatório do juiz da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, observa-se que a investigação de origem foi iniciada nos inquéritos 2006.700001 8662-8 e 2009.7000003250-0, onde se apurava crime de lavagem de dinheiro em Londrina – PR. Nos anos de 2008 e 2009, o ex-deputado federal José Mohamed Janene teria investido recursos de origem duvidosa na empresa Dunel Indústria e Comércio LTDA, por meio da CSA Project Finance LTDA.

Rastreando a origem dos valores investidos em Londrina, foram identificados depósitos de Angel Serviços Terceirizados LTDA e de Torre Comércio de Alimentos LTDA, empresas, em tese, controladas por Carlos Habib Chater, depósitos esses realizados em quantias bastante altas.

Essa parte é um ponto de relativa obscuridade quanto às informações prestadas em relação à "investigação-mãe". Pelo relatório do juiz, existiam indícios de crime de lavagem de capitais, utilizando as duas empresas citadas para o cometimento do delito, razão pela qual foi autorizada, em 11.07.2013, a interceptação telefônica e telemática de Carlos Habib Chater, de seus subordinados e de seus associados. Tal decisão foi proferida nos autos 5026387-13.2013.404.7000.

Em consulta ao site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o processo de investigação está protegido por sigilo, não sendo possível a visualização da fundamentação da decisão de autorização da interceptação telefônica, ou seja, não há como estabelecer uma relação entre os indícios de autoria e materialidade abordados pelo magistrado e os fatos concretos, nem é possível se verificar os motivos de prorrogação da interceptação ao longo do tempo.

50. Ação Penal, processo 5026243-05.2014.404.7000, 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, juiz Sergio Fernando Moro, DJ 22.10.2014. Disponível em: [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentenca-5026243-05-2014-404.7000]. Acesso em: 07.11.2018.

Ainda segundos as informações do relatório do juiz, a interceptação de Chater e seus agregados foi prorrogada sucessivamente até 17.03.2014. No curso da diligência, foram identificados indícios de novos delitos, além da lavagem de capitais. O magistrado sustenta a legalidade das prorrogações por meio da utilização da ementa de precedentes, quais sejam, a decisão de recebimento da denúncia no Inquérito 2.424/RJ, de 2008, e o HC 99.619/RJ, de 2012, ambos do STF.

Como bem destacado por Leonardo Augusto Marinho Marques[51], os acontecimentos que vinculam a investigação de 2009 aos eventos de 2013 permanecem no sigilo e eventual conexão não foi esclarecida. De maneira quase instantânea, foi encontrada de forma fortuita outros operadores do mercado de câmbio, que realizariam transações com e da mesma forma que Chater. Assim, nasciam as Operações Lava Jato, Dolce Vita, Bidone e Casa Blanca, relacionadas a Chater, Nelma Mitsue Penasso Kodama, Alberto Youssef e Raul Henrique Srour, respectivamente.

No curso das interceptações, foi descoberto o envolvimento do ex-diretor da Diretoria de Abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa, por meio da doação de um veículo da marca Land Rover, modelo Evoque, feita por Alberto Youssef.[52]

Observa-se que a principal crítica a ser tecida quanto à "investigação-mãe" da Lava Jato (utilizando tal termo para se referir à operação que se conhece hoje) é a utilização das interceptações telefônicas sem limite temporal específico e, consequentemente, o uso de forma desmedida da serendipidade em segundo grau nos autos.

A falta de limitação para as prorrogações sucessivas, no caso aqui utilizado como exemplo, abriu margem para a descoberta fortuita de diversos sujeitos, bem como de outros crimes com contexto por certo diverso dos indícios iniciais. A primeira interceptação, autorizada quanto a Carlos Habib Chater, foi deferida no contexto investigatório de rastreio do capital empregado quanto às investigações de 2009. Analisada a linha do tempo da Lava Jato, é incompreensível como

51. MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a Lava Jato? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, p. 205-117, 2016.

52. A informação da doação é divulgada pelo Ministério Público Federal, sem informação de peça processual respectiva que faça alusão ao evento citado. Disponível em: [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/investigacao/historico/por-onde-comecou].

os crimes relacionados à Petróleo Brasileiro S.A. chegaram ao conhecimento dos investigadores sem um desvio causal da medida inicial.[53]

Nesse contexto, cabe destacar as observações feitas por Diogo Malan, quando da análise da Lei 12.850/13, também pertinentes às interceptações telefônicas disciplinadas pela Lei 9.296/96:

> "Já para Friedrich Dencker, as principais características dos métodos ocultos de investigação são amplitude, segredo e ausência de âmbitos-tabu.
>
> Tal amplitude pode ser entendida em pelo menos duas acepções: (i) quanto à quantidade, tendo em vista que o catálogo previsto no artigo 3º da Lei 12.850/13, na prática, é meramente exemplificativo, não excluindo meios de investigação atípicos (v.g. pagamento de "verba secreta de informante" a particular pela Polícia Federal); (ii) no que tange às pessoas afetadas pela medida, que incluem não só o próprio investigado e eventuais coautores e partícipes, mas também terceiras pessoas que integram o círculo de relações sociais do primeiro grupo.
>
> O segredo desse arsenal de medidas decorre do seu caráter dissimulado e sub-reptício, sendo oponível tanto ao próprio investigado quanto ao seu Defensor técnico (por se tratarem de medidas cautelares processadas inaudita altera parte, nos termos do artigo 282, § 3º, *ab initio* do Estatuto Processual Penal).

53. No mesmo sentido, tratando da questão da competência da 13ª Vara Criminal Federal, Leonardo Augusto Marinho Marques: "A princípio, essa doação teria ocorrido mediante pagamentos feitos por terceiros. Duas observações se tornam extremamente relevantes, nesse ponto, por terem consequências imediatas no mundo jurídico: (a) o diálogo captado indicava um *indício razoável* de corrupção, que certamente precisava ser investigado; (b) mas, tratava-se de um *indício precário*. Naquele momento, a informação sobre a doação do veículo não poderia ser associada ao esquema de corrupção endêmico na Petrobras, que mais tarde seria desvendado. Por que essas duas observações seriam tão importantes? Primeiro, porque essa doação indicativa de corrupção, provavelmente, não ocorreu no Paraná. Segundo, porque os elementos delimitadores do juízo competente estão circunscritos no tempo e nas circunstâncias daquele diálogo revelador. *O objeto da investigação primária e o objeto impreciso da investigação secundária – impreciso, porque vinculado àquela prova obtida fortuitamente, ainda sujeita à melhor compreensão – deviam ter ser imediatamente sopesados*. A identificação do juízo natural antecede qualquer diligência. *Não se constatando relação direta entre o objeto das duas investigações e tendo os fatos ocorridos em lugares diversos, haveria elementos suficientes, à primeira vista, para se justificar que a nova investigação, derivada do encontro de provas, também se desenvolvesse no Paraná?* Essa é uma pergunta ainda sem resposta" (grifo nosso) (MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a Lava Jato? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, 2016. p. 209).

> Por ausência de âmbitos-tabu se entende o efeito dessas medidas de suprimir diversas das tradicionais regras de proibição probatória características do Processo Penal democratizado.
>
> Por exemplo, os direitos fundamentais do investigado: (i) à prestação estatal de informação sobre o seu direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*); (ii) à inviolabilidade das suas comunicações pessoais ou telefônicas com seu Advogado, médico ou cônjuge etc."[54]

Como não se mostram conhecimentos derivados da investigação, conforme exposto nesse trabalho, as informações utilizadas foram verdadeiros encontros fortuitos, completamente inadmissíveis processualmente, não podendo sequer embasar notícia-crime. Diante da fragilidade dos indícios e da total ausência dos requisitos ensejadores para o prosseguimento das interceptações telefônicas, nos termos da Lei 9.296/96, não há como conferir a elas valor processual.

Entretanto, as informações foram utilizadas para persecução criminal de diversos outros agentes em vários outros delitos (por exemplo, tráfico internacional de drogas no processo 5025687-03.2014.404.7000/PR[55]). Os diálogos foram valorados como prova nos autos, não apenas na sentença aqui em análise, mas em uma série de outras decisões proferidas pelo juiz da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Apesar de o magistrado dizer que o valor atribuído à prova é mínimo, ainda assim a utilização das mesmas tem impacto processual.

Mesmo que admitida a hipótese de serendipidade de segundo grau realizada pelo magistrado, a interceptação durou de 11.07.2013 a 17.03.2014, ou seja, por mais de oito meses a autoridade policial ouviu cada uma das conversas vinculadas a Carlos Habib Chater, sejam pessoais, profissionais ou que não tinham nenhuma ligação com o que deveria estar sendo apurado.

Apesar de o juiz utilizar como fundamento as decisões do STF que autorizam prorrogações sucessivas por um prazo razoável, já foram aqui expostos os perigos da falta de limitação temporal da medida. No caso, a prorrogação sucessiva foi provocando encontros fortuitos dentro de outros encontros fortuitos, não

54. MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2016. p. 221-222. Disponível em: [dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22].

55. Ação Penal, processo 5025687-03.2014.404.7000, 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, juiz Sergio Fernando Moro, DJ 20.10.2014. Disponível em: [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/arquivo-23-sentenca].

havendo mais uma ligação delimitada com o objeto inicial de investigação, o que não é, precisamente, a intenção do legislador constitucional ao permitir a quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Dentro do contexto das descobertas ao acaso, simultâneo às interceptações, foi utilizada a quebra de sigilo bancário e fiscal – o que salta aos olhos quando se confronta tais meios de obtenção de prova com o requisito do art. 2º, II, da Lei 9.296/96.

Foram ainda utilizados outros meios de obtenção de prova, como busca e apreensão, colaborações e delações premiadas e o uso de prisão preventiva e temporária. Tais medidas só foram possíveis porque, ouvindo as conversas por vários meses, foram encontrados novos delitos e novos agentes, conforme a própria decisão do magistrado nos autos do pedido de busca e apreensão criminal 5001438-85.2014.404.7000/PR.[56]

Assim, a policialização da investigação, com hipertrofia da polícia judiciária, provoca uma ruptura, não abrupta, mas cada vez mais latente, da fronteira entre prevenção e repressão. A estratégia policial, na maioria das vezes, é a utilização de ações com caráter midiático e simbólico, cumprindo mandados de forma exagerada em diversos locais, com dezenas de agentes amparados por diversos (e desnecessários) aparatos bélicos.

Essas atividades, acompanhadas pela mídia e alvo de ampla divulgação pelos órgãos oficiais, deturpam a finalidade inicial e declarada da ação, qual seja, a colheita de provas antes da possibilidade de destruição ou adulteração, ultrapassando os institutos processuais penais do Estado Democrático de Direito e atribuindo de forma antecipada a culpa aos suspeitos.

---

56. "Além da interceptação, *contém a investigação as provas resultantes das quebras de sigilo fiscal e bancário das contas das empresas e pessoas relacionadas a Carlos Habib Chater e aos demais investigados*: [...], quebra de sigilo bancário de contas relacionadas à Nelma Kodama; [...], quebra de sigilo bancário de contas relacionadas à Rene Luiz Pereira; quebra de sigilo bancário de contas relacionadas a Clayton Rinaldi de Oliveira; [...], quebra de sigilo bancário de contas relacionadas a Carlos Habib Chater; e [...] quebra de sigilo bancário de contas relacionadas a associados dos investigados. *A representação policial por prisões provisórias e buscas é resultado dessas investigações*" (grifo nosso). Pedido De Busca e Apreensão Criminal, processo 500143885.2014.404.7000, 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, juiz Sergio Fernando Moro, DJ 17.02.2014. Disponível em: [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/decisoes-da-justica/documentos/01-1438-85_evento-24-desp1_decisao-das-prisoes--e-buscas-da-operacao-lava-jato]. Acesso em: 07.11.2018.

Imagine, entretanto, se o resultado da diligência fosse negativo: não fossem encontrados outros sujeitos, nem outros delitos e não se confirmassem os (frágeis e obscuros) indícios que deram ensejo à autorização. Seria razoável a duração da medida quando confrontada com o direito sacrificado? Além disso, a evolução dos casos não demonstraria, mais a frente, lesão a outras garantias?[57]

Nesse diapasão, o obscurantismo inquisitório do caso concreto, com aproveitamento da vaga regulamentação legal e da chancela do Poder Judiciário quanto ao aproveitamento processual do encontro fortuito, torna a Operação Lava Jato um procedimento mais complexo do que deveria ser, eis que, com o desrespeito ao primado pela Constituição, sacrificou-se o direito à intimidade e à privacidade de diversos indivíduos, em nome da primazia do interesse público e do combate à corrupção. Como se sabe, o Direito Penal deveria ser o último canal de solução desse tipo de conflito social.

Os desdobramentos dos eventos, baseados em uma violação inicial de direitos e garantias, e a utilização indevida da admissibilidade das provas fortuitamente obtidas sacrifica os pilares básicos do Direito Processual Penal, a despeito do que tenta coibir. A relação entre os encontros fortuitos e a Operação Lava Jato pode ser resumida pela seguinte frase: "A história recente das operações da Polícia Federal demonstra que, muitas vezes, a volúpia em condenar se transforma em nulidade. E, de uma hora para outra, quem posava de mocinho, transforma-se em vilão".[58]

Considerações finais

O ponto chave do presente trabalho foi a ponderação entre a utilização de informações obtidas ao acaso em um meio de obtenção de prova que já é legalmente

57. A título de exemplo, Geraldo Prado tratou dos poderes instrutórios do juiz quando da instrução, percebendo problemas quanto à imparcialidade (PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 122, p. 135-169, 2016). Já Gustavo Badaró vislumbrou óbices quanto à garantia do juiz natural nos processos relacionados à Lava Jato (BADARÓ, Gustavo. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 122, p. 171-204, 2016).

58. ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a lógica do juiz Moro na Lava Jato*. 2015. Disponível em: [emporiododireito.com.br/leitura/para-entender-a-logica-do-juiz-moro-na-lava-jato]. Acesso em: 03.11.2018.

restrito e a proteção de direitos e garantias fundamentais, sobretudo, o direito à intimidade e à privacidade.

A quebra do sigilo das comunicações telefônicas é um meio que só pode ser utilizado de forma excepcionalíssima, bem fundamentada e vinculada de forma absoluta à lei. O encontro fortuito não encontra previsão nas normas do direito pátrio, o que, por si só, impediria sua utilização. Entretanto, fazendo uma leitura conforme a Constituição, buscou-se possibilitar a utilização das informações obtidas para investigação criminal ou instrução processual penal.

Após uma breve análise da disciplina em outros países, observou-se que a jurisprudência caminha num sentido de cada vez mais flexibilização dos requisitos contidos na Lei 9.296/96, utilizando como justificativa a dificuldade de descobrimento e comprovação de certos delitos, principalmente relacionados aos chamados "crimes de colarinho branco". Já a doutrina não encontra consenso até o presente momento, estando inclinada a não desprezar os conhecimentos fortuitos, mas sem esclarecer se podem ser valorados no processo ou se bastam apenas como *notitia criminis*.

Conclui-se que, atualmente, a interceptação se tornou a rainha das provas, como o foi uma vez a confissão, porém o procedimento daquela não permite que o interlocutor saiba que está autoincriminando. Nessa conjuntura, há de se atentar cada vez mais para a proteção dos direitos do indiciado/acusado, sob pena de se flexibilizar a ideia original do legislador constituinte ao permitir a exceção sem restrições na inviolabilidade das comunicações.

A falta de limites objetivos, subjetivos e temporais para a utilização das interceptações telefônicas como meio de obtenção de prova, conforme chancelado pela jurisprudência, extrapola a ideia de excepcionalidade inerente ao instituto. Da mesma maneira, o critério de conexão e continência não é suficiente para coibir o uso da prova, eis que desvirtua os preceitos contidos, principalmente, no artigo 2º da Lei 9.296/96.

O entendimento mais correto em relação aos encontros fortuitos é observar a relação dos mesmos com a situação histórica de vida da investigação. Dois aspectos são fundamentais a serem observados: a fortuitidade, consistente no encontro realmente casual e acidental das informações; e a não vinculatividade, considerada como o caráter residual dos conhecimentos, alheios ao tema da investigação. Caso não seja uma descoberta acidental, a prova é ilícita, pois foi provocada propositalmente.

Note-se que, quando relacionada à situação histórica da investigação, a prova não é fortuita, mas sim vinculada à investigação original. Por isso, os co-

nhecimentos derivados da investigação original seriam admissíveis, desde que presentes os requisitos da Lei 9.296/96 também quanto a eles. Já os conhecimentos sem nexo causal com a medida original seriam completamente inadmissíveis, devendo ser totalmente excluídos do processo. Afasta-se ainda a hipótese de servirem como *notitia criminis*, considerando que não podem influenciar em nada, como se nunca tivessem existido.

Quanto ao outro problema significativo, qual seja, a prorrogação da medida e o prazo máximo de duração, note-se que a melhor opção, da forma como se encontra a legislação atual, é o estabelecimento do prazo máximo de 60 dias, decorrentes de sucessivas prorrogações até esse patamar. A falta de limitação, como admite a jurisprudência com o uso da expressão prazo razoável, confronta a própria Constituição, que, em situações excepcionais de Estado de Defesa e Estado de Sítio, estabelece tal prazo como máximo para a suspensão dos direitos tutelados. Assim, um encontro fortuito do 61º dia em diante estaria maculado pela ilicitude, o que acaba sendo a hipótese da maioria dos casos de serendipidade.

Se a finalidade do processo penal em um Estado Democrático de Direito é assegurar a defesa do acusado e a participação das partes consoante as garantias constitucionalmente firmadas, ou seja, por meio do devido processo legal, onde se respalda a atuação do Poder Judiciário no deferimento da utilização das informações obtidas por meio de interceptação telefônica como prova no caso de conhecimentos fortuitos?

Tal questionamento é relevante, considerando, por exemplo, a ampliação das categorias de crimes passíveis de ter a restrição como prova, mesmo que a lei não permita interceptação quanto aos mesmos, como no caso dos crimes punidos com detenção, conforme entendimento mais recente dos Tribunais Superiores. Na maior parte das decisões do Supremo Tribunal Federal, o sacrifício dos direitos fundamentais de defesa processual é fundamentado em nome de um bem maior: "o interesse público" e a "contenção da criminalidade".

Para além disso, a complexidade da admissibilidade processual, mesmo como notícia-crime, fica escancarada quando se analisa a Operação Lava Jato, fruto de encontro fortuito subjetivo e objetivo. Há uma renúncia evidente das garantias processuais em nome de uma seletividade específica, uma utilização dos meios de investigação com uma finalidade distinta da que deveria se prestar. Jessé Souza, em "*A elite do atraso*: da escravidão à Lava Jato", mostra que o encontro fortuito de alguns agentes é "socialmente relevante", ao mesmo tempo em que, quando da descoberta do envolvimento de outros sujeitos, afasta-se a aplicação do entendimento da admissibilidade dos encontros fortuitos, pois não há relevância

processual ou nexo causal quanto aos mesmos.[59] Por fim, mostra-se ainda inconcebível que a Lei 9.296/96 seja usada a bel-prazer do magistrado, que aceita o sigilo da diligência quanto a alguns atores – como o caso aqui analisado – e, ao mesmo tempo, disponibiliza para a mídia áudios que envolvem dois ex-presidentes da República, colocando em xeque sua imparcialidade nos autos.

Dessa maneira, a desobediência ao pressuposto formal da legalidade nos casos de quebra de sigilo telefônico vem se mostrado uma medida de estratégia para o julgador, que a utiliza de maneira discricionária, com seus atos chancelados pelos Tribunais Superiores, aumentando o âmbito de incidência do Direito Penal e Processual Penal, com base na própria ineficiência estatal de fiscalização. Como preconiza Juarez Cirino dos Santos:

> "Se um procedimento clandestino de investigação criminal, autorizado por exceção à regra da *inviolabilidade das comunicações*, lesiona os princípios constitucionais superiores (a) do *devido processo legal*, mediante radical negação da *igualdade de armas* entre acusação e defesa; (b) do *contraditório*, que define o espaço exclusivo de produção da prova válida no processo penal, indispensável para avaliação crítica da legalidade da prova pela acusação e defesa; (c) da *ampla defesa*, excluída da produção de prova criminal clandestina, da qual não pode participar; (d) da *proteção contra autoincriminação*, mediante invasão enganosa ou ardilosa das esferas garantidas da privacidade e da intimidade do cidadão; (e) da *presunção de inocência*, substituída por odiosa *presunção de culpa* contra o cidadão, então o procedimento da *interceptação de comunicações telefônicas*, instituído em direta oposição a garantias constitucionais superiores do cidadão no processo penal, é *inconstitucional*."[60] (Destaques do original).

Nesse contexto, a forma como vem sendo aproveitadas as informações fortuitamente obtidas evidencia o abuso e o desvio da função primordial dos institutos clássicos do Direito. A banalização das interceptações telefônicas e o esquecimento proposital da excepcionalidade da medida leva a um desrespeito, em cadeia, de princípios em base constitucional superior, em nome de um populismo penal e da ideia de um "inimigo comum", que deve ser combatido de maneira imediata, sacrificando o devido processo penal na luta contra, principalmente, a criminalidade organizada. O retorno a um subsistema que traz de volta o uso

59. SOUZA, Jessé. *A elite do atraso*: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

60. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Interceptações telefônicas são constitucionais?* 13.05.2015. Disponível em: [www.justificando.com/2015/05/13/interceptacoes-telefonicas-sao-constitucionais/]. Acesso em: 03.11.2018.

de dispositivos característicos do modelo inquisitório não é, por certo, a ideia do Processo Penal no âmbito do Estado Democrático de Direito. As soluções apresentadas apenas cumprem um papel de falsa garantia de segurança à sociedade, descaracterizando a atividade jurisdicional.

Referências

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BARBOSA, Renan. *Relatório revela descontrole sobre interceptações telefônicas no Brasil*. 2017. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/justica/relatorio-revela-descontrole-sobre-interceptacoes-telefonicas-no-brasil-0yvfy6hj91f0bsvzbymhwoejx/].

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação telefônica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar escutas telefônicas clandestinas/ilegais, conforme denúncia publicada na Revista "Veja", edição 2022, 33, de 22.08.2007 – CPIESCUT. Conjur. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpi-parte1.pdf] e [www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpi-parte2.pdf].

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. S*istema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/sistemas/interceptacoes-telefonicas].

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de quantitativos*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/interceptacoes_tel/relatorio_quantitativos.php].

COUTINHO, Filipe. *Relatório final* – depois da CPI, grampo nunca mais foi o mesmo. 2009. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-abr-25/cpi-nao-prendeu-ninguem-expos-submundo-grampo-pais].

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FIGUEIRÔA, Rodrigo Ribeiro. *Análise crítica à constitucionalidade da Lei nº 9.296/96* – "lei das interceptações telefônicas". Monografia de conclusão de curso – UFJF. Juiz de Fora, 43 p. 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. 2009. Disponível em: [ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090316100443595].

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica.* Considerações sobre a Lei 9.296/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GUARNIERI DOS SANTOS, Moisés. *Sigilo constitucional das interceptações telefônicas*: limite à função fiscalizadora do Estado. Monografia de conclusão de curso – UFJF. Juiz de Fora, 50 p. 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Volume especial – Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, ano 24, ago. 2016.

JOTA. *Lavajota*. Disponível em: [www.jota.info/lavajota/index.html].

LISBOA LOPES, Bráulio. Ilicitude da prova obtida mediante sucessivas prorrogações de interceptação telefônica: mudança de entendimento da Sexta Turma do STJ. *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 14, p. 229-233, jan./jun. 2010.

LOPES, Anderson Bezerra. *Os conhecimentos fortuitos de prova no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 213-238, 2016. Disponível em: [dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22].

MALAN, Diogo. Processo Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 59, p. 226-259, mar.-abr. 2006.

MPF. *Denúncias*. Disponível em: [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf].

MENDES, Gilmar. *Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri*. 2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio?fbclid=IwAR1U4vm6NoEjTsgxHzUQ-B5hLeug0b2H88QBYl6qvhs--b54Y83lyhLg-z0]. Acesso em: 12.04.2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETFLIX. *O Mecanismo*. 1ª Temporada. 336 min. Dir. José Padilha, Felipe Prado e Marcos Prado. Produção: Zazen Produções. 2018. Disponível em: [www.netflix.com/br/title/80120485]. Acesso em: 03.11.2018.

NETTO, Vladimir. *Lava Jato* – o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

NOGUEIRA FILHO, Francisco José Pupo. *Interceptação telefônica e o encontro fortuito de provas*. Monografia de conclusão de curso – UFJF. Juiz de Fora, 43 p. 2004.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. [Minha Biblioteca]. Disponível em: [integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014556/]. São Paulo: Atlas, 2018.

PADUAN, Roberta. *Petrobras*: uma história de orgulho e vergonha. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2016.

PRADO, Geraldo. *Limites às interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a lógica do juiz Moro na Lava Jato*. 2015. Disponível em: [emporiododireito.com.br/leitura/para-entender-a-logica-do-juiz-moro-na-lava-jato].

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. *A inconstitucional utilização dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas como prova emprestada*. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ded693405194bd81]. Acesso em: 14.04.2019.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Interceptações telefônicas são constitucionais?* 13.05.2015. Disponível em: [www.justificando.com/2015/05/13/interceptacoes-telefonicas-sao-constitucionais/].

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso*: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

STJ. *A interceptação telefônica como meio de prova*. 2017. Disponível em: [www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/A-intercepta%C3%A7%C3%A3o-telef%C3%B4nica-como-meio-de-prova].

STJ. *Informativo de Jurisprudência nº 539*, de 15 de maio de 2014. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270539%27].

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2008.

UNITED STATES COURTS. *Wiretap Report 2017*. 2017. Disponível em: [www.uscourts.gov/statistics-reports/wiretap-report-2017].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A boca do leão: validade das interceptações telefônicas decretadas com base em *notitia criminis* anônima, de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró – *RT* 927/529-553 (DTR\2012\451317).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2018\1302638.

O ônus da prova da existência e eficácia dos programas de *compliance* no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas: um estudo com base no ordenamento jurídico espanhol

The burden of proof of the existence and effectiveness of compliance programs in the scope of criminal procedures against corporations: a study based on the Spanish legal system

Túlio Felippe Xavier Januário

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (2018), com período de investigação financiado pelo programa "ERASMUS+" na Georg-August-Universität Göttingen. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito, pela Universidad de Castilla-La Mancha (2019). Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral, pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IDPEE), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) (2017). Especialista em *Compliance* e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016). Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho – (UNESP) – Campus de Franca (2015). Advogado. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0400-1273. tuliofxj@gmail.com

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 15.03.2019
Última versão do autor: 23.03.2019

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumo: A partir de um estudo da doutrina e jurisprudência espanholas, inseridas em um ordenamento jurídico no qual a relevância dos programas de *compliance* na aferição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é expressamente tipificada pelo Código Penal, pretende-se, com o presente trabalho, investigar a forma pela qual é atribuída a carga probatória da existência e eficácia desses mecanismos no processo penal dos entes coletivos. Após uma análise do seu conteúdo e fundamentos, bem como da normativa legal supracitada, buscaremos investigar e contrapor a

Abstract: From a study of Spanish doctrine and jurisprudence, inserted in a legal system in which the relevance of compliance programs in the analysis of criminal liability of legal entities is expressed in the Penal Code, it is intended, with the present essay, to investigate the burden of proof of the existence and effectiveness of these mechanisms in the criminal procedures against corporations. After an analysis of their content and grounds, as well as of the aforementioned law, we will investigate and eventually refute the thesis supported by some doctrine, that the

Januário, Túlio Felippe Xavier. O ônus da prova da existência e eficácia dos programas de *compliance* no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas: um estudo com base no ordenamento jurídico espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 160. ano 27. p. 219-257. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

tese sustentada por parcela da doutrina, de que a interpretação levada a cabo do artigo 31 bis e parágrafos, que possibilita a isenção de responsabilidade penal da sociedade quando adotadas determinadas medidas de organização, supervisão e controle de suas atividades, poderia levar a dificuldades probatórias que, em último termo, ocasionariam a impossibilidade de condenação do ente.

Palavras-chave: Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Processo penal da pessoa jurídica – Defeito de organização – *Compliance* – Ônus da prova.

interpretation carried out in article 31 bis and paragraphs, which enables the exemption of criminal liability of the corporation when it adopts some systems of organization, supervision and control of its activities, can lead to probatory difficulties that might cause the impossibility of conviction.

Keywords: Criminal liability of legal entities – Criminal procedure against legal corporations – Organizational defect – Compliance – Burden of proof.

Sumário: Introdução. 1. Dos programas de *compliance*. 2. Da relevância dos programas de *compliance* na aferição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico espanhol. 3. Do ônus da prova dos programas de *compliance* nos processos penais movidos em face de pessoas jurídicas. Considerações finais. Referências.

Introdução

Entre os fundamentos político-criminais da opção adotada por alguns ordenamentos[1], de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas[2], merecem des-

1. Conforme defende González Cussac, a introdução de um regime de responsabilidade penal das pessoas jurídicas em determinado ordenamento jurídico é, antes de mais nada, uma opção política, tomada no marco de políticas públicas, com base em elementos ideológicos num determinado contexto social, econômico e geográfico (GONZÁLEZ CUSSAC, José L. El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (Dir.). *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 92).
2. Entre os países cujos ordenamentos jurídicos admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, destacamos, a título exemplificativo, Portugal, que no artigo 11º, 2, do seu Código Penal, prevê expressamente a possibilidade de responsabilização de entes coletivos e equiparados, por crimes previstos em um rol específico, quando praticados em seu nome e no interesse coletivo, por pessoa que ocupe posição de liderança na corporação; ou então quando praticado por alguém sob a autoridade das pessoas supracitadas, em razão de uma violação dos deveres de vigilância e controle que lhes incumbia (PORTUGAL. *DL 48/95, de 15 de março:* Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis]. Acesso em: 23.12.2018). Também a Espanha, desde

taque o papel de protagonismo que elas exercem em determinados setores da sociedade[3] e as dificuldades de enfrentamento dos crimes cometidos nesse âmbito, especialmente em razão dos óbices encontrados na identificação da autoria individual nessa seara marcada por inegável complexidade e dispersão de responsabilidades[4].

---

o ano de 2010, opta pela responsabilização criminal das pessoas jurídicas, a prevendo expressamente no artigo 31 bis de seu Código Penal, nesses termos: "Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso" (ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria.* Edición actualizada a 6 de septiembre de 2018. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1]. Acesso em: 23.12.2018). Para uma análise comparada dos respectivos modelos espanhol e português de responsabilidade penal das pessoas jurídicas: JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Criminal liability for legal entities: a comparative study between Spain, Portugal and Brazil. *Polar – Portuguese Law Review,* v. 2, n. 2, jul. 2018. p. 191-224. Disponível em: [www.portugueselawreview.pt]. Acesso em: 23.12.2018.

3. Nesse sentido, conforme explica Percy Garcia Cavero, diante de sua atuação em diversos setores da sociedade, as corporações acabaram por se mostrar como um dos principais focos de criação de riscos, tendo-se em vista a dinâmica de grupo desenvolvida em seu cerne, que pode vir a potencializar atuações ilícitas e o uso de novas tecnologias em setores que ainda pendem de certeza sobre seus efeitos (GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 14).

4. O fato de a estruturação das empresas hodiernas de grande porte ser notadamente marcada pela complexidade, em razão não apenas do grande volume de funcionários, mas também da possibilidade de delegação de funções e responsabilidades, assim como da atuação em setores tecnicamente intricados e em diversos mercados ao mesmo tempo, pode acabar por se mostrar como um facilitador da ocorrência de crimes na seara empresarial, caso não sejam adotadas medidas eficazes de prevenção. Para além disso, observam-se óbices no próprio enfrentamento dos casos já ocorridos, uma vez que a identificação da autoria individual nestes setores é deveras complexa e o Estado muitas vezes não possui os meios técnicos e financeiros para tal (JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva. *Conpedi Law Review,* Zaragoza,

A inserção, porém, desses novos sujeitos na seara das ciências jurídico-penais é uma tarefa delicada, tendo-se em vista, entre outros fatores, as dificuldades de compatibilização de alguns institutos tradicionalmente aplicados às pessoas físicas, tais como "a capacidade de ação", o "dolo" e a "culpabilidade"[5], dos quais não se pode abstrair em um direito penal democrático. Assim, há posicionamentos no sentido de que se faria necessário o desenvolvimento de uma teoria do delito específica para os entes coletivos, que considere suas particularidades na construção dessas categorias, sem deixar, assim, de resguardar os princípios e institutos basilares do direito penal[6].

Na elaboração dessa novel teoria do crime, tem se mostrado uma característica marcante, conforme restará demonstrado no decorrer do trabalho, o aproveitamento dos chamados programas de *compliance* não apenas na fundamentação da responsabilidade das pessoas jurídicas, mas também na própria estruturação das categorias do direito penal, passando eles a ser aferidos, em algumas propostas, no âmbito da tipicidade objetiva e/ou da culpabilidade desses entes.

Esse elo entre programas de cumprimento normativo e responsabilidade penal corporativa não se restringe, porém, somente ao plano doutrinário. No ordenamento jurídico espanhol, conforme será analisado no presente trabalho, há a expressa previsão de isenção de responsabilidade penal do ente coletivo que, apesar da prática de um crime por um administrador ou empregado subordinado, tiver, entre outros requisitos, implantado previamente um programa de *compliance* eficaz para a redução dos riscos de cometimento de delitos da mesma natureza do que o ocorrido.

---

v. 4, n. 1, jan.-jun. 2018. p. 4. Disponível em: [www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/4514]. Acesso em: 23.12.2018). Esse quadro, conforme destaca Carlos Gómez-Jara Díez, faz com que as empresas acabem por se tornar verdadeiras "caixas-pretas", cujo conteúdo é dificilmente acessível para as entidades de controle (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 92-93).

5. Enfrentando especificamente a problemática da capacidade de ação e da culpabilidade no âmbito das pessoas jurídicas: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010. *Cuadernos de política criminal,* v. 2, n. 101, 2010. p. 13-22.

6. Nesse sentido: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica:* teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3-4.

Observa-se porém, que entre as bem fundamentadas críticas que parcela da doutrina direciona a essa tendência, destacam-se, no que se refere aos objetivos do presente trabalho, os eventuais reflexos que a inserção dos programas de *compliance* na teoria do delito poderia ter no processo penal das pessoas jurídicas, especialmente no que se tange ao "ônus da prova"[7] da existência e eficácia dos programas. Nesse sentido, há entendimentos de que a eventual consideração dos referidos mecanismos já no plano da tipicidade, impossibilitaria a atividade probatória da Acusação, que se veria obrigada a demonstrar a inexistência ou ineficácia do *compliance* já na fase de denúncia[8].

Partindo do presente questionamento, pretende-se, com o presente estudo, analisar as possíveis repercussões no processo penal, da inserção dos programas de *compliance* na aferição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, nomeadamente no que tange à "distribuição do ônus da prova". Assim, uma vez considerada a implantação dos mecanismos de prevenção, vigilância e controle delitivo como uma causa de isenção de responsabilidade do ente coletivo, buscaremos identificar a quem incumbiria à dificultosa carga probatória da existência e eficácia destes programas.

---

7. Deve se utilizar com muitas ressalvas, a expressão "ônus da prova" no âmbito processual penal. Conforme leciona Gustavo Badaró, existe um ônus objetivo, consistente na regra de julgamento a ser adotada pelo julgador, no caso de não comprovação da verdade referente a fato relevante. Contudo, terminologicamente não é correta a utilização da palavra "ônus" para esse caso, uma vez que não haveria relação para com o sujeito titular do interesse tutelado, mas tão somente para com a decisão a ser tomada pelo juiz. Em seu viés subjetivo, o ônus da prova será sempre imperfeito ou relativo, no processo penal, uma vez que para além da atividade probatória da própria parte, há a possibilidade de produção pelo próprio magistrado, assim como a utilização das provas produzidas pela parte contrária. Há ônus probandi para o Ministério Público no que se refere à tese acusatória e, embora concebível *a priori,* um ônus subjetivo do acusado, o princípio *in dúbio pro reo* impede que este seja prejudicado pela dúvida sobre fato relevante (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 237; 239-240).
8. Ilustrando esse posicionamento, Paulo Busato explica que, caso considerada a eficiência dos programas de *compliance* como um "elemento negativo do tipo", a exegese de todos os tipos penais, quando aplicados às pessoas coletivas, exigiria implicitamente a inexistência ou ineficácia de um programa de *compliance.* Com isso, já na fase de denúncia, deveria a acusação lograr êxito em demonstrar tais fatos, o que seria, segundo o autor, impossível (BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance.* In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal.* Coimbra: Almedina, 2018. p. 36-37).

Para tanto, inicialmente será feito um breve e necessário estudo teórico a respeito dos programas de *compliance*, no que tange aos seus elementos essenciais e objetivos no âmbito empresarial, análise esta que viabilizará uma melhor compreensão sobre o funcionamento concreto destes mecanismos no cerne de uma pessoa jurídica, bem como de suas consequências no procedimento criminal.

Posteriormente, analisaremos a forma pela qual se dá a introdução desses instrumentos no plano da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, estudo que terá como base a legislação penal espanhola posterior à reforma levada a cabo pela LO 1/2015, através da qual não apenas a relevância dos mesmos nesse plano, mas também seus elementos essenciais, foram expressamente normatizados através dos artigos 31 *bis* e subsequentes.

Feito isso, já no plano processual penal, buscaremos investigar se, de fato, conforme sustentado por parcela da doutrina, a utilização dos programas de cumprimento na aferição do injusto e/ou da culpabilidade empresarial inviabilizaria a produção probatória dos órgãos de Acusação, e com isso representaria uma "carta branca" para as corporações se verem isentas de responsabilidade penal. Mais ainda, após analisarmos a possibilidade ou não de uma "distribuição do ônus probatório" no processo penal, procuraremos identificar, com especial referência à experiência doutrinária e jurisprudencial espanhola, de que forma os a carga probatória seria atribuída nos procedimentos criminais instaurados em face de pessoas coletivas.

1. Dos programas de *compliance*

As origens dos programas de *compliance* remetem, conforme leciona Adán Nieto Martín, à prevenção de condutas anticoncorrenciais nos Estados Unidos, nos anos 40 do século XX. No âmbito do mercado de valores, por sua vez, já na década de 30, a *Securities and Exchange Comission* passou a exigir das empresas, a implantação de controles internos, a fim de evitar o abuso de informações privilegiadas, sendo que, nos anos 50, grande parte das corretoras e outros intermediários do setor já adotava os mecanismos[9].

Mais recentemente, esses programas ganham impulso com a divulgação de escândalos na *Wall Street,* nos anos 80, e também dos casos *Enron e WorldCom,* na

9. NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 31-32.

virada do século[10], a partir dos quais vão ficando cada vez mais evidentes as dificuldades encontradas pelas entidades estatais de controle, de realizar suas atividades de prevenção, investigação e repressão de delitos empresariais.

A partir desses óbices, passa-se a discutir a possibilidade de delegação, por parte do Estado, de algumas de suas funções para o próprio ente privado, visando uma maior eficácia do controle da criminalidade empresarial[11]. Conforme explica Ivó Coca Vila, a chamada "autorregulação regulada" poderia ser definida como a incorporação do particular na atividade regulatória, de maneira subordinada, porém, aos fins e interesses estatais[12]. Assim, o poder público não abandonaria por completo a regulação e fiscalização das empresas, mas sim, com elas interagiria, definindo as condições para sua realização[13]. De maneira mais ampla, Adán Nieto Martín defende que a autorregulação nada mais seria do que a autoimposição voluntária de determinados padrões de conduta, sendo dividida, com base no grau de voluntariedade, em "autorregulação voluntária", "autorregulação regulada" e "autorregulação estimulada ou coagida", podendo os programas de cumprimento ter, porém, relação direta com qualquer das três vertentes[14].

10. NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 32-33.
11. Nesse sentido, defende Renato de Mello Jorge Silveira que, diante da incapacidade estatal para atuar na prevenção e investigação dos crimes econômicos, é de todo plausível a delegação de parcela dessas funções (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance*, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72).
12. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance:* prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 51.
13. ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *Autorregulación y sanciones*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2015. p. 31.
14. No primeiro caso, não haveria intervenção estatal destinada ao seu fomento. Já no segundo, o Estado estabelece metanormas que definem como se dará a autorregulação. Por fim, no último caso, o poder público prevê sanções positivas ou negativas com a finalidade de incentivar a autorregulação (NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes

Esses *compliance programs*[15] se desenvolvem, assim, como uma ferramenta de autorregulação e autofiscalização empresarial, aliada à governança corporativa[16], tendo como objetivos imediatos a promoção de uma cultura empresarial de cumprimento normativo, o resguardo da ética nas atividades negociais e a prevenção, investigação e repressão de práticas contrárias às leis, regulamentos ou códigos internos de conduta. De maneira mediata, busca-se a manutenção e perpetuação do nome empresarial e a continuidade dos negócios, assim como a proteção da corporação de eventual responsabilização administrativa, cível ou criminal[17].

Atuam, assim, esses programas, em quatro frentes no âmbito empresarial, quais sejam: (I) a frente regulatória, com o desenvolvimento das normas e padrões éticos e de conduta que nortearão o funcionamento da corporação, assim como a definição dos âmbitos de competência e dos procedimentos internos da mesma; a (II) frente preventiva, uma vez que o instituto em comento tem como uma de suas principais finalidades a prevenção de ocorrências prejudiciais à empresa[18], tais como responsabilizações criminais, cíveis, trabalhistas e adminis-

(Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 40-41).

15. Conforme explica Dennis Bock, o termo inglês *compliance* diz respeito à observância, obediência, e no âmbito jurídico, se refere ao respeito ao direito vigente. Sua utilização remete, porém, segundo Carsten Momsen, ao âmbito médico, se referindo à adesão, por parte do paciente, à terapia necessária para sua cura. Assim, para as empresas que padecessem de "doenças" como os crimes econômicos, seria feito um prévio "diagnóstico" para seu efetivo tratamento (BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 19). (MOMSEN, Carsten. Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* Ausgabe 6/2011, 2011. p. 508. Disponível em: [www.zis-online.com/]. Acesso em: 30.05.2018).

16. No mesmo sentido que Rossetti e Andrade, podemos considerar como os valores da governança corporativa a transparência (*disclosure*), a prestação de contas (*accountability*), a equidade (*fairness*) e o *compliance* (ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa:* fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140-141).

17. JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo:* particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 55.

18. Evita-se falar "prevenção de riscos" em termos estritos, haja vista que, conforme salientado por Dennis Bock, em basicamente em todos os ramos da atuação humana, estes se encontram presentes, de maneira que, no âmbito empresarial, as atenções devem ser

trativas; a (III) frente investigativa, assim considerada quando os programas de *compliance* se veem obrigados a apurar fatos contrários às leis e normativas internas que cheguem ao seu conhecimento; e a (IV) frente repressiva e de melhoramento contínuo, que consiste nos procedimentos reativos destes mecanismos, que vão desde o sancionamento dos eventuais autores dos fatos supracitados e comunicação para com as autoridades, quando necessária, até a identificação de eventuais falhas no programa, a fim de que sejam evitadas novas ocorrências[19].

No que tange ao seu conteúdo, muito embora haja certa padronização referente a determinados mecanismos que os compõem, os programas de *compliance* tendem a variar de acordo com o tamanho, o ramo de atividade e os riscos aos quais se vê submetida determinada empresa[20]. Ainda assim, é possível identificar alguns requisitos mínimos, tais como os previstos no código penal espanhol, quanto abordada a questão da possibilidade de isenção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, pela adoção de modelos de organização e gestão adequados para prevenir ou reduzir significantemente o risco de delitos da mesma natureza[21].

---

voltadas para a sua contenção entre os limites do legalmente tolerado e do socialmente necessário (BOCK, Dennis. *Criminal compliance*. 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 43). Mais ainda, conforme destacam Pampel e Glage, quando devidamente identificados e gerenciados, os riscos se apresentam até mesmo como uma oportunidade de desenvolvimento futuro da corporação, podendo representar possibilidade de lucros e aumento do valor empresarial (PAMPEL, Jochen; GLAGE, Dietmar. Unternehmensrisiken und Risikomanagement. In: HAUSCHKA, Christoph E. (Hrsg.). *Corporate compliance:* handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen. München:Verlag C.H. Beck, 2007. p. 84).

19. JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo:* particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 56.

20. Nesse sentido: NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 30; SIEBER, Ulrich. Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht: Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. In: SIEBER, Ulrich; DANNECKER, Gerhard; KINDHAUSER, Urs; VOGEL, Joachim; WALTER, Tonio (Hrsg.). *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht:* Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008. p. 458.

21. "Artículo 31 bis. […] 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

No plano doutrinário, merece destaque a construção de Mark Engelhart, que sustenta que a implantação de um programa de *compliance* pode ser subdividida em três fases subsequentes, ou "colunas", quais sejam, a (I) formulação; a (II) implementação e a (III) consolidação e aperfeiçoamento do programa[22].

A primeira coluna seria identificada pelo trinômio "detectar – definir – estruturar", e nela estariam inseridos os mecanismos atinentes à própria elaboração do programa, tais como a identificação e análise dos riscos, a elaboração de um código de ética e de conduta, a instalação de um canal de denúncias e a definição das competências dos agentes envolvidos com o *compliance*[23]. É nessa fase, inclusive, que, a depender do tamanho e da complexidade das atividades da companhia, será

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios" (ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria*. Edición actualizada a 6 de septiembre de 2018. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1]. Acesso em: 23.12.2018).

22. Uma análise pormenorizada de todos os mecanismos constantes da proposição doutrinária aqui adotada extrapolaria os limites do presente trabalho. Para maiores detalhes: ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance:* eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. p. 712 e ss.. No mesmo sentido: GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 27 e ss.; VERÍSSIMO, Carla. *Compliance:* incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 276-277; JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo:* particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 59-84.

23. ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance:* eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. p. 713-714.

definido se a supervisão do funcionamento do programa será atribuída a um advogado, auditor ou membro da direção, ou se será contratada uma pessoa encarregada exclusivamente dessa função, chamada de *compliance officer,* com a possibilidade, ainda, da criação de um completo departamento de cumprimento normativo[24].

Na segunda coluna, marcada pelo trinômio "comunicar – promover – organizar", seriam englobadas as medidas referentes à concreta implantação do mecanismo já desenvolvido, sendo a primeira delas a sua ampla divulgação, não apenas tornando público o próprio código de ética e de conduta, mas também realizando treinamentos periódicos para com funcionários e interessados, a respeito da normativa legal atinente e dos procedimentos a serem adotados em situações concretas[25]. Além disso, devem ser aplicados procedimentos que garantam a promoção da cultura de *compliance* no cotidiano dos agentes empresariais, tais como documentação de todas as atividades[26], realização de reportes cotidianos para a direção[27] e, principalmente, a supervisão periódica das atividades dos empregados e membros da direção, a qual, segundo Engelhart, deve ser não anunciada, visando aferir as práticas espontâneas daqueles, nos seus respectivos dia a dia[28].

---

24. GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 39-40; BOCK, Dennis. Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion – § 130 OWig als zentrale Norm der Criminal Compliance. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* Ausgabe 2/2009, s. 68-81, 2009. p. 80. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_2_293.pdf]. Acesso em: 23.05.2018.
25. VERÍSSIMO, Carla. *Compliance:* incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 293; ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance:* eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. p. 714-715; JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo:* particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 77-78.
26. Nesse sentido, paradigmática é a afirmação de Hauschka, de que "a informação é tão duradoura quanto os documentos que a preservam" (HAUSCHKA, Christoph E. Einführung. In: HAUSCHKA, Christoph E. (Hrsg). *Corporate Compliance:* Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen. München: Verlag C. H. Beck, 2007. p. 14, nota 74.
27. GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 45.
28. ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance:* eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. p. 716.

Por fim, a terceira coluna, definida pelo trinômio "reagir – sancionar – aperfeiçoar", conteria os instrumentos *post-factum* do programa de *compliance,* necessários haja vista que, muitas vezes, nem mesmo o mais adequado dos mecanismos empresariais de controle e prevenção são suficientes para evitar o descumprimento de leis ou normativas internas[29]. Assim, deve estar a empresa dotada de procedimentos que viabilizem uma investigação para a apuração dos fatos e de sua autoria, bem como deve haver a expressa previsão de sanções, as quais, conforme explicam Schäfer e Paetzel, exercem elas próprias uma importante função dissuasiva e preventiva[30]. Além disso, cruciais são as periódicas revisões no programa, atendendo a critérios como eventuais alterações nas normativas legais ou no âmbito de riscos aos quais a empresa se vê submetida, bem como na própria organização empresarial[31]. Da mesma forma, o próprio código de ética e de conduta deve ser objeto de atualizações, em razão não apenas das circunstâncias supracitadas, mas também da eventual ocorrência de infrações ao mesmo ou até mesmo, após transcorrência de determinado lapso temporal desde a última atualização[32].

2. Da relevância dos programas de *compliance* na aferição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico espanhol

Conforme restou demonstrado no capítulo anterior, a depender do tamanho e da complexidade da empresa, os programas de *compliance* devem eles próprios ser muito bem planejados e executados, a fim de fazerem frente aos riscos aos quais aquela se vê submetida[33]. Representam ainda, sem dúvidas, um investi-

29. JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo:* particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 56; 81.

30. SCHÄFER, Ralf; PAETZEL, Ullrich. Kernelemente eines Compliance-Management--Systems. In: ZENKE, Ines; SCHÄFER, Ralf; BROCKE, Holger (Hrsg.). *Risikomanagement, Organisation, Compliance für Unternehmer.* Berlin: De Gruyter, 2015. p. 162.

31. ABIA GONZÁLEZ, Ricardo; DORADO HERRANZ, Guillermo. *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento – Compliance managing system*. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 71.

32. PUYOL, Javier. *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016. p. 37.

33. Conforme explica Adán Nieto Martín, uma das principais críticas às quais se veem submetidos os programas de *compliance* diz respeito à possibilidade de que eles sejam

mento financeiro altíssimo[34], razão pela qual devem ser adotadas por parte dos ordenamentos jurídicos, estratégias adequadas para incentivar as pessoas jurídicas a implantarem esses programas.

Segundo classificação adotada por Marc Engelhart, para além de uma total autorregulação livre de interferências, pode se identificar cinco níveis de influência do Estado na promoção da regulação empresarial: (I) o apoio informal do poder público, mediante cursos e instruções direcionadas às empresas e agências, bem como com a possibilidade de a própria boa-governança tornar-se um pré-requisito para a atuação em determinados setores; (II) a concessão de "recompensas" processuais para empresas que adotem estes programas, seja mediante a abstenção de promoção do procedimento penal, seja através da realização de acordos (*settlement*); (III) o sancionamento pela inexistência ou falhas nos programas, através de agravantes ou aumentos de pena ou até mesmo como fundamento da própria condenação; (IV) a exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela adoção do programa de *compliance;* (V) a imposição de um dever geral às empresas, de implementação dos programas[35].

Não excluídas as possíveis vantagens dos demais níveis de vinculação, e salientado que, conforme leciona Marc Engelhart, desconhece-se até o presente

elaborados apenas como um mecanismo de defesa da empresa, sem efeitos práticos, tendo finalidades reais unicamente relacionadas ao marketing. Seriam os chamados *window dressing programs,* ou "programas de cosmética" (NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento e estrutura dos programas de compliance. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 144).

34. Conforme pesquisa realizada por Sieber e Engelhart, somente com especialistas externos envolvidos com investigações internas, as empresas entrevistadas gastaram, em média, centenas de milhares de euros cada, podendo até mesmo chegar a valores superiores a um milhão de euros, nos cinco anos anteriores à pesquisa (SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Compliance programs for the prevention of economic crimes:* an empirical survey of German companies. Berlin: Duncker & Humblot, 2014. p. 106-107).

35. ENGELHART, Marc. Corporate criminal liability from a comparative perspective. In: BRODOWSKI, Dominik; DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza; TIEDEMANN, Klaus; VOLGEL, Joachim (Ed.). *Regulating corporate criminal liability.* Heidelberg: Springer, 2014. p. 69-73. No mesmo sentido: JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo:* particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 85-97.

momento, qualquer ordenamento jurídico que contenha uma vinculação de "nível 5"[36], fato é que a exclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas pela adoção de programas de *compliance* mostra-se, não apenas como o incentivo mais forte no sentido de motivar as corporações a implantarem esses e outros mecanismos efetivos de prevenção e controle de riscos, mas também como uma aproximação justa ao problema, já que garante que as empresas somente serão condenadas se efetivamente tiverem contribuído para o cometimento do crime[37].

No mesmo sentido, sustenta Adán Nieto Martín que, uma vez que os programas de *compliance* são instrumentos de auxílio ao Estado e ao direito penal, no controle da criminalidade empresarial, a forma mais eficaz de alcance dessa colaboração é a introdução de um regime de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, especialmente de modelos que tenham como núcleo de sua responsabilidade a organização defeituosa[38]. Segundo o autor, confiar somente no voluntarismo das corporações, sem o respaldo de mecanismos de coação estatais ou de organizações internacionais, pode levar à degeneração dos programas de cumprimento, vindo estes a se tornar aparatos simbólicos ou cosméticos, cujas finalidades concretas atenderiam tão somente às razões de marketing ou salvaguarda empresarial diante da opinião pública em situações críticas[39].

---

36. Engelhart salienta, porém, que obrigações setoriais são bastante comuns, em áreas consideradas absolutamente necessárias. Uma obrigação geral, no seu entender, iria interferir na liberdade negocial em níveis acima do razoável (ENGELHART, Marc. Corporate criminal liability from a comparative perspective. In: BRODOWSKI, Dominik; DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza; TIEDEMANN, Klaus; VOLGEL, Joachim (Ed.). *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014. p. 72).

37. Explica, porém, o autor, que a exclusão somente poderá ocorrer, por óbvio, quando atingidos *standards* máximos de *compliance* por parte da empresa, fazendo-se necessários os níveis inferiores de vinculação a fim de incentivar também as medidas que não atinjam esse patamar (ENGELHART, Marc. Corporate criminal liability from a comparative perspective. In: BRODOWSKI, Dominik; DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza; TIEDEMANN, Klaus; VOLGEL, Joachim (Ed.). *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014. p. 53-73. p. 69-73. p. 71-72).

38. NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21.

39. NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 40.

Não bastaria, porém, conforme destaca Gómez-Jara Díez, a mera introdução de um regime qualquer de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, já que caso ele não possua um conteúdo lógico e coerente, poderia gerar efeitos contraproducentes no que tange aos seus fundamentos político-criminais, especialmente no da irresponsabilidade organizada e estrutural[40-41].

Muito embora não haja unanimidade na interpretação doutrinária feita do modelo previsto pelo ordenamento jurídico espanhol, no artigo 31 *bis* do Código Penal[42], é certa e expressamente prevista a relevância dos programas de *compliance* na imputação da responsabilidade penal dos entes coletivos, sendo, portanto, esse sistema, paradigmático no que tange à demonstração da importante relação entre esses dois institutos[43].

40. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2.ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 99-100.

41. Nesse sentido, exemplificativa é a crítica feita por Canestraro e Januário ao modelo adotado pelo ordenamento jurídico português, em: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 39, 2018. p. 278).

42. O artigo 31 bis. prevê que: "Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso" (ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria*. Edición actualizada a 6 de septiembre de 2018. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1]. Acesso em: 23.12.2018).

43. Conforme destaca Alfonso Galán Muñoz, entre as significativas mudanças inseridas no ordenamento jurídico espanhol pela LO 1/2015, merece destaque a expressa inclusão normativa dos programas de *compliance* como instrumento que, quando implantado e efetivamente executado, pode levar a isenção de responsabilidade penal da pessoa jurídica (GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. p. 71).

O número 2 do artigo em comento dispõe que, nos casos previstos pela letra *a* do número 1, ou seja, dos crimes cometidos por aquelas pessoas físicas que estão autorizadas a tomar decisões em nome da pessoa jurídica ou que ostentam nela faculdades de organização e controle, a corporação será isenta de responsabilidade se (1) o órgão de administração tiver, previamente ao delito, adotado e executado com eficácia, modelos de organização e gestão que incluam medidas de vigilância e controle idôneas para prevenir ou reduzir de forma significativa os riscos de cometimento de delitos da mesma natureza que o ocorrido; (2) a supervisão do funcionamento destes mecanismos tenha sido confiada a um órgão com poderes autônomos de iniciativa e de controle ou que tenha a função legal de supervisar a eficácia dos controles internos da empresa; (3) que para o cometimento dos fatos, o autor individual tenha fraudulentamente iludido o modelo interno de organização e prevenção; (4) não tenha se produzido uma omissão ou exercício insuficiente das funções do órgão de supervisão e controle[44-45].

44. Ressalta-se que, nos casos de empresas de pequenas dimensões, as funções previstas ao órgão de supervisão do mecanismo de cumprimento poderão ser assumidas pelo próprio órgão de administração. Além disso, Casos as circunstâncias supracitadas tenham sido cumpridas somente parcialmente, será avaliada a possibilidade de atenuação da pena (ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria.* Edición actualizada a 6 de septiembre de 2018. Disponível em: [.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1]. Acesso em: 23.12.2018).

45. "2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y

Por sua vez, para os casos previstos pela letra *b* do número "1", ou seja, dos delitos cometidos no âmbito das atividades sociais e por conta e em benefício direto ou indireto das mesmas, por pessoas submetidas à autoridade das pessoas físicas destacadas no parágrafo anterior[46], que tenham podido cometer os fatos em razão de violação grave dos deveres de vigilância, supervisão e controle que incumbiam a estas últimas, é prevista a possibilidade de isenção de responsabilidade da pessoa jurídica quando esta tenha adotado e executado previamente ao delito, um modelo de organização e gestão adequado para a prevenção ou redução dos riscos de cometimento de delitos da natureza do que fora cometido[47].

No número "5" do artigo 31 *bis* são previstos expressamente os requisitos dos modelos de organização e gestão supracitados, quais sejam: (1) introdução de mecanismos de identificação das atividades em cujo âmbito possam ocorrer delitos; (2) estabelecimento de protocolos e procedimentos de concretização da vontade da pessoa jurídica e de adoção e execução de decisões em consonância com a mesma; (3) adoção de modelos de gestão financeira adequada para a prevenção delitiva; (4) imposição da obrigação de informar os possíveis riscos de incumprimento ao órgão encarregado da supervisão do mecanismo; (5) previsão de um sistema de sancionamento interno; (6) verificação e eventual modificação

ganancias abreviada" (ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria*. Edición actualizada a 6 de septiembre de 2018. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1]. Acesso em: 23.12.2018).

46. Conforme destaca Dopico Gómez-Aller, no sistema jurídico espanhol não há possibilidade de imputação de um fato à pessoa jurídica sem a conduta dos máximos dirigentes da empresa, seja mediante um delito por eles próprios cometidos, seja através do incumprimento de seus deveres de vigilância e supervisão, que viabilizaram a prática delitiva de um subordinado (DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018. p. 131).

47. "4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo" (ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria*. Edición actualizada a 6 de septiembre de 2018. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1]. Acesso em: 23.12.2018).

periódica do programa de cumprimento quando haja violações ao mesmo ou então modificações na organização, na estrutura de controle ou na atividade desenvolvida pela empresa[48].

Observa-se, assim, que para além da controversa discussão doutrinária referente a se o modelo espanhol poderia ser considerado como de heterorresponsabilidade ou de autorresponsabilidade, é indiscutível a possibilidade de exclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas pela adoção de modelos de organização e gestão que atendam aos requisitos previstos no artigo 31 *bis,* "5", diante da expressa previsão legal[49].

48. "5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios" (ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria.* Edición actualizada a 6 de septiembre de 2018. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1]. Acesso em: 23.12.2018).

49. Pelos motivos expostos, não nos delongaremos nessa discussão. A título exemplificativo da controversa, porém, vale destacar que entre outros, González Cussac considera que o artigo 31 *bis* prevê um sistema de transferência ou derivação da responsabilidade penal desde a atuação de determinadas pessoas físicas, para a pessoa jurídica, devendo ser qualificado como um modelo de heterorresponsabilidade, em sua vertente "vicarial" (GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *"¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?"*. Ponencia presentada en el Curso "Tratamiento penal de la persona jurídica" (Código FC028VC), dentro del Programa de Formación de Fiscales del CEJ. Madrid, 2018. p. 6). Em sentido contrário, entre outros, Feijoo Sánchez considera que o ordenamento jurídico espanhol prevê um sistema de responsabilidade direta e independente da condenação da pessoa física, ainda que seja um pressuposto imprescindível um fato ou uns requisitos de conexão com um delito praticado por uma pessoa individual. Para o autor, muito embora esse seja um pressuposto, não é o fundamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel;

Segundo leciona José Luis González Cussac, o dispositivo em análise faz uma distinção entre as (1) condições e os (2) requisitos que deverão revestir os programas. As (1.1) condições previstas para os casos do artigo 31 *bis,* "2", quais sejam, dos delitos cometidos por representantes ou administradores, são: (a) uma condição temporal, consubstanciada na adoção do programa de *compliance* antes do cometimento do delito; (b) uma condição de identidade formal, já que o programa deve contemplar expressamente como atividade de risco, um crime de mesma natureza do que o cometido; (c) uma condição de identidade material, caracterizada pela verificação de que o programa tenha evitado ou reduzido significantemente o risco de cometimento do delito; (d) uma condição de criação de um órgão específico para o *compliance* da empresa, com poderes autônomos; (e) uma condição de ilusão fraudulenta, ou seja, que para o cometimento do delito, o agente tenha que ter iludido fraudulentamente o sistema de prevenção; (f) uma condição de diligência devida, ou seja, que não tenha havido omissão ou insuficiência na supervisão, controle e vigilância por parte do órgão encarregado[50].

Por sua vez, as (1.2) condições para os casos previstos pelo artigo 31 *bis* "4", quais sejam, dos crimes cometidos por subordinados, são: condições (a) temporal e (b) de identidade formal exatamente iguais aos casos mencionados *supra*; e (c) uma condição material diferente, consubstanciada em que o modelo seja adequado[51] para prevenir delitos da mesma natureza do que foi cometido[52].

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2.ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 67-68).

50. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *"¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?"*. Ponencia presentada en el Curso "Tratamiento penal de la persona jurídica" (Código FC028VC), dentro del Programa de Formación de Fiscales del CEJ. Madrid, 2018. p. 27-31.

51. Explica González Cussac que, da literalidade do artigo, parece depreender-se um rebaixamento do *standard* necessário para que a pessoa jurídica seja isentada de responsabilidade, nos casos em que a conduta tenha sido praticada por um funcionário. Para que esse seja o entendimento, porém, defende o autor que a justificação substantiva deverá derivar de um necessário fundamento diferente para os respectivos fatos de conexão, ou seja, que para os casos de condutas praticadas por membros da administração, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não derivaria de um controle indevido, mas sim, de uma imputação quase que automática de seus atos para o ente coletivo (GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *"¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?"*. Ponencia presentada en el Curso "Tratamiento penal de la persona jurídica" (Código FC028VC), dentro del Programa de Formación de Fiscales del CEJ. Madrid, 2018.p. 32-33).

52. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *"¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?"*. Ponencia presentada en el Curso "Tratamiento penal de la persona jurídica" (Código FC028VC), dentro del Programa de Formación de Fiscales del CEJ. Madrid, 2018. p. 32.

Já com relação aos (2) requisitos que os modelos de organização e gestão devem atender, são os previstos pelo artigo 31 *bis* "5", os quais, segundo o autor, são aptos unicamente para aferir a idoneidade abstrata do programa, não podendo ser confundidos com critérios para medir o grau de funcionamento eficaz do mesmo[53].

Superada, portanto, no ordenamento jurídico espanhol, a discussão referente à relevância ou não dos programas de *compliance* na aferição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a doutrina e jurisprudência divergem, atualmente, no que toca ao papel desempenhado por esses mecanismos nessa seara, ou em outras palavras, se a existência de um programa de cumprimento eficaz para a anulação ou diminuição significativa dos riscos de cometimento de um delito da mesma natureza do ocorrido excluiria a própria tipicidade ou culpabilidade da pessoa coletiva ou então se representaria tão somente uma causa de isenção de responsabilidade da mesma.

Para além de outras inegáveis e importantes repercussões que uma ou outra opção teriam, das quais um tratamento minucioso extrapolaria os limites temáticos do presente trabalho, cumpre destacar as reverberações apontadas por parcela da doutrina no plano processual penal, especificamente no âmbito do ônus probatório.

Esclarecendo essa questão, explica González Cussac que, caso se entenda que os programas de *compliance* são uma causa de isenção de pena, a carga da prova de sua concreta idoneidade preventiva corresponderia à defesa. Por outro lado, ao se considerar os mesmos como um elemento do tipo objetivo, a Acusação deverá demonstrar que o programa de cumprimento não era idôneo para prevenir delitos, que a sociedade empresarial não estava materialmente bem organizada, que possuía um defeito de organização e que assim, padecia da falta de mecanismos de controle adequados para a prevenção de delitos[54].

Pelas razões que serão expostas no próximo tópico, porém, entendemos que essa questão é na verdade um "falso problema"[55].

---

53. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 *bis, ter, quáter* y *quinquies*. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.); MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; GÓRRIZ ROYO, Elena (Coord.). *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 196.

54. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. "*¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?*". Ponencia presentada en el Curso "Tratamiento penal de la persona jurídica" (Código FC028VC), dentro del Programa de Formación de Fiscales del CEJ. Madrid, 2018.p. 38-40.

55. Essa expressão fora utilizada por Nicolás González-Cuéllar Serrano, ao tratar justamente da questão do ônus probatório no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas,

3. Do ônus da prova dos programas de *compliance* nos processos penais movidos em face de pessoas jurídicas

Conforme já adiantando inicialmente, uma das principais críticas que são direcionadas à inclusão dos programas de *compliance* como um elemento do injusto penal das pessoas jurídicas residiria nas dificuldades probatórias que tais modelos imporiam à Acusação, no que tange não apenas à existência, mas também à eficácia desses mecanismos.

Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Paulo Busato, que considera que, caso se entenda que os programas de cumprimento efetivos e previamente implantados são uma causa de justificação ou exculpação, o Ministério Público, ao identificar a realização de um tipo penal por uma pessoa jurídica, deveria tão somente verificar a inexistência de qualquer indicador da eficácia destes instrumentos, sendo o próprio delito um indício em contrário. Para que a empresa seja isenta de responsabilidade, defende o autor que ela deverá apresentar provas no sentido de que seu programa era eficiente[56]. Porém, caso se considere a eficácia dos programas de *compliance* como um elemento negativo do tipo, sustenta o autor que à Acusação incumbirá a prova da inexistência deles, sendo impossível sequer o início da persecução penal de uma pessoa jurídica[57].

Apesar de ser um defensor dos modelos de injusto por defeito de organização[58], que inserem a devida organização empresarial e a cultura de *compliance*

em palestra realizada na Universidad de Castilla-La Mancha, em 2019 (GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *La responsabilidad de las personas jurídicas:* aspectos sustantivos, procesales y jurisprudenciales. Palestra ministrada no Curso de Postgrado en Derecho Penal Económico y Teoría del Delito, da Universidad de Castilla-La Mancha. Toledo, 2019).

56. BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 37.

57. BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 37.

58. Nesse sentido, Carlos Gómez-Jara Díez sustenta que a pergunta a ser feita no âmbito do injusto se refere a se a pessoa jurídica configurou defeituosamente seu âmbito de organização e, por exigência legal do Código Penal espanhol, se esse defeito estaria relacionado com a atuação de uma pessoa física concreta, mas não necessariamente identificada. Esse defeito, segundo o autor, seria identificado mediante *standards* objetivos de organização, que viabilizam o juízo de imputação objetiva da conduta empresarial.

como pilares da fundamentação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, Gómez-Jara Díez reconhece que essa questão é dificultosa, uma vez que se chocam interesses político-criminais e garantistas. Explica o autor que, por um lado, corre-se o risco de impor à Acusação uma prova de fatos negativos e de outro, de vulnerar direitos fundamentais das pessoas jurídicas[59].

Para Gómez-Jara Díez, a posição mais adequada seria a de se pautar na jurisprudência consolidada na Espanha para pessoas físicas, qual seja, a de que ao réu que invocar uma causa de exclusão de culpabilidade, deverá comprovar a sua existência. Assim, no âmbito das pessoas jurídicas, corresponderia à Acusação a prova da existência objetiva de um defeito de organização, enquanto que à defesa, demonstrar que apesar da prática delitiva de uma pessoa física, contava com uma institucionalizada cultura de prevenção e detecção delitiva[60].

Segundo Ana María Neira Pena, não haveria dúvidas de que incumbiria à Acusação a prova dos elementos constitutivos do delito, ou seja, de que o fato de referência fora cometido por um dos sujeitos que viabilizam a responsabilidade do

---

Assim, em um primeiro nível, observa-se se a pessoa jurídica criou um risco não permitido com sua organização e, posteriormente, se esse risco foi o que se concretizou no resultado (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad). In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 122-127). Também Alamiro Velludo Salvador Netto considera que o defeito de organização deva ser levado em conta no âmbito da aferição do injusto, sendo ele a base para a criação de um perigo ou lesão para o bem jurídico protegido por determinado tipo penal. "A necessidade de que a conduta típica esteja vinculada ao *defeito de organização* aparece como um elemento normativo de extensão de todos os tipos penais passíveis de serem atribuídos aos entes coletivos. O juízo de tipicidade passa a reunir a aferição da ocorrência da conduta lesiva ao bem jurídico e, ademais, a existência concreta, com base nos padrões desejáveis, de um defeito de organização determinante do crime (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 190-191).

59. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 216.

60. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 216-217.

ente, da tipicidade e antijuridicidade desse fato e de que a atuação da pessoa física se dera em conta ou benefício da pessoa jurídica. Da mesma forma, no caso de crime cometido por pessoa subordinada, defende que incumbiria à Acusação a prova da inexistência de um devido controle, supervisão e vigilância das atividades daqueles, por parte da direção, assim como sua relação com o fato delitivo[61].

Contudo, nos casos em que o crime seja decorrente de um fato ilícito cometido por um membro da direção, administradores ou membros do órgão de controle, defende a autora que o próprio delito já seria um importante indício de que houvera uma grave violação dos deveres de supervisão e controle, incumbindo a partir de então, à própria pessoa jurídica, a prova de que ela contava, sob uma perspectiva *ex ante,* com uma organização eficaz para diminuição dos riscos que futuramente se materializaram, para ver-se isenta de responsabilidade[62].

Para além disso, sustenta a autora que, no que tange aos fatos impeditivos, extintivos ou excludentes da responsabilidade penal, assim como às atenuantes, eximentes ou outras circunstâncias determinantes da inimputabilidade, punibilidade ou redução da pena, sua prova incumbiria sempre à defesa da pessoa jurídica que pretenda a absolvição ou redução da pena[63]. Em caso de dúvida sobre esses elementos, em respeito ao *in dúbio pro reo,* deve ser adotada a opção favorável ao Acusado, ainda que pessoa jurídica[64].

No mesmo sentido, Gascón Inchausti defende que a Acusação é a incumbida de provar a falta de devido controle por parte da corporação, por se tratar de elemento típico necessário para a condenação desta, que para se ver isenta de

61. NEIRA PENA, Ana María. La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas. In: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Dir.); NEIRA PENA, Ana María (Coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 278.
62. NEIRA PENA, Ana María. La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas. In: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Dir.); NEIRA PENA, Ana María (Coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 278-279.
63. NEIRA PENA, Ana María. La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas. In: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Dir.); NEIRA PENA, Ana María (Coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 279.
64. NEIRA PENA, Ana María. La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas. In: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Dir.); NEIRA PENA, Ana María (Coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 280.

responsabilidade, deverá provar a existência de controles adequados, como por exemplo, demonstrando a estruturação prévia de um programa de cumprimento penal[65].

Defensor de que a aferição do "defeito de organização" tem lugar no âmbito da culpabilidade e não do injusto, Manuel Gómez Tomillo explica que a consequência necessária de seu posicionamento seria a de que incumbiria à própria empresa a prova da organização não defeituosa, o que não violaria, no entender do autor, o direito fundamental à presunção de inocência. O fundamento prático de sua proposição seria o de que é a própria corporação que teria as informações necessárias para a realização de tal prova[66].

Para além disso, sustenta ser razoável "eximir de prova o que é excepcional" e "presumir o que é normal", argumento a partir do qual depreende que, uma vez que a verificação da infração administrativa ou do delito indica, na maior parte das vezes, a inadequação do programa de *compliance,* incumbiria à empresa fazer a prova, no caso, para ver-se isenta de responsabilidade. Entende, ainda, ser irrazoável exigir da Acusação a prova de um suposto fato negativo, qual seja, da inexistência ou ineficácia do programa de *compliance*[67].

No mesmo sentido que Gómez-Jara Díez[68], Gomez Tomillo sustenta ainda que não há razão para tratamento diferenciado entre as pessoas físicas e jurídicas no âmbito do processo penal. E uma vez que no caso daquelas, incumbiria ao Acusado pessoa física, a prova das eximentes de responsabilidade por ele alegadas, o mesmo deveria ocorrer para as pessoas jurídicas[69].

De fato, observa-se na doutrina espanhola, posicionamentos no sentido de que, no âmbito do processo penal das pessoas físicas, o Acusado teria o ônus da prova de alguns elementos por ele alegados. Nesse sentido, por exemplo, Pérez-Cruz

65. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica.* Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 146.
66. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa:* el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016. p. 31-32.
67. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa:* el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016. p. 32-34.
68. *Vide* nota 61.
69. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa:* el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016. p. 34.

Martín sustenta que, muito embora não se possa falar no processo penal em uma "carga de prova" em sentido formal, em razão do princípio da presunção de inocência, haveria uma inversão no que tange à necessidade das partes acusadoras, de provar em juízo oral os fatos constitutivos, não devendo jamais ser imposto ao Acusado o dever da "prova diabólica" (prova de fatos negativos). Porém, uma vez que estes sejam provados, sustenta o autor que a Defesa, para que tenha uma sentença absolutória, teria a carga de provar os fatos impeditivos, extintivos e excludentes, assim como circunstâncias eximentes e atenuantes[70].

De maneira semelhante, Asencio Mellado defende que a presunção de inocência não se estenderia necessariamente às alegações produzidas pelo Acusado, possuindo este a carga de provar as circunstâncias eximentes, atenuantes ou referentes à extinção da responsabilidade penal em geral. Entendimento contrário, segundo o autor, imporia ao Estado a realização de uma "prova diabólica" e levaria à impunidade de alguns delitos, tais como o de corrupção[71].

Nieva Fenoll também realiza matizações no que tange à aplicação da presunção de inocência na valoração da prova. Esclarece o autor que, no momento em que há a apreciação de circunstâncias que excluem ou modificam a responsabilidade criminal, o julgador já teria como certa a autoria dos fatos, deixando de ter um papel principal, o princípio em comento. Assim, ainda que considere que este deva ter protagonismo no plano da aferição das circunstâncias agravantes e atenuantes, entende que na apreciação das eximentes, a dúvida não deveria levar necessariamente a uma avaliação positiva, em casos como, por exemplo, de alegação de legítima defesa[72].

Esses posicionamentos, no nosso entender, não merecem prosperar. Conforme sustentado por Gimeno Sendra, é exclusivamente da Acusação, e não da Defesa, a incumbência de propor e executar provas válidas e aptas à demonstração da participação do Acusado no fato delitivo, regra que, em virtude da presunção de inocência, deve ser válida até mesmo para a *probatio diabólica* de fatos negativos[73].

---

70. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús. La prueba, I. In: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIELGELBERG, José Luis. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 492-493.
71. ASENCIO MELLADO, José M. *Derecho procesal penal*. 7. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 305.
72. NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal III (Proceso penal)*. Madrid: Marcial Pons, 2017. p. 411-413.
73. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2015. p. 139.

No mesmo sentido, Teresa Armenta Deu sustenta que uma correta interpretação do princípio do *in dubio pro reo* deve levar a sua aplicação não apenas no que tange aos fatos constitutivos do delito, mas também às situações de dúvida sobre a imputabilidade, a culpabilidade e as causas de exclusão da responsabilidade e da punibilidade[74].

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, cumpre salientar a previsão contida no *caput* do artigo 156 do Código de Processo Penal, segundo a qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer[75]. Esse dispositivo, porém, conforme observa Gustavo Badaró, pouco diz a respeito do critério adotado pelo legislador, devendo ele ser interpretado em consonância com o artigo 41 do mesmo diploma, que estabelece o dever do Ministério Público de narrar, na denúncia, o fato criminoso com todas as suas circunstâncias[76]. E uma vez que ele jamais poderá ser entendido apenas como a conduta típica e antijurídica, a denúncia somente poderá ser oferecida na ausência de qualquer causa de exclusão da antijuridicidade e da culpabilidade, cuja inexistência deverá ser provada pelo Acusador. De maneira geral, porém, pode se dizer que a imperiosa regra de decisão a ser adotada, diante do preceito constitucional da presunção de inocência, é o *in dubio pro reo*[77].

---

74. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 5.ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 232.

75. "Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRASIL. *Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941:* Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm]. Acesso em: 16.01.2019).

76. "Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas" (BRASIL. *Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941:* Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm]. Acesso em: 16.01.2019).

77. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 257-258. No mesmo sentido, sustenta Aury Lopes Jr. que não deve haver distribuição de cargas probatórias no processo penal, mas sim, atribuição exclusiva ao acusador (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 355).

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. sustenta que, uma vez que a primeira e principal alegação feita no processo penal é a denúncia oferecida pela Acusação, na qual deve ser apontada a autoria e materialidade dos fatos, a primeira parte do supracitado artigo 156 do Código de Processo Penal deve ser lida à luz da garantia da presunção de inocência, incumbindo ao Ministério Público o ônus total e intransferível da prova da existência do delito, ou seja, da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade[78].

Utilizando-se da terminologia processual civil[79], quer-se dizer que ao Ministério Público incumbe não apenas a prova da existência dos fatos constitutivos do direito de punir, mas também da inexistência de fatos impeditivos dele[80]. Dessa premissa, explica Gustavo Badaró que é inaceitável considerar as excludentes de ilicitude como fatos impeditivos do delito, assim como impor ao acusado o ônus de sua prova[81]. Mais evidente ainda é o desacerto dessa posição no que tange à culpabilidade, diante da esterilidade do injusto penal analisado por si só, sem que represente uma conduta reprovável de alguém. Assim, deverá o Ministério Público ou o Querelante provarem a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, uma vez que a dúvida sobre qualquer um destes elementos imporá a absolvição do Acusado[82].

Segundo o autor, esse entendimento também deve ser aplicado para eventuais dúvidas referentes à punibilidade do agente[83], ainda que essa categoria não seja

78. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 357.

79. Ressalta-se que, no mesmo sentido que Aury Lopes Jr., entendemos que deve ser evitado o uso de analogias entre o processo penal e o processo civil (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 355). Contudo, nesse ponto, ela se mostra salutar, tão somente para tentar desconstruir os argumentos que, fazendo uso dela, tentam aplicar a civilística distribuição do ônus da prova no âmbito penal.

80. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 296-297.

81. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 310.

82. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 325.

83. Em sentido contrário, Marcellus Polastri Lima sustentava que com relação às causas de exclusão da punibilidade, quando estas forem condições do direito de punir, o ônus será da Acusação, ao contrário de quando forem causas de extinção do direito de punir, situação na qual o ônus será da defesa (LIMA, Marcellus Polastri. *Prova penal:* de acordo com a reforma processual penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 36).

considerada um elemento do delito, mas pressuposto de aplicação da pena. Merecem ressalva tão somente aquelas causas de extinção da punibilidade ocorridas após o trânsito em julgado, tais como o indulto ou a graça[84]. Uma vez tendo sido atingido o marco temporal limite de aplicação do *in dubio pro reo,* qual seja, o trânsito em julgado da condenação criminal, sustenta Gustavo Badaró que deve ser aplicado o *favor rei*[85]*,* enquanto princípio geral aplicável ao direito e processo penal[86].

Cumpre destacar que não merece prosperar a alegação de que, em alguns casos, tais como das causas de justificação ou de exclusão da culpabilidade, impor ao Ministério Público a carga da prova o colocaria na posição de exercer a chamada "prova diabólica" de fatos negativos[87]. Conforme explica Gustavo Badaró, quando se alega, por exemplo, a inimputabilidade do agente, está se realizando uma "negativa indireta", afirmando fato positivo com ele incompatível[88]. Concretizando essa ideia, exemplifica Aury Lopes Jr. que quando a defesa alega ter praticado os fatos em legítima defesa, incumbe ao Ministério Público a prova de que não houve repulsa à injusta agressão (demonstrando que a agressão era justa) ou que esta não era atual (ou seja, provando que era passada ou futura). Pode, ainda, demonstrar que não foram utilizados moderadamente os meios necessários (provando o excesso)[89].

---

84. "Art. 107 – Extingue-se a punibilidade: [...] II – pela anistia, graça ou indulto;" (BRASIL. *Decreto-lei 2.848, de 7.12.1940:* Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm]. Acesso em: 21.01.2018).

85. Conforme explica Antônio Alberto Machado, o *favor rei* é um conjunto de "favores" ou "bônus" concedidos expressamente ao Acusado e à defesa de sua liberdade, reconhecendo sua fragilidade na relação processual penal. Ele funciona como importante regra hermenêutica, garantindo que as normas do processo penal sejam aplicadas de modo mais favorável à pretensão de liberdade do Acusado, do que à pretensão punitiva estatal (MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 85).

86. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 330-331.

87. Conforme distinção trazida por Michele Taruffo, as provas positivas são aquelas que têm como objetivo demonstrar a verdade de um enunciado fático, enquanto que as provas negativas, ou contraprovas, são aquelas que tendem a demonstrar que um enunciado fático é falso, ou seja, que não ocorreu (TARUFFO, Michele. *La prueba.* Trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 61).

88. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 326.

89. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 358. nota 48.

Os critérios até então elaborados quais sejam, da atribuição plena da carga da prova à Acusação, devem ser aplicados também no processo penal de pessoas jurídicas, em ordenamentos que o admitem, tais como o espanhol e o brasileiro[90]. Inicialmente, cumpre destacar que é cada vez mais pacífico na doutrina e jurisprudência espanholas, o entendimento de que a pessoa jurídica também possui o direito fundamental à presunção de inocência[91]. Assim, a Sala Segunda do Tribunal Supremo, em 29 de fevereiro de 2016, considerou que direitos e garantias constitucionais, tais como a tutela judicial efetiva, a presunção de inocência e o juiz natural amparam também as pessoas jurídicas[92]. De maneira ainda mais

90. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas só seja aplicável aos crimes ambientais, vislumbra-se, com a possível aprovação do Novo Código Penal, sua expansão também para os crimes contra a administração pública, a ordem econômica e o sistema financeiro. Diante, assim, da iminente expansão dessa categoria no direito penal pátrio, mostra-se imperiosa a intensificação das discussões atinentes às questões processuais derivadas da inclusão destes entes nessa seara (Cfr. BRASIL. *Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998:* Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm]. Acesso em: 28.01.2019); (SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado 236, de 2012:* Novo Código Penal. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404]. Acesso em: 28.01.2019).

91. Cumpre destacar que o Tribunal Supremo Espanhol, já em decisão de 02 de setembro de 2015, sustentou, de maneira geral, que o processo penal das pessoas jurídicas deve ser pautado pelos princípios irrenunciáveis que informam o direito penal (TRIBUNAL SUPREMO – SALA SEGUNDA, DE LO PENAL. *STS 514/2015, 2 de Septiembre de 2015*. Ponente: Manuel Marchena Gomez. Disponível em: [https://supremo.vlex.es/vid/583483758]. Acesso em: 22.01.2019). Conforme interpreta Gómez-Jara Díez, nesse julgamento o tribunal faz uma primeira aproximação ao princípio da presunção de inocência aplicado às pessoas jurídicas e às suas consequências, quais sejam, de que estes entes não poderão ser condenados se não existirem fatos e fundamentos jurídicos referidos especificamente aos mesmos, bem como que não há uma extensão automática dessa garantia das pessoas físicas para as pessoas jurídicas, quando a condenação destas tenha se dado por fundamentos diferentes (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El tribunal supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas:* el inicio de una larga andadura. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 44-47).

92. "De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en

contundente, em decisão de 16 de março de 2016, afirmou que a titularidade por parte das pessoas jurídicas, do direito à presunção de inocência, estaria fora de dúvidas[93].

Nesse sentido, conforme explica Gimeno Beviá, muito embora uma primeira aproximação à valoração dos programas de *compliance* no âmbito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas poderia levar à impressão de que a estas incumbiria a carga da prova, por terem maiores conhecimentos a respeito de sua organização e do seu específico programa de cumprimento, esse entendimento violaria frontalmente o princípio da presunção de inocência[94].

Rechaça o autor os argumentos empregados pela doutrina contrária, no sentido de que a não inversão do ônus probatório no processo penal das pessoas jurídicas acabaria por impossibilitar a condenação delas. Para tanto, apresenta dois grupos de casos, quais sejam, o das empresas que (1) possuem um programa de *compliance* ou algum tipo de controle interno, e o das (2) empresas que não dispõem destes mecanismos[95].

No primeiro caso, diante de uma hipotética corporação que tenha implantado em seu cerne um programa de cumprimento efetivo, a posição lógica desta,

---

su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta" (TRIBUNAL SUPREMO – SALA SEGUNDA, DE LO PENAL. *STS 154/2016, 29 de Febrero de 2016*. Ponente: Jose Manuel Maza Martin. Disponível em: [https://supremo.vlex.es/vid/599579023]. Acesso em: 22.01.2019).

93. "Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas. Así lo hemos proclamado en la STS 154/2016, 29 de febrero [...] Esa afirmación no es sino consecuencia del nuevo estatuto de la persona jurídica en el proceso penal. Es importante, además, destacar que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. Y es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad" (TRIBUNAL SUPREMO – SALA SEGUNDA, DE LO PENAL. *STS 221/2016, 16 de Marzo de 2016*. Ponente: Manuel Marchena Gomez. Disponível em: [https://supremo.vlex.es/vid/631536907]. Acesso em: 22.01.2019).

94. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 290.

95. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 296.

quando se veja acusada em um processo penal, é a de uma conduta ativa, no sentido de colaborar com a justiça para agilizar sua isenção de responsabilidade. Isso porque, muito embora a carga probatória seja atribuída à Acusação, não faria sentido uma posição de inércia de um ente coletivo que, após custoso investimento em mecanismos de prevenção e controle delitivo, veja-se sujeito ao moroso processo penal, suportando os danos reputacionais dele derivados[96].

No segundo grupo de casos, qual seja, o das (2) empresas que não dispunham de um programa de *compliance*, Gimeno Beviá argumenta que, muito embora a prova possa parecer extremamente dificultosa sob um viés teórico, a prática demonstra o contrário. Segundo o autor, nas situações de condutas delitivas levadas a cabo por pessoas ocupantes de um alto cargo na corporação, o próprio crime será um forte indício da inexistência de um devido controle, uma vez que diante da filosofia *tone at the top,* a cultura de cumprimento deve ser promovida justamente pelos membros da direção e administração, até os funcionários hierarquicamente inferiores[97].

Em segundo lugar, ainda que a pessoa jurídica decida não colaborar ativamente no processo, não pode se olvidar que a Acusação tem em seu poder os meios tradicionais de prova[98], a fim de comprovar a falta ou ineficácia do controle devido, podendo, para tanto, intimar trabalhadores ou diretores na qualidade de testemunhas, que pelas próprias características e finalidades dos programas de *compliance* devem ter conhecimento dos procedimentos, mecanismos e do código de ética em si, sendo seu eventual desconhecimento uma prova da ineficácia ou inexistência do programa.

Nesse sentido, conforme destaca Neira Pena, não abstraindo-se da importância de eventuais provas documentais produzidas voluntariamente apresentadas pela empresa, vislumbra-se como igualmente idôneas para atestar a aptidão concreta de um programa para prevenir determinado crime, as provas testemunhais e, principalmente, as periciais, que com base em elementos técnicos e jurídico-penais,

96. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 296.

97. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 297.

98. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas:* adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 297.

deverão valorar se os mecanismos de controle instalados pela empresa eram suficientes para minimizar ou neutralizar os riscos de cometimento do delito apreciado em juízo[99-100].

Segundo Gómez-Jara Díez, os exames periciais deverão ser realizados por especialistas na matéria, que realizarão uma análise minuciosa e detalhada dos *standards* do setor e deverão aferir se, no momento da conduta, a empresa contava com uma cultura de cumprimento da legalidade[101].

Não pode se olvidar, por fim, que no sentido de concretizar a necessária e ampla comunicação dos valores e objetivos a serem observados por determinada empresa, seu código de ética contendo, entre outras providências, as políticas empresariais, os padrões de conduta e os procedimentos a serem observados em situações específicas, deve ser disponibilizado aos interessados, o que é feito, via de regra, através do *website* da companhia, sendo, portanto, acessível a qualquer pessoa, inclusive à Acusação, quando queira entender pelo menos a forma como está estruturado no papel, o programa de *compliance* em análise.

Entendemos, assim, que, apesar das inegáveis dificuldades probatórias no âmbito dos processos penais movidos em face de pessoas jurídicas, elas não justificariam uma inversão do ônus e atribuição à entidade Acusada, da carga de provar a existência e eficácia de seus programas de *compliance,* podendo o Ministério

99. NEIRA PENA, Ana María. La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas. In: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Dir.); NEIRA PENA, Ana María (Coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 285-286.

100. Em sentido semelhante, Coca Vila considera que para a aferição da adequação ou não dos programas de *compliance,* o juiz deverá necessariamente recorrer a peritos independentes (COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance:* prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 63).

101. Cumpre destacar que o autor, de maneira coerente com seu posicionamento nessa temática, apresenta as provas periciais entre as possibilidades a serem apresentadas pela defesa, para provar a idoneidade de seu programa (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 218). Porém, na linha defendida até então no presente trabalho, e em consonância com a presunção de inocência da pessoa jurídica Acusada no processo penal, não vislumbramos razão que impossibilite que essa prova seja requerida pela Acusação e levada a cabo por perito designado pelo juízo.

Público, quando aquela não colaborar ativamente no processo, fazer uso dos meios de prova tradicionais a fim de comprovar as pretensões acusatórias, sob pena de absolvição.

Considerações finais

Conforme restou demonstrado no decorrer do trabalho, entre os instrumentos que vêm sendo utilizados pelos ordenamentos jurídicos para minimizar as dificuldades estatais de regulação e fiscalização das atividades empresariais, assim como para auxiliar na prevenção, investigação e repressão de eventuais crimes ocorridos no âmbito de grandes corporações, os programas de *compliance,* acompanhados de regimes de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, têm recebido inegável destaque doutrinário e jurisprudencial, tendo sido, ainda, expressamente englobados na legislação penal de alguns países, tais como a Espanha, que os inclui como elementos aptos a excluir a responsabilidade penal dos entes coletivos.

A introdução desses mecanismos na aferição da tipicidade e/ou culpabilidade das pessoas jurídicas não veio desacompanhada de significativas e fundamentadas críticas, as quais foram analisadas no presente estudo, e que se fundam, de maneira geral, no legítimo receio de que a implantação, por si só, de programas de cumprimento, seja utilizada por grandes corporações como salvaguarda de responsabilidade penal em caso de eventuais condutas delitivas.

De fato, é uma preocupação que deve ser levada em conta pelo legislador, no momento de definição do modelo imputacional a ser adotado, impedindo, por um lado, que as pessoas jurídicas venham a ser condenadas de maneira "automática", a partir de uma conduta delitiva cometida no seu âmbito, mas também assegurando que a isenção de responsabilidade se dê somente nos casos de implantação prévia de um efetivo mecanismo de prevenção e controle, que verdadeiramente promova no cerne empresarial uma cultura de *compliance*.

Uma vez, porém, que seja feita a opção de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, devem ser asseguradas às mesmas as garantias inerentes à condição de sujeito passivo no processo penal, tal como reconheceu o Tribunal Supremo Espanhol, no que tange à presunção de inocência. Isso reflete necessariamente no âmbito probatório, ratificando que o ônus da prova também nos processos em face destes sujeitos, é da Acusação.

Ocorre que, a partir do momento em que consideramos, no sentido sustentado no decorrer do trabalho, que o *in dúbio pro reo* deve ser um critério a ser adotado pelo juiz no que tange a dúvidas referentes não somente a quaisquer

elementos do delito, mas também às circunstâncias atenuantes, agravantes e atinentes à punibilidade do agente, o argumento utilizado pela doutrina para afastar os programas de *compliance* da análise da tipicidade ou culpabilidade das pessoas jurídicas, cai por terra. Em outras palavras, quer se considere a existência e eficácia dos programas como excludentes de tipicidade e/ou culpabilidade, quer se considere como causas de isenção da pena, a carga da prova incumbirá, de qualquer forma, à Acusação, devendo o juiz, em caso de dúvidas e em respeito à presunção de inocência, adotar o *in dubio pro reo* e absolver/isentar de pena a corporação.

Dessa forma, as alegadas dificuldades probatórias impostas à Acusação não são um problema de "como" vão ser valorados os programas de *compliance* no processo penal das pessoas jurídicas, e muito menos de que modelo imputacional será adotado, mas sim, "se" esses mecanismos terão ou não relevância nessa aferição. E uma vez que determinado ordenamento jurídico, tal como o espanhol, opte por um sistema que expressamente sobreleve estes programas a um patamar que isente as corporações de responsabilidade penal, seja ele interpretado como for, deverá o Ministério Público – ou a *Fiscalía*, no caso espanhol – provar que as mesmas não cumpriram as condições e requisitos que as isentem de responsabilidade.

Essas provas, conforme sustentado, não poderão ser necessariamente consideradas como *provas diabólicas*, devendo a Acusação demonstrar, por exemplo e de maneira não exaustiva, que o programa fora implantado posteriormente ao delito, que entre os crimes previstos em seu mapa de riscos, não continha o efetivamente ocorrido, ou que as medidas adotadas pela empresa eram inidôneas para reduzir ou anular os riscos de cometimento de delitos da natureza do concretizado.

Ainda que a empresa decida não colaborar ativamente com a investigação, o Ministério Público poderá utilizar-se de meios de prova tradicionais, tais como a intimação de testemunhas e o requerimento de exames periciais, os quais, entendemos ser o meio mais adequado para certificar e eficácia ou não destes programas, sem incorrer em violações dos direitos e garantias da entidade Acusada.

Referências

ABIA GONZÁLEZ, Ricardo; DORADO HERRANZ, Guillermo. *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento – Compliance managing system*. Navarra: Aranzadi, 2017.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 5. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *Autorregulación y sanciones*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2015.

ASENCIO MELLADO, José M. *Derecho procesal penal*. 7. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOCK, Dennis. *Criminal compliance*. 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2011.

BOCK, Dennis. Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion – § 130 OWig als zentrale Norm der Criminal Compliance. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* Ausgabe 2/2009, p. 68-81, 2009. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_2_293.pdf]. Acesso em: 23.05.2018.

BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2018.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,* n. 39, p. 262-285, 2018.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010. *Cuadernos de política criminal,* v. 2, n. 101, p. 5-33, 2010.

COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance:* prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

ENGELHART, Marc. Corporate criminal liability from a comparative perspective. In: BRODOWSKI, Dominik; DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza; TIEDEMANN, Klaus; VOLGEL, Joachim (Ed.). *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014

ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance:* eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ,

Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2016.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas:* adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2015.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica:* teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad). In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El tribunal supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas:* el inicio de una larga andadura. Navarra: Aranzadi, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2.ed. Navarra: Civitas, 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa:* el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *La responsabilidad de las personas jurídicas:* aspectos sustantivos, procesales y jurisprudenciales. Palestra ministrada no Curso de Postgrado en Derecho Penal Económico y Teoría del Delito, da Universidad de Castilla-La Mancha. Toledo, 2019.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (Dir.). *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 *bis, ter, quáter* y *quinquies*. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.); MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; GÓRRIZ ROYO, Elena (Coord.). *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *"¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?"*. Ponencia presentada en el Curso "Tratamiento penal de la persona jurídica" (Código FC028VC), dentro del Programa de Formación de Fiscales del CEJ. Madrid, 2018.

HAUSCHKA, Christoph E. Einführung. In: HAUSCHKA, Christoph E. (Hrsg). *Corporate Compliance:* Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen. München: Verlag C. H. Beck, 2007.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo:* particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Criminal liability for legal entities: a comparative study between Spain, Portugal and Brazil. *Polar – Portuguese Law Review,* v. 2, n. 2, p. 191-224, July 2018. Disponível em: [www.portugueselawreview.pt]. Acesso em: 23.12.2018.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Da teoria do delito para as pessoas jurídicas: análise a partir da teoria construtivista de "autorresponsabilidade" dos entes coletivos. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP,* Franca, ano 20, n. 32, p. 161-191, jul.-dez. 2016. Disponível em: [https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2155]. Acesso em: 23.12.2018.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva. *Conpedi Law Review,* Zaragoza, v. 4, n. 1, p. 1-23, jan.-jun. 2018. Disponível em: [www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/4514]. Acesso em: 23.12.2018.

LIMA, Marcellus Polastri. *Prova penal:* de acordo com a reforma processual penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOMSEN, Carsten. Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* Ausgabe 6/2011, p. 508-516, 2011. Disponível em: [www.zis-online.com/]. Acesso em: 30.05.2018.

NEIRA PENA, Ana María. La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas. In: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Dir.); NEIRA PENA, Ana María (Coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2017.

NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento e estrutura dos programas de compliance. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal III (proceso penal)*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

PAMPEL, Jochen; GLAGE, Dietmar. Unternehmensrisiken und Risikomanagement. In: HAUSCHKA, Christoph E. (Hrsg.). *Corporate compliance:* handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen. München:Verlag C.H. Beck, 2007.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús. La prueba, I. In: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIELGELBERG, José Luis. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2010.

PUYOL, Javier. *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa:* fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 2018.

SCHÄFER, Ralf; PAETZEL, Ullrich. Kernelemente eines Compliance-Management-Systems. In: ZENKE, Ines; SCHÄFER, Ralf; BROCKE, Holger (Hrsg.). *Risikomanagement, Organisation, Compliance für Unternehmer.* Berlin: De Gruyter, 2015.

SIEBER, Ulrich. Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht: Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. In: SIEBER, Ulrich; DANNECKER, Gerhard; KINDHAUSER, Urs; VOGEL, Joachim; WALTER, Tonio (Hrsg.). *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht:* Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008.

SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Compliance programs for the prevention of economic crimes:* an empirical survey of German companies. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo; *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARUFFO, Michele. *La prueba.* Trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance:* incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A nova Lei Anticorrupção e o *compliance*, de Marcella Blok – *RDB* 65/263-318 (DTR\2014\15162);
- A responsabilidade penal das pessoas jurídicas: regulação espanhola, de José Luis Díez Ripollés – *RCP* 16/109-145 (DTR\2012\450241); e
- O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010, de José L. González Cussac e Paulo César Busato – *RBCCrim* 132/39-60 (DTR\2017\1422).

Leitura crítica e interdisciplinar do depoimento especial na Lei 13.431/2017

Critical and interdisciplinary reading of special statement in Law 13,431/2017

André Nicolitt

Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, 2011. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2003. Professor do PPGD – Faculdade Guanambi – BA. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Ibccrim. Membro do Instituto Carioca de Criminologia – ICC. Juiz de Direito Titular do Juizado de Violência Doméstica – São Gonçalo – RJ.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3857-3838
anicolitt@gmail.com

Ana Cláudia da Silva Junqueira Burd

Mestranda em Intervenções Clínicas e Processos Psicossociais – PUC Minas. Psicóloga Judicial do TJMG – Sete Lagoas – MG. Vice-Presidente da AASPSI Brasil – Associação dos Assistentes Sociais e Psicólogos da Área Sociojurídica do Brasil. Professora da Faculdade Ciências da Vida – Sete Lagoas – MG. Bacharel em Direito.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2792-6183
anacjunqueira@yahoo.com.br

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 15.03.2019
Última versão dos autores: 14.04.2019

Áreas do Direito: Penal; Infância e Juventude

Resumo: O presente estudo lança o olhar sobre o depoimento especial de crianças e adolescentes a partir da Lei 13.431/2017. Tem por objetivo analisar a compatibilidade constitucional do instituto, deficiências da legislação e as possibilidades de desvios operativos em razão da cultura autoritária e punitiva. A análise será centrada na produção e na valoração do depoimento. O recorte adotado será o depoimento especial e sua regência

Abstract: The present study looks at the special testimony of children and adolescents from Law 13,431/2017. Its purpose is to analyze the constitutional compatibility of the institute, deficiencies of the legislation and the possibilities of operational deviations due to the authoritarian and punitive culture. The analysis will focus on the production and the valuation of the testimony. The cut adopted will be the special testimony

na Lei 13.431/2017, ficando a questão da escuta especializada e a Lei 13505/2017 como meras indicações tangenciais que merecerem investigação específica.

Palavras-chave: Depoimento especial – Criança e adolescente – Prova – Direitos Fundamentais – Garantismo.

and its regency in Law 13.431/2017, with the issue of specialized hearing and Law 13.505/2017 as mere tangential indications that warrant specific investigation.

Keywords: Special testimony – Evidences – Fundamental rights – Garantismo.

Sumário: Introdução. 1. Verdade, punição e garantismo. 2. Depoimento especial: histórico e teleologia. 3. Depoimento especial: profissionais envolvidos e aspectos procedimentais. 4. Depoimento especial e sua valoração. Considerações finais. Referências.

Introdução

Em abril de 2017, veio a lume a Lei 13.431/2017, com o escopo de *estabelecer o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência*, dando ênfase aos institutos da escuta especializada e do depoimento especial. Em novembro do mesmo ano, a Lei 15.305/2017, de certo modo, estendeu às mulheres, vítimas e testemunhas de violência, regras que se aproximam nitidamente desses modelos (escuta especializada e depoimento especial).

Referida inovação legislativa demanda reflexão sobre sua inserção no campo "da prova" no processo penal. O objetivo do presente estudo é analisar a compatibilidade constitucional do instituto e as possibilidades de desvios operativos. A análise terá como foco tanto a produção como a valoração do depoimento. O recorte adotado será o depoimento especial e sua regência na Lei 13.431/2017, ficando a questão da escuta especializada e a Lei 13.505/2017 como meras indicações tangenciais que merecem investigação específica.

Sobre a metodologia, nossa pesquisa embora seja de certo modo dogmática[1], vez que verticaliza o tema a partir da Lei 13.431/2017, há um olhar zetético[2] na medida em que parte da dúvida e questiona premissas, tendo função especulativa. Adotamos o método crítico. A crítica conduz a uma atividade específica da razão, de fazer discernimentos e juízos. A crítica passa a ter uma dimensão essencial de denunciar abuso de poder e uma função de contestação e desmistificação[3].

1. BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 154.
2. BITTAR, Eduardo C. B. Op. cit., p. 155.
3. CLÉMENT, Elisabeth et al.*Dicionário Prático de Filosofia*. Edição Original: Paris, Hatier, 1994. 2. ed. portuguesa: Terramar, jan. 1999. p. 80.

Trata-se, a crítica, de instrumento de conhecimento que despreza as construções inconscientes, indaga sobre os fundamentos situando-se entre o ceticismo e a dogmática[4]. A crítica visa à produção de um conhecimento-emancipação[5].

Ainda sobre a questão metodológica, cabe uma advertência. O mundo e seus objetos existem como dados, independente dos homens, mas só ganham sentido e existência quando o sujeito deles toma consciência. Ademais, dois aspectos devem ser destacados, o primado da "existência" frente à "essência" e a ideia de "ser-no mundo"[6].

Como ensina Gadamer:

> "uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem 'neutralidade' com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se-conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias."[7]

Dessa forma, é importante destacar que os autores do presente ensaio estão implicados na questão em análise, tendo suas pré-compreensões e não ostentam a pretensão de neutralidade, uma vez que ocupam, respectivamente, papéis na magistratura e no quadro de psicólogos do judiciário, ou seja, "mergulhados na experiência."[8]

Com efeito, a análise possui um tom de cartografia social. Vale distinguir que:

> "O termo 'cartografia' utiliza especificidades da geografia para criar relações de diferença entre 'territórios' e dar conta de um 'espaço'. Assim, 'Cartografia' é um termo que faz referência à ideia de 'mapa', contrapondo à topologia

4. HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999., p. 43-44.
5. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2001. v.. 1. p. 89 e 79.
6. MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional*. Florianópolis: Habitus, 2008. p. 148-150.
7. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 405, apud MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit.
8. PASSOS, Eduardo. KASTRUP, Virgínia; TEDESCO, Silvia. *A experiência cartográfica e a abertura de novas pistas*. Pistas do método da cartografia: a experiência da pesquisa e o plano comum. Porto Alegre: Sulina, 2014. v. 2. p. 7-14.

> quantitativa, que caracteriza o terreno de forma estática e extensa, uma outra de cunho dinâmico, que procura capturar intensidades, ou seja, disponível ao registro do acompanhamento das transformações decorridas no terreno percorrido e à implicação do sujeito percebedor no mundo cartografado."[9]

Por outro lado, a cartografia social liga-se aos campos de conhecimento das ciências sociais e humanas e, não circunscrita ao mapeamento físico, trata de movimentos, relações, jogos de poder, enfrentamentos entre forças, lutas, jogos de verdade, enunciações, modos de objetivação, de subjetivação, de estetização de si mesmo, práticas de resistência e de liberdade. Não se propõe como método, proposição de regras, procedimentos ou protocolos de pesquisa. Na verdade, revela-se como pretensão de estratégia de análise crítica e ação política, olhar crítico que acompanha e descreve relações, trajetórias, formações rizomáticas, composição de dispositivos, apontando linhas de fuga, ruptura e resistência[10].

Quanto à técnica de investigação estará adstrita à revisão bibliográfica. Por fim, há que se destacar que a pesquisa, embora jurídica, terá cariz interdisciplinar. A maior parte dos livros que versam sobre as fontes de produção do conhecimento jurídico só se refere às fontes próprias do Direito (legislação, doutrina jurídica etc.), as chamadas fontes diretas. Ocorre que as novas metodologias propõem que a pesquisa jurídica dialogue com outras disciplinas[11]. Com efeito, para uma investigação sobre depoimento especial destacadamente de criança e adolescente, a psicologia como fonte indireta do conhecimento jurídico afigura-se indispensável.

No direito, apontamos como marco teórico o Garantismo Penal centrado na obra Direito e Razão de Luigi Ferrajoli.

Por fim, cumpre dizer que este ensaio está estruturado da seguinte forma. No primeiro momento indicaremos como (em que posição) os valores "verdade e punição" se inserem na discussão sobre o tema. Em seguida buscaremos demonstrar os valores essenciais à análise do tema, ou seja, os direitos fundamentais colocados em jogo. A partir de então, passaremos a análise da Lei 13.431/2017 no que se refere ao depoimento especial, especulando sobre os riscos operativos em

9. FONSECA, T. M. G. & KIRST, P.G. *Cartografia e devires: a construção do presente*. Porto alegre: UFRGS, 2003. p. 92.
10. PRADO FILHO, Kleber; TETI, Marcela Montalvão. A Cartografia como método para as ciências humanas e sociais. *Revista do Departamento de Ciências Humanas da Universidade de Santa Cruz do Sul*, n. 38, ano 2013/1, Barbarói, jan.-jun. 2013. Disponível em: [https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/2471/2743].
11. GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica.* Teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 30-31.

razão de uma cultura jurídica autoritária. Nessa quadra, lançaremos, de passagem, os olhos sobre o papel dos atores (juiz, psicólogos, assistentes sociais, promotores, defensores e advogados) e dos sujeitos (vítima/testemunha e réu).

1. Verdade, punição e garantismo

Não obstante os incessantes esforços em busca da fidelidade, o "verdadeiro" nunca é o "real". A realidade independe do homem, enquanto a verdade pertence à ordem do discurso ou da representação[12].

No curso da história, a verdade foi estudada de diferentes maneiras pela filosofia. A indagação sobre a natureza da verdade pertence à metafísica. Já o problema da preservação da verdade é de ordem lógica. Por sua vez, a questão do conhecimento da verdade é tarefa epistemológica[13].

Parece haver certo consenso, desde Tomás de Aquino, no século XVIII, conceber a verdade como correspondência, isto é, adequação entre inteligência ou espírito que concebe e a realidade. Com efeito, a verdade é uma propriedade da linguagem e não do real. Não obstante, há quem aponte a verdade como coerência, e não como correspondência[14].

As concepções de verdade variam desde o dogmatismo extremo até o ceticismo extremo. Entende-se por dogmatismo, primeiramente toda filosofia que afirma certas verdades, sendo, assim a oposição ao ceticismo. Em uma segunda leitura, posterior a Kant, a palavra ganha, com frequência, um sentido pejorativo, não como oposição ao ceticismo, mas sim como oposição à crítica e ao criticismo[15]. O Ceticismo, por seu turno, seria uma doutrina segunda a qual o espírito humano não é capaz de alcançar, com certeza, qualquer verdade de ordem geral ou especulativa[16]. Em outros termos, o ceticismo propõe "praticar a dúvida"[17].

12. CLÉMENT, Elisabeth, *et al*. Op. cit., p.389.
13. SCHORN Remi. *O problema da verdade do conhecimento no racionalismo crítico*. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2008. p. 34.
14. CLÉMENT, Elisabeth, *et al*. Op. cit., p. 390.
15. LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
16. ALVES, Manuel dos Santos. *História da filosofia*. Porto: Porto Editora, 1989. p. 44.
17. CLÉMENT, Elisabeth, *et al*. Op. cit., p. 56.

Os filósofos dogmáticos formularam teorias com a pretensão de responder as grandes questões que desafiam a inteligência humana. Já os filósofos céticos se ocuparam de avaliar e discutir racionalmente, sob a premissa de que sempre as tentativas podem estar erradas. Dessa forma, dogmatismo e ceticismo marcam os limites extremos, estando, no meio, o campo no qual ocorrem os exames filosóficos mais produtivos[18].

Uma das grandes contribuições sobre a verdade vem dos filósofos vinculados ao pragmatismo, para os quais a verdade é essencialmente dependente dos resultados práticos e da utilidade para o homem[19]. Nesse contexto, as concepções de verdade de Nietzsche são preciosas.

Para Nietzsche, a verdade é relativa à instância de avaliação que a institui como pretensamente incondicional. A concepção de verdade absoluta é falsa e está vinculada a interesses, a vontade de poder[20]. O referido autor ousou questionar a razão que nos faz querer a verdade e se ela merece mesmo ser procurada, asseverando que a verdade é uma escolha e podemos gostar mais de outras coisas do que da verdade[21].

Interessa-nos, nessa altura, destacar o falibilismo. Trata-se de uma doutrina filosófica segundo a qual não podemos ter a certeza de qualquer forma de conhecimento. O falibilista não incide nem no ceticismo radical, isto é, não afirma que nenhuma forma de conhecimento é válida, e nem no relativismo radical, pois, também não admite qualquer forma de conhecimento como válida. Para os filósofos falibilistas, existem formas de conhecimento mais válidas, legítimas e frutíferas que outras, mesmo que não tenhamos certeza delas.

Um dos grandes nomes do Falibislismo é Karl Popper, um kantiano preocupado principalmente com a epistemologia[22], considerado um dos filósofos mais influentes do século XX. Foi um filósofo social e político, defensor da democracia liberal. Para ele, as sociedades liberais ou abertas convivem melhor com a concorrência das teorias, enquanto as sociedades fechadas se assentam em explicações totalizadoras e irrefutáveis do mundo, de forma que a reflexão epistemológica desemboca numa ética da verdade própria das sociedades democráticas[23].

18. SCHORN Remi. Op. cit., p. 27.
19. ALVES, Manuel dos Santos. Op. cit., p. 141.
20. GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche & Para além de bem e mal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 18.
21. CLÉMENT, Elisabeth, *et al*. Op. cit., p. 391.
22. SCHORN Remi. Op. cit., p. 32.
23. CLÉMENT, Elisabeth, *et al*. Op. cit., p. 307-308.

Popper afirma que a verdade, em sua epistemologia, funciona como ideia regulativa da correspondência entre a asserção e aquilo a que a asserção se refere[24]. O que distingue a filosofia popperiana é sua concepção de verdade como ideia regulativa, em contexto falibilista, e seu criticismo como remédio para o dogmatismo e o ceticismo. No âmbito da crítica, o falibilismo é busca da verdade em condições de incerteza. No falibilismo, encontra-se a negação da possibilidade de demonstração absoluta da verdade, embora também não negue absolutamente a possibilidade da verdade[25].

Na mesma esteira, encontramos Charles Sanders Peirce, um dos grandes filósofos norte-americanos, apontado como o criador do pragmatismo e da semiótica moderna[26]. Para ele, *em geral, não podemos, de nenhum modo atingir certeza nem exatitude perfeitas. Não podemos estar absolutamente certos de nada, nem podemos, com alguma probabilidade determinar o valor exato de qualquer medida ou proporção geral* (PEIRCE[27] apud SALATIEL, 2009).

Na teoria do conhecimento de Peirce, o falibilismo é uma das teses centrais e um dos argumentos principais é que todo juízo é potencialmente errôneo ou não verdadeiro[28].

Diante de tamanho problema filosófico em torno da verdade, causa-nos espécie a associação que se faz do processo penal com a chamada busca da verdade material, ou real. Com efeito, nessa quadra, pretendemos assentar a verdade que se busca no processo aos limites impostos pelos direitos fundamentais e defender uma concepção falibilista de verdade para o processo penal.

É recorrente a ideia de que no processo penal vigora o princípio da verdade real, o que importa, inclusive, no dever de o Juiz desenvolver, no curso do processo, atividade instrutória, uma vez que não se pode contentar com a verdade produzida pelas partes.

A doutrina tradicional há muito consagra a existência do chamado princípio da verdade real. Não são poucos os autores que pontificam que, "diferentemente

24. SCHORN Remi. Op. cit., p. 34.
25. SCHORN Remi. Op. cit., p. 254.
26. SALATIEL, José Renato. Falibilismo e matemática em Charles S. Peirce. *Revista de Filosofia Argumento*, ano 1, n. 2, 2009. p. 7.
27. PIERCE, Charles S. In: KETNER, Kenneth Laine (Ed.). *Reasoning and the logic of things*: the Cambridge Conferences Lectures of 1898. Cambridge/London: Harvard University Press.
28. SALATIEL, José Renato. Op. cit., p. 8.

do que ocorre no Processo Civil", no Processo Penal, o Juiz é dotado de poderes inquisitivos[29], em decorrência do princípio da verdade real[30].

No Brasil, afirma-se que o art. 156 do CPP é o supedâneo legal de tal princípio, vez que autoriza expressamente o Juiz a produzir provas de ofício, com o escopo de afastar dúvidas que ainda pairem após a atividade das partes.

Os mesmos autores advogam a importância da satisfação do interesse público na descoberta da verdade material (substancial ou real). Contudo, ousamos discordar desse entendimento e fazer a seguinte afirmação: Não existe o princípio da verdade real.

O Processo Penal do Brasil, iluminado pelas bases da Constituição de 1988, não busca a verdade real. Como adverte Barros[31], alguns justificam a necessidade de se encontrar a verdade real em razão da supremacia do interesse público. Todavia, a própria Constituição elegeu a dignidade da pessoa humana (art.1º, III) como valor fundamental à República Federativa do Brasil.

Esse princípio apresenta-se como o primeiro limite imposto à busca da verdade no processo, exigindo que ela seja fruto de uma construção ou descoberta ética, respeitando a pessoa humana como fim em si mesmo.

Temos, ainda, na Constituição do Brasil, outro aviso sobre a opção constitucional de renúncia a uma verdade afinada ao dogmatismo como é a verdade real. Trata-se do art. 5º, inciso LVI, que proclama como inadmissíveis no processo as provas ilícitas. Deixou claro a Constituição que não lhe interessa a verdade absoluta, real ou material. Ao contrário, repita-se, almeja ela uma verdade eticamente construída[32]. Do contrário, não vedaria a admissão das provas ilícitas.

Ainda na Constituição Brasileira de 1988, deparamo-nos com o art. 98, I, no qual se vê a possibilidade de transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo. A inserção de um espaço de consenso no Processo Penal demonstra, uma vez mais, a opção constitucional de renúncia a qualquer forma absoluta de verdade, uma vez que, através da transação penal, não há investigação da verdade,

29. Alguns autores chamam de "poderes instrutórios". Cf. BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 135.

30. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda. 1974. p. 193; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 216; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 413.

31. BARROS, Marco Antonio. Op. cit.

32. ANDRADE, Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 15.

resolvendo-se o caso penal através de um "acordo" entre o Ministério Público e o suposto autor do fato.

Isso posto, é inarredável a conclusão no sentido de que a Constituição optou por um Processo Penal Democrático, adotando um sistema acusatório com espírito garantista e abraçando a ideia de verdade mínima[33] possível, descoberta sob o crivo do contraditório, da ampla defesa e com respeito às garantias processuais, dentre as quais a dignidade da pessoa humana[34] e a imparcialidade do Julgador.

A busca da verdade está limitada pelos direitos fundamentais. Para não transformar o processo em um espetáculo de horrores, justifica-se *o sacrifício do ideal de obtenção de uma verdade processual mais próxima à realidade dos fatos*[35]. Portanto, não há que se falar em princípio da verdade real à luz de um processo penal afinado com as garantias fundamentais do ser humano, quando esse suposto princípio encontra nítida barreira nos direitos fundamentais.

No âmbito de um estudo que tem por escopo a análise do depoimento especial, destacadamente de infantes, sua relação com a busca da verdade em um processo penal democrático, afigura-se conveniente lançar uma nota sobre a dignidade da pessoa humana. *Ab initio,* cabe destacar que a dignidade humana é um valor intrínseco da pessoa humana, irrenunciável e inalienável. Ressalta-se que a dignidade, como qualidade intrínseca do ser humano, nunca pode ser sacrificada.[36] Embora a densificação da dignidade humana e sua concordância prática seja de grande dificuldade, a chamada *teoria de cinco-componentes*[37] e a *fórmula-objeto* de Dürig são de importância ímpar na regência do tema.

A primeira teoria eleva a integridade física e espiritual do homem como aspectos irrenunciáveis de sua individualidade e consagra a autonomia individual através da limitação dos poderes públicos, relativamente aos conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito[38]. A segunda postula que a dignidade humana é atingida quando a pessoa humana se torna um mero objeto do agir

33. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 38, 434-440.
34. Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 99.
35. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p 99.
36. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 74.
37. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina, 2003. p. 249.
38. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 248-249.

estatal[39], está, por essa linha, proscrita qualquer coisificação (reificação) do ser humano, ou seja, não pode ser instrumentalizado.

Com efeito, o depoimento de modo geral, e com maior razão o depoimento especial, deve atender inteiramente ao comando de respeito aos postulados da dignidade humana.

Por fim, sempre se deve ter em mente que a dignidade é o fim do próprio Estado. Dessa maneira, toda atividade estatal deve estar sempre voltada à tutela, à realização e ao respeito à dignidade humana, o que não exclui a atividade persecutória estatal, seja através da investigação criminal, seja no exercício da ação penal, seja no curso do processo, seja ainda na execução penal, já que o Estado pode até privar o homem de sua liberdade, mas jamais de sua dignidade.

Com efeito, a busca da verdade no processo penal deve ter por foco primário, não a punição, mas a preservação da dignidade tanto do réu, como das testemunhas, vítimas, e auxiliares da justiça.

Desse modo, a dignidade humana se apresenta como grande limitador da atividade estatal voltada à persecução criminal.

Por outro lado, essa relação dignidade-busca da verdade produz na sociedade contemporânea profundo ruído. Isso porque a sociedade brasileira contemporânea está construída significativamente à base do espetáculo[40]. Na sociedade em que "ser" significa "ser percebido", ou seja, viver é atuar, representar[41] um papel como condição para ser percebido, os atores jurídicos também acabam se inserindo nessa lógica e buscam fugir da sensação de invisibilidade e insignificância.

Em meio aos vários espetáculos que se acumulam na atual quadra histórica, estão em cartaz os "julgamentos penais", em que entram em cena, principalmente, dois valores: a verdade e a liberdade[42]. Não como protagonistas, mas principalmente como vilões. O protagonismo está entregue à fé nas penas, remédio "heroico" para os mais variados problemas sociais (violência, corrupção etc.)[43]. A sociedade do espetáculo nutre grande sede de punição.

39. KLOEPFER, Michael. *Vida e dignidade da pessoa humana*. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 164.
40. GOMES, Marcus Alan. *Mídia e sistema penal*: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de janeiro: Revan, 2015. p. 52.
41. DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 13.
42. CASARA, Rubens. *Processo Penal do espetáculo e outros ensaios*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 28.
43. NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 150.

O problema reside no fato de que o processo penal é instrumento de racionalização do poder penal e para atender à finalidade de entreter (tornar-se um espetáculo) acaba por sofrer uma deformação. Com efeito, perde sua função de garantir direitos fundamentais e passa a função de garantir entretenimento[44].

Na perspectiva garantista, é necessário resistir na defesa das garantias fundamentais, não permitindo que o processo penal seja capturado por esse modelo perverso e deformador. Para tanto, há que se dar realce à dignidade humana e aos direitos fundamentais em qualquer ato de interpretação ou aplicação das leis.

Assim, o garantismo penal adotado como marco teórico nos faz crer que a crise jurídica que vivenciamos atualmente não decorre da necessidade de se reconhecer o ordenamento ou aperfeiçoá-lo, mas, sim, na sua efetividade.[45] Pouco significa a proclamação de direitos, se estes não saírem da esfera da retórica para integrarem a realidade das relações sociais, condicionando-as.

A efetividade do direito é uma preocupação da teoria do garantismo. Embora tenha ele nascido em um sentido estrito de "garantismo penal", atualmente ganhou uma dimensão alargada, configurando-se mesmo como uma teoria geral do direito.[46] Trata-se de uma teoria axiomática do direito[47].

O garantismo tem por preocupação conter o risco da violação dos direitos, exprimindo uma desconfiança na espontânea satisfação e respeito aos direitos, principalmente os direitos fundamentais. Assim, opõe-se às concepções das relações econômicas, políticas, as relações de direito público e privado, que se assentam na ilusão de um "poder bom", ou no espontâneo respeito ao direito.[48]

A teoria do garantismo propõe a conformação do Estado real ao modelo ideal, obra dos valores ético-políticos e de justiça incorporados pelo direito positivo,

44. CASARA, Rubens. *Processo penal*, cit., p. 29.

45. Nessa quadra vem a memória a frase do romance *O Processo*, quando o autor nos conta que, ainda que K. vivesse em um Estado Constitucional de Direito, inexplicavelmente, teve sua casa invadida, e o levaram preso, não obstante estarem todas as leis em vigor (KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Marin Claret, 2008).

46. FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público*, ano 22, n. 85, jan.-mar. 2001. p. 8-9.

47. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris:* teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2013. v. I. p. 4.

48. FERRAJOLI, Luigi. Garantias..., cit., p. 9.

tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, bem como as garantias desses direitos fundamentais.[49]

Está assim ancorado na tradição iluminista, articulando mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano. Referida limitação não estará restrita ao Executivo, mas a todas as funções estatais, no que se inclui o Legislativo, vinculado que está aos direitos fundamentais, de modo que nem mesmo a vontade da maioria pode negar ou violar os direitos fundamentais.[50]

O "garantismo" como técnica de tutela dos direitos fundamentais é algo novo e pode se apresentar em várias quadras, como garantismo patrimonial, adjunto à tutela da propriedade e de outros direitos patrimoniais; garantismo liberal ou penal, designando as técnicas consagradas para defesa dos direitos de liberdade; garantismo social, como o conjunto de garantias para satisfazer os direitos sociais, como saúde, educação, trabalho etc.; garantismo internacional, relacionado à tutela dos direitos humanos previstos em declarações e documentos internacionais[51].

Tem-se, portanto, o garantismo para definir o conjunto das limitações e obrigações impostas a todos os poderes – públicos e privados, políticos (ou de maioria) e econômicos (ou do mercado), em nível nacional e em nível internacional – com vista a tutelar, através da sua sujeição à lei e especificamente aos direitos fundamentais por ela estabelecidos, tanto a esfera privada contra os poderes públicos, como a esfera pública contra os poderes privados.[52]

Trata-se de um juspositivismo crítico contraposto ao juspositivismo dogmático, interpretado como uma filosofia política que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, não prescindindo da efetiva proteção destes, ciente de que não é suficiente o reconhecimento dos direitos fundamentais, fonte de legitimidade do Estado e, também, de sua capacidade de renovar-se sem recorrer à violência subversiva[53], sendo necessária a busca insistente por sua construção existencial (efetividade).

---

49. CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva*: sociedade brasileira e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87.
50. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal*: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 86-87.
51. FERRAJOLI, Luigi. Garantias..., cit., p. 9.
52. Idem.
53. BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. Madrid: Trotta, 1999. p. 16.

A partir de tal referencial, a validade das leis só ocorre quando o seu conteúdo coincide com os princípios constitucionais e, portanto, a jurisdição está investida de uma função crítica: a de aferir a validade constitucional das normas[54]. Tais ideários são fundamentais de igual modo para pautar a interpretação das normas.

O chamado Sistema Garantista, cunhado precipuamente na obra *Direito e razão*, inspirada nos conceitos iluminista e liberal, parte da franca antítese que domina a história humana, ou seja, "liberdade e poder", encontrando-se o sistema abertamente comprometido com a tutela da liberdade e os limites do poder[55].

Outra diretriz importante do garantismo refere-se ao impacto das garantias processuais, como o contraditório, igualdade de armas, presunção de inocência etc., sobre a verdade processual, que será sempre probabilística da verdade factual[56], uma verdade relativa, mínima. Em outras palavras, na perspectiva do garantismo, a verdade perseguida pelo processo encontra eco na verdade aproximação, e não na verdade correspondência[57]. Dessa forma, ao abraçarmos o garantismo como teoria do direito, renunciamos à verdade máxima, de cariz inquisitorial, cuja satisfação dessa "vontade de verdade", na expressão de Nietzsche, muitas vezes não ocorrerá sem que se recorra a práticas grotescas e violadoras da dignidade e dos direitos fundamentais. Por outro lado, a verdade mínima recomendada pela teoria do garantismo e pela democracia constitucional, que limita a vontade majoritária, pode prescindir do recurso à violência para a obtenção da verdade.

Em um primeiro momento de aproximação com o direito, a psicologia é chamada a atestar a veracidade dos testemunhos. Tarefa impossível do ponto de vista psicológico, já que a verdade para a psicologia é construída de forma subjetiva. Ou seja, cada indivíduo traz, de acordo com sua história, suas emoções, influências e percepção dos fatos, um viés único que, para ele, se traduz na verdade de tais fatos. A psicologia, nesse caso, não pode responder à demanda do direito, sem incorrer no risco de reforçar uma mentira ou de valorar em demasia um aspecto da realidade, que tenha sido supervalorizado pelo indivíduo.

54. FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Lugi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.
55. BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 7-13.
56. FERRAJOLI, Luigi. Garantias..., cit., p. 15-16.
57. FERRAJOLI, Luigi. Direito..., cit., p. 38-42, 434 e 440.

A psicologia cuida do comportamento humano e dos processos mentais, tendo um objetivo específico que é entender por que as pessoas pensam, sentem e agem de certa maneira. No mundo jurídico, a psicologia objetiva a busca da verdade em que pode transcender os limites do indivíduo. A psicologia propriamente dita, sem olvidar o contexto no qual a pessoa se encontra, foca no mundo interior. Já o direito busca a realidade dos fatos. A psicologia opera no campo da realidade psíquica dos envolvidos. Ao direito interessa a verdade dos fatos (ou, ao menos a verdade do processo). À psicologia interessa a verdade percebida pelo indivíduo[58].

Mira Y Lopez[59] afirma que o testemunho de uma pessoa sobre os acontecimentos depende de cinco fatores:

1. O modo como percebeu os fatos, o que envolve condições externas e internas.

2. O modo como sua memória os conservou, que é um processo neurofisiológico de formação da memória, e que sofre interferências das condições orgânicas e do funcionamento mnêmico.

3. O modo como é capaz de evocá-lo, processo que envolve aspectos psico-orgânicos e mecanismos psíquicos como repressão e censura.

4. O modo como quer expressá-lo, que se refere ao grau de sinceridade.

5. E o modo como pode expressá-lo, que engloba o grau de precisão expressiva, de fidelidade e clareza com que a pessoa é capaz de descrever suas impressões para que as outras pessoas as sintam ou compreendam como ela.

Claro que existem técnicas psicológicas para se esclarecer os aspectos reais dos fatos com a vítima ou testemunha de determinadas situações. A contraposição de escutas em momentos diferentes, com perguntas abertas e diferentes para o mesmo assunto é um deles. Na apuração da verdade, ainda há que se considerar o aspecto da formação das memórias, já tão estudado pelos neuropsicólogos e neurocientistas. Esses estudos apontam que a memória é construída a partir de vários processos neuropsicológicos. Os maiores reguladores da aquisição, da formação e da evocação das memórias são justamente as emoções e os estados de ânimo.[60]

58. CAIRES, Maria Adelaide de Freitas. *Psicologia jurídica, implicações conceituais e aplicações práticas*. São Paulo: Vetor, 2003. p. 205 e seguintes.

59. MIRA Y LOPEZ, Emílio. *Manual de psicologia jurídica*. Campinas: LZN, 2005. p. 167-199.

60. IZQUIERDO, Ivan. *Memória*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. p. 1-11.

A nossa memória, como humanos, forma-se e se deforma, posto que descarta o menos importante e, às vezes acrescenta aos fatos vividos, partes irreais, estabelecendo as memórias vividas de acordo com as experiências. As memórias são então abstrações, já que não são iguais à realidade, mas o que traduzimos a partir dela, através da linguagem, em dois processos, um entre a realidade e a formação da memória respectiva e outro entre esta e a correspondente evocação.[61]

A memória infantil tem um processo de armazenamento diferente da do adulto, em virtude da imaturidade do córtex frontal. Antes dos dois anos, a memória se baseia pouco na verdade e na racionalidade diante da imaturidade do hipocampo, portanto não é episódica, fática, mas toma forma de hábitos e crenças. Memória implícita, em vez da explícita. Sendo assim, a memória infantil não se expressa na linguagem, mas no comportamento. E isso não se processa pela narrativa oral, mas na forma como a criança age, pelos sintomas que desenvolveu e pelas fantasias que expressa nos brinquedos e relatos fabulados.[62]

Diante das reflexões advindas da filosofia, da psicologia e de outros saberes, fica evidente que o direito deve arrefecer sua sede de verdade e despir-se de tamanha pretensão, buscando uma verdade relativa, ética, limitada, como propõe o garantismo.

2. Depoimento especial: histórico e teleologia

Em 04 de abril de 2017, foi promulgada a Lei que normatiza a oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, perante autoridade policial ou judiciária, nomeando tal oitiva de "depoimento especial", ou seja, a tomada de depoimento de crianças ou adolescentes vítimas ou testemunhas de violência de modo diferenciado, adotando-se, de modo geral, uma prática judicial anterior à lei conhecida até então como "depoimento sem dano", pioneiramente (2003) desenvolvida no Rio Grande do Sul[63].

61. IZQUIERDO, Ivan. Op. cit., p.1-11.

62. FERREIRA, Maria Helena Mariante. *Primun non noscere. Violência sexual e escuta judicial de crianças e adolescentes:* a proteção de direitos segundo especialistas. São Paulo: AASPTJ-SP e CRESS-SP, 2012. p. 189-205.

63. ZAVATTARO, Mayra dos Santos. *Depoimento* especial. Aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a Lei 13.431/2017. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 133; PÖTTER, Luciane. Lei 13.431/2017: a escuta protegida e os desafios da implantação do sistema de garantia de direitos para a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. In: PÖTTER, Luciane (Org.). *A escuta protegida de crianças e adolescentes*: OS desafios da implantação da Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 29.

A despeito da Lei trazer em sua Ementa que "estabelece o sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)", fica evidente que o objetivo primeiro e último da referida norma legal foi o de estabelecer a oitiva de crianças que, embora já estivesse sendo feita no Brasil em vários Tribunais, era protegida apenas pela chamada soft law, ou seja, por uma Recomendação do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação 33/2010) e pela Resolução 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, portanto carecia ainda do pleno amparo legal.

Em um cenário de aberto populismo punitivo, de discursos midiáticos contra os crimes sexuais contra crianças e de enormes retrocessos na organização e oferecimento da proteção social no País, uma Lei como essa acaba por reforçar os processos alienantes e alienadores que se instauram com velocidade inaudita, fazendo coro com as análises e propostas reificadas que confundem proteção dos direitos da criança com responsabilização criminal e encarceramento de seus supostos agressores.

Uma análise cuidadosa da referida Lei (sistema) somada a tradição jurídica autoritária (cultura) permitirá evidenciar que o paradigma de garantir a extração da prova contra o possível agressor, utilizando-se da palavra e do testemunho da criança/adolescente continua fortemente presente.

Foram inúmeras as ações (seminários, grupos de estudos, debates, oficinas etc.) dos Conselhos Profissionais de Serviço Social, de Psicologia, bem como de entidades representativas dos assistentes sociais e psicólogos do país, como Aasptjsp (Associação dos Assistentes Sociais e Psicólogos do Tribunal de Justiça de São Paulo) e AaspsiBrasil (Associação dos Assistentes Sociais e Psicólogos da Área Sociojurídica do Brasil) , lastreados em análises de especialistas, ao longo dos últimos anos para tentar mostrar à sociedade e ao CNJ, bem como ao Parlamento brasileiro a inadequação de se usar a palavra da criança, vítima e testemunha, para fazer a principal prova criminal contra alguém.

Essas entidades demonstraram à exaustão, através de livros, artigos e Notas Técnicas já publicados sobre o tema, bem como oficinas, seminários e debates, como pode ser revitimizadora a prática de fazer a criança rememorar o que com ela ocorreu, ainda que por uma única vez.

Após todo esforço, as entidades profissionais, bem como os especialistas na área, vêm defendendo que o que realmente protege a criança é a avaliação psicológica e o estudo social que se possa realizar quando das denúncias ou evidências de que algo ocorreu com a criança ou o adolescente.

O chamado "depoimento especial" (nova nomenclatura do antigo "depoimento sem dano") na verdade não é protetivo muito menos não está imune de

produzir danos. Trata-se, quando muito, de uma política de redução de danos, principalmente quando a cultura jurídica autoritária tende a colocar em sua centralidade a obtenção de uma prova "válida" para incriminar o suposto violentador, e que não possa ser desqualificada por conta de naturais oscilações no discurso da criança.

A despeito de todas as incursões junto ao CNJ e ao próprio Parlamento as entidades foram vencidas e viram ocorrer a aprovação da Lei.

A indigitada Lei 13.431/2017, em seu art. 8º, estabelece que "Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária".

Uma primeira distinção deve ser feita no estudo do tema. O depoimento especial como instrumento de produção de prova se destina a produção de duas espécies diferentes de prova, a saber: a prova testemunhal (art. 201, CPP) e a tomada de declarações do(a) ofendido(a). Importante notar que possuem características distintas. A testemunha que presta compromisso de dizer a verdade, deve ser desinteressada no resultado do feito, pode ser contraditada (art. 2014, CPP), se submete a regime de suspeição e impedimento e pode responder por falso testemunho. O ofendido ou a vítima, não presta compromisso, possui, em tese, interesse no feito, portanto, não sofre contradita, não há discussão sobre impedimento ou suspeição e pode responder por denunciação caluniosa.

É bem verdade que há muitos pontos em comum entre um e outro tipo de prova. Para ambos os casos os depoimentos são orais, o CPP prevê condução coercitiva (art. 201, § 1º, e art. 218) e são registrados do mesmo modo (art. 405, § 1º).

O nosso Código de Processo Penal, cuja tradição autoritária remonta o fascismo, deixa de modo marcante a sede de verdade e de punição, na medica em que prescreve que toda pessoa pode ser testemunha (art. 212), até mesmo doentes mentais, crianças e adolescentes que ficam excluídos, em alguns casos, do compromisso de dizer a verdade (art. 208). Ademais, calar ou falsear a verdade constitui crime e o não comparecimento a depoimento permite a condução coercitiva (art. 218).

Mesmo a vítima pode ser conduzida coercitivamente na sistemática do código (§ 1º, art. 201), embora quanto a esta afirme que "sempre que possível" o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias do fato.

O fato é que o sistema processual brasileiro, até então, não cuidou dos depoimentos de crianças e adolescentes em perspectiva que não tivesse a produção probatória na centralidade. Mesmo a vítima, de modo geral, olvidando sua possibilidade de ingresso como assistente, tem capítulo próprio no título "Da Prova" no CPP.

A Lei 13431/207, além de não ter dado tratamento diferenciado da criança e adolescente na condição de vítima e de testemunha, não quebrou o paradigma da centralidade probatória, apenas aplicou uma política de humanização do ato, com fim de reduzir danos ou buscar legitimar eticamente o espetáculo degradante de se ouvir crianças e adolescentes sem o menor cuidado ou preparo.

Por óbvio, partindo do pressuposto legal anterior, ou seja, no contexto no qual crianças e adolescentes são ordinariamente, e porque não dizer, obrigatoriamente ouvidas, ou só dispensadas da oitiva ao sabor do bom senso de alguns, o novo regramento em alguns aspectos representa avanços na medida em que busca algum progresso a fim de evitar o aprofundamento da agressão secundária produzida pelo sistema criminal. Porém, não está imune a uma série de críticas, destacadamente quando não traz mecanismos que de fato possam reduzir os danos primários produzidos pela agressão[64].

Há um problema de desrespeito à teleologia do ordenamento de proteção da infância e juventude gerado pela cultura autoritária dos operadores do direito e que o sistema legal não foi eficiente o bastante para inibir distorções. O depoimento especial deve atentar para dois vetores que envolvem direitos fundamentais afetos à dignidade humana, a saber: o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e as garantias fundamentais do acusado. Não obstante, a questão acaba sendo remetida para a instrumentalização do ato dirigido à instrução probatória com fim de punição do autor do delito, aspecto secundário do instituto.

Na doutrina afirma-se que a criança ou adolescente vítima tem o direito de ser ouvida e este deve ser interpretado à luz da doutrina da proteção integral e da prioridade absoluta. Nesse sentido, há firme questionamento se a oitiva da criança como vítima ou testemunha seria o meio mais adequado de proteção de seus interesses[65].

Sustenta-se que ao contrário de uma ação que, realmente, tenha por objetivo afastar a experiência traumatizante da memória da criança e restaurar a saúde psicológica e, algumas vezes, física do processo de vitimização sofrido pela criança abusada, o interesse precípuo que motiva a oitiva é a produção da prova[66] com escopo do Estado exercer seu direito de punir.

---

64. ZAVATTARO, Mayra dos Santos. Op. cit., p. 152.

65. ZAVATTARO, Mayra dos Santos. Op. cit., p. 150.

66. LOPES, Ana Christinba Brito; DASVIRGENS, Eufrásia Maria Souza. *Depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual: proteção ou nova metáfora em busca da verdade real?*. In: PÖTTER, Luciane. *Depoimento especial de crianças e adolescentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 186.

Não se olvida que a criança ou adolescente vítima de violência tem o direito de ver seu agressor punido. Todavia, há que colocar outros meios de prova na centralidade da persecução penal para não entregar tal ônus e sofrimento aos infantes, compelindo-os aos danos secundários.

Nesse sentido destaca-se que a Lei 13.341/2017 embora tenha reservado um título com o nome "Escuta Especializada e Depoimento Especial", dedicou apenas um parágrafo à escuta especializada, sendo certo que esta permite de modo mais adequado a aplicação de instrumentos validados pela ciência Psi e pelo Serviço Social no que tange ao tempo subjetivo da criança e suas necessidades específicas, seja para revelar violações ou para desconstruir verdades.

Como esclarece a nota técnica do CFESS:

> "Os artigos supracitados indicam diferenças substanciais quanto ao lugar em que se opera cada uma das modalidades, a natureza e finalidade de cada instância envolvida e os atores partícipes desse processo. Quando se fala em escuta especializada, o lugar se refere aos órgãos da rede de proteção, ou seja, das diversas políticas sociais que deverão, de forma articulada, trabalhar para assegurar que todas as necessidades da criança e/ou adolescente sejam atendidas mediante o acesso aos direitos e, portanto, a proteção integral. A escuta especializada está situada como procedimento que pode vir a ser realizado por profissionais que atuam diretamente no âmbito da proteção social de crianças, adolescentes e suas famílias.
>
> Já o depoimento especial é procedimento relativo à oitiva ou inquirição de crianças e/ou adolescentes para produção de prova de situação de violência, realizado pelos órgãos que têm o dever de investigar, apurar fatos, de penalizar e repreender, como as forças policiais, o Ministério Público e os tribunais de justiça."[67]

Os profissionais da psicologia e do serviço social podem fazer diversos estudos e avaliações com naturezas distintas. Há estudos voltados a uma escuta com objetivo de compreender a situação de violência, avaliando impactos e a partir deles se elabora a abordagem psicossocial e/ou psicoterapêutica mais adequada. O depoimento especial não configura avaliação psicológica tampouco perícia psicológica. Trata-se de prova testemunhal. Por outro lado, a avaliação psicológica forense é prova pericial e transcende a entrevista podendo incluir um conjunto de técnicas[68].

67. Nota Técnica sobre o exercício profissional de assistentes sociais e as exigências para a execução do Depoimento Especial – CFESS. Disponível em: [www.cfess.org.br/arquivos/depoimento-especial-notatecnica2018.pdf]. Acesso em: 29.01.2019.

68. SCHAEFER, Luiziana Souto; MIELE, Adriana. *O impacto da Lei 13.431/2017 na atuação do(a) psicólogo(a) em casos de suspeita de violência contra crianças e adolescentes.* In:

Estudos e avaliações psicológica, social ou psicossocial podem contribuir para a persecução penal sendo certo que apresenta carga menor em relação aos danos secundários, nessa hipótese estamos diante de prova pericial. Perícia é "o exame procedido por pessoa que tenha determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos"[69] acerca de fatos, objetos, circunstâncias objetivas ou condições pessoais que sejam importantes à elucidação do crime e de sua autoria. Discute-se na doutrina se a perícia é verdadeiramente um meio de prova. Na realidade, o perito é um auxiliar da justiça (art. 275 do CPP). Como se diz, a perícia não prova e sim ilumina a prova. Em verdade a perícia é um exame, um estudo sobre a prova, seja uma arma, seja o cadáver, seja um documento escrito[70] ou mesmo uma pessoa.

Todavia, repita-se, muito pouco se falou da escuta especializada ou outras técnicas que visam, de fato, proteger a criança ou adolescente.

Poderia ter sido pensado também na importância de se ouvir os familiares da criança e o acusado no estudo psicossocial, para se obter a sua versão dos fatos bem como fazer sua avaliação psicológica, o que não é levado em consideração na lei.[71]

Em síntese, a proteção integral da criança e do adolescente deve ser a ideia central seja do sistema legal, seja da cultura jurídica.

Outro vetor importante nesse cenário são as garantias fundamentais do acusado, de modo que o procedimento deve também assegurar o contraditório e ampla defesa. Ademais, a valoração da prova merece especial atenção tendo em conta a peculiaridade da pessoa em desenvolvimento com todas as questões afetas à memória e às fantasias.

3. Depoimento especial: profissionais envolvidos e aspectos procedimentais

A lei em exame estabeleceu o procedimento que deve ser adotado no que se refere ao depoimento especial. Dispõe o art. 12 que deve ser observado o seguinte:

PÖTTER, Luciane (Org.). A escuta protegida de crianças e adolescentes: Os desafios da implantação da Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. P. 96-97.

69. Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. p. 245.

70. NICOLITT, André. Op. cit., p. 752.

71. ARANTES, Esther Maria de Magalhães. *Depoimento sem dano*. In: AZAMBUJA, M R F; FERREIRA, M H M et.al. *Violência sexual contra crianças e adolescentes*. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 79-87.

> "I – os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;"

A lei não informa quais são os profissionais especializados. As experiências até então desenvolvidas indicam que são preponderantemente psicólogos e assistentes sociais, porém seria possível questionar sobre pedagogos e psiquiatras, policiais, advogados, entre outros.

De partida, há que se registrar que os conselhos profissionais de psicologia e serviço social condenam a prática do depoimento especial por entenderem que não atende ao melhor interesse da criança, além de fugir do papel do profissional da saúde que não tem atribuição para conduzir verdadeira investigação criminal.

Em nota técnica do Conselho Federal de Serviço Social- CFESS ficou registrado o seguinte:

> "[...] diferentemente dos/as operadores/as do direito, os/as assistentes sociais não integram a área da responsabilização penal, mas a da proteção social. Embora assistentes sociais também ocupem historicamente os espaços institucionais do sociojurídico (comumente denominado sistema de justiça), essa atuação expressa proporções e interfaces com as políticas públicas, com o atendimento das necessidades sociais e garantia dos direitos individuais e coletivos. [...]
>
> É, portanto, na identificação das necessidades sociais dos sujeitos impactados pelas expressões da questão social – materializadas nas diversas desigualdades, na ausência de acesso ou violação de direitos e/ou de violência – e no acionamento dos recursos para a proteção social dos sujeitos individuais e coletivos, que o Serviço Social se qualifica como profissão. [...]
>
> Desse modo, como a finalidade do trabalho do/a assistente social não está relacionada a provar se determinado fato corresponde a uma tipificação penal, a oitiva ou depoimento não corresponde a um instrumento de trabalho dessa profissão."[72]

Aduz, ainda, o órgão de classe, que o processo de formação profissional do/a assistente social não contempla conteúdos voltados para a apreensão dos sujeitos ou indivíduos e de suas capacidades mentais em cada fase da vida.

72. Nota Técnica sobre o exercício profissional de assistentes sociais e as exigências para a execução do Depoimento Especial – CFESS. Disponível em: [www.cfess.org.br/arquivos/depoimento-especial-notatecnica2018.pdf]. Acesso em: 29.01.2019.

Por sua vez o Conselho Federal de Psicologia pontuou:

> "5.4. Que não é atribuição da psicóloga e do psicólogo realizar o depoimento especial por ferir o sigilo e autonomia profissional; [...]
>
> 5.6. Que existem diferenças conceituais e metodológicas entre inquirição judicial e escuta psicológica;
>
> 5.7. Que essa prática coloca a psicóloga e o psicólogo como coletor de provas e reprodutor de perguntas; 5.8. Que a psicóloga e o psicólogo necessitam sustentar sua relação com a criança, buscando interlocuções com a mesma de acordo com sua etapa de desenvolvimento, com vistas a uma intervenção menos invasiva e mais adequada à sua idade, no tempo apontado pela criança e não pelo juiz."[73]

Nota-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, compreende que há a necessidade de se fazer o estudo prévio para avaliar o caso. Essa é a verdadeira função de psicólogos e assistentes sociais. Em contrapartida, há uma pressuposição, que se sabe ser ilusória, de que o profissional da psicologia possui habilidades especiais para conversar com a criança e perceber quando ela está mentindo, o que tornaria o depoimento confiável. A diferença seria que no estudo, entrevista ou atendimento psicológico, *a escuta do psicólogo é orientada pelas demandas e desejos da criança, e não pelas necessidades do processo, sendo resguardado o sigilo profissional*.[74]

A saber, a função de mediador entre o juiz e a criança na tomada do depoimento pode ser realizada por outros profissionais. Até porque, a defasagem de técnicos, sejam assistentes sociais ou psicólogos, em todo o país é algo assustador. Em alguns estados nem há corpo técnico nos tribunais. A demanda por estudos técnicos já está represada na maioria das comarcas. Caso os técnicos sejam destacados para a função do depoimento, a situação de cumprimento de prazos ficará ainda mais grave.

Ademais, em Nota Técnica 01/2018, o CFP recomenda que os psicólogos avaliem o caso e não apenas o relato da criança, realizando seus estudos em espaço físico que preserve a privacidade dos atendidos e possibilite a garantia do sigilo profissional, conforme o Código de Ética.

---

73. CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA NOTA TÉCNICA 1/2018/GTEC/CG. Disponível em: [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/NOTA-TECNICA-N%C2%BA-1_2018_GTEC_CG.pdf]. Acesso em: 29.01.2019.

74. ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Op. cit., p. 79-87.

Sustenta-se que ao expor a criança e/ou adolescente a essa prática, que mantém uma *teatrologia que subverte o próprio papel do psicólogo, do assistente social e de suas intervenções*, com gravação do depoimento acontece a anulação dos princípios da dignidade e do respeito aos envolvidos[75], posto que ainda submete a criança/adolescente a um discurso adultocêntrico, que na maioria das vezes e dependendo da sua idade, ela ainda não consegue acompanhar. Ao manter-se como única forma de oitiva da criança, o seu depoimento se cristaliza, mantendo-a no papel de vítima, o que desfavorece seu desenvolvimento psicoemocional saudável, pois anula a possibilidade de a criança poder existir de outra forma, inclusive fora da conceituação jurídica de vítima[76].

Uma importante questão ética do ponto de vista da psicologia e do serviço social é saber se "esclarecer a criança ou adolescente sobre a tomada do depoimento especial" informando sobre seus direitos e "os procedimentos" inclui informar que o ato estará sendo transmitido para a sala de audiência na qual se encontram o juiz, o MP, o defensor e o acusado, dentre outros sujeitos. Por óbvio, a relação de confiança que se estabelece entre o profissional e o infante não pode prescindir dessa informação sob pena de grave violação da ética profissional. Por outro lado, muito pouco de proteção e de diminuição do dano secundário restará a partir de tal informação.

Fundamental também explicitar à criança as possíveis consequências de sua fala. Principalmente nos crimes sexuais contra a criança, recai sobre ela a produção da prova da violência. Dependendo do conteúdo de sua fala, o abusador pode ser preso, ela poderá perder o apoio da mãe, quando esta for conivente com o abusador, ou poderá ser vitimizada ainda mais, quando encaminhada para um programa de acolhimento institucional, como medida de proteção[77].

Lamentavelmente, a lei estabelece que as informações serão dadas como etapa inicial do depoimento. O ideal é que fossem fornecidas antes, para facultar o depoente a participar ou não[78].

Com efeito, fica claro aqui que o procedimento se revela mais como a criação de um ambiente mais confortável, mas que do ponto de vista psicológico e

75. ALEIXO, Klelia Canabrava. A extração da verdade e as técnicas inquisitórias voltadas para a criança e o adolescente. *Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, v.15, n. 2, 2008. p. 103-111.

76. ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Op. cit., p. 79-87.

77. AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *Inquirição da criança vítima de violência sexual*: proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 168.

78. Nesse sentido: ZAVATTARO, Mayra dos Santos. Op. cit., p. 157.

emocional pouco contribui. Por outro lado, não serão raros os casos nos quais a prática judiciária, de tradição autoritária e movida pela "sede de verdade e punição", optará por sonegar à criança a informação sobre a transmissão do ato para a sala de audiência.

No inciso II do art. 12, temos que: "II – é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;"

Cabe aqui salientar que a livre narrativa traz em si o desejo, erros, omissões, silêncios, lapsos, contradições etc., que têm interpretações diversas e não são contrários à verdade dos fatos.[79] Cada profissional, notadamente psicólogos, têm técnicas e *posicionamentos teóricos e éticos diferenciados, legitimados na medida em que são produzidos pela diversidade do ensinamento universitário*.[80] Mas essas técnicas não cabem no apertado momento do depoimento especial. Precisam de tempo para serem conduzidas, sendo necessários, às vezes, outros momentos com a criança/adolescente.

Estudos especializados recomendam o sistema de livre narrativa, a formulação de perguntas abertas que dão espaço ao relato livre sem influências de informações que são acrescentadas no próprio questionamento. As perguntas fechadas devem ser excepcionais, uma vez que influenciam o entrevistado[81].

Em síntese, a fala obtida através de interrogatório costuma trazer dados *mais concretos, porém, menos exatos, via de regra, que o relato espontâneo*.[82]

Antes do ingresso da Lei 13.341/2017, os depoimentos eram regidos pela sistemática do art. 212 do CPP, ou seja, perguntas formuladas diretamente pelas partes, o juiz perguntando ao final de modo complementar e impedindo perguntas impertinentes. Nessa altura, em nossa experiência profissional, não foram poucos os casos nos quais os membros do Ministério Público tratando as crianças por senhora, lhe formulavam perguntas fechadas e indutoras do tipo: "aí ele

79. FERREIRA, Maria Helena Mariante. Op. cit., p. 189-205.

80. IUCKSCH, Marlene. Depoimento especial da criança e do adolescente: Como definir um lugar diferenciado para a oitiva e para escuta. AASPTJ-SP, CRESS-SP. *Violência Sexual e Escuta judicial de crianças e adolescentes:* a proteção de direitos segundo especialistas. São Paulo: AASPTJ-SP e CRESS-SP, 2012. p. 207-213.

81. RIBEIRO, Marília Lobão; ALVES JUNIOR, Reginaldo Torres; MACIEL, Sergio Bitencourt. Procedimentos éticos e protocolares na entrevista com crianças e adolescentes. *Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual: aspectos teóricos e metodológicos*. Brasília: Childhood Brasil, Unicef, UCB, 2014. p. 288.

82. MIRA Y LOPEZ, Emílio. Op. cit., p. 177

colocou o 'pintinho' na sua mão?", "então ele passou a mão na sua pepeca?", "ele passou a mão no seu bumbum?". Com isso, a narrativa da criança se limitava a "sim" ou "não" ou às vezes um mero balançar de cabeça.

Com efeito, andou bem o legislador ao dar a diretriz de que o depoimento deve pautar-se por relato livre. Em países como EUA, Canadá, Inglaterra e Espanha, houve regulamentação de entrevistas forense com crianças visando amenizar as falsas memórias e a sugestionabilidade, buscando maior credibilidade ao ato[83]. No Brasil, lamentavelmente o legislador não fixou os protocolos, remetendo o tema sabe lá a quê ou a quem nos termos do art. 11 da referida lei.

Nos incisos seguintes, temos:

> "III – no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;
>
> IV – findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;
>
> V – o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;"

A toda evidência, a utilização do depoimento especial como meio de prova não pode prescindir das medidas enumeradas nos incisos supra sob pena de violar as garantias do acusado. A regência procedimental (art. 12, III, IV e V) assegura o contraditório e ampla defesa. O procedimento de "produção da verdade" mediada pelo controle do juiz que preside produz uma verdade limitada (não máxima) em função da necessária proteção da criança ou adolescente. O aspecto protetivo deve prevalecer à busca da verdade. O controle do juiz deve ter esse foco. Não obstante, a cultura inquisitiva indica grande risco de subversão, ou seja, ser generoso com as perguntas da acusação e restritivos com as da defesa, quando se deve, pensando na proteção integral, ser restritivo sempre que houver constrangimento, independentemente da parte que formula a pergunta.

Por fim, prescreve o inciso VI – o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

O registro do depoimento, como prova, por óbvio deve ocorrer e aqui não se foge muito da regra geral do CPP (art. 405, § 1º). Há que se ter, contudo, especial

83. STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz; FEIX, Leandro da Fonte. *Desafios da oitiva de criança e adolescentes*: técnica de entrevista. Brasília: Childhood Brasil, 2009. p. 24.

atenção ao sigilo, seja por questão da privacidade, seja por questões éticas, e principalmente por se tratar de pessoa protegida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, diz o § 5º que as condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha. Nessa quadra, o CNJ terá papel fundamental para uniformizar essa matéria.

Importante frisar que a vítima ou testemunha, caso queira, tem o direito de prestar o depoimento diretamente ao juiz.

Aspecto importante refere-se ao direito ao silêncio expressamente assegurado no art. 5º, VI, da Lei 13.431/2017. Os entrevistadores forenses, nos termos do art. 12, I, da Lei, deverão informar ao infante sobre o seu direito de falar ou de ficar em silêncio, bem como de participar do ato, devendo o entrevistador assumir o papel de protetor da criança ou adolescentes, [84]e não de agente da inquisição buscando a palavra da criança (prova) a todo custo.

O artigo 11 apresenta preocupação importante no sentido de evitar reiteradas oitivas que só ampliam o processo de revitimização. Assim dispõe que o depoimento especial, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado. Ademais, quando a criança tiver menos de sete anos ou for vítima de violência sexual, necessariamente deverá ocorrer apenas uma vez, por produção antecipada.

Registre-se, de início, uma erronia no texto ao se referir a criança ou adolescente com menos de sete anos, uma vez que juridicamente adolescente necessariamente deve ter 12 anos por força do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como o texto assegura, a produção antecipada de prova deverá observar o contraditório e a ampla defesa. Como o CPP não estabelece um rito próprio da produção antecipada de prova que atenda a tais princípios, há que se recorrer ao CPC, precisamente em seu artigo 382[85].

84. PRADO, Katy Braun do. Direito ao silêncio da criança e do adolescente vítima no depoimento especial. In: PÖTTER, Luciane (Org.) *A escuta protegida de crianças e adolescentes*: os desafios da implantação da Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 86.

85. Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.

§ 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso.

Desse modo, aquele que tiver conhecimento de situação fática que se amolde ao art. 11 da referida lei deverá tomar as medidas para, antes de ouvir a criança, promover a produção antecipada de prova. Com efeito, o delegado de polícia deverá representar pela produção antecipada de prova, bem como o Ministério Público, caso tome conhecimento, deverá promove-la, cabendo ao juiz, assegurar o contraditório e ampla defesa, nesse caso consistente na possibilidade das pastes acompanharem o ato nos termos e formas do art. 12, III, IV e V, da Lei 13.431/2017.

Embora a lei não preveja a medida, o fato é que nos casos de abuso sexual no seio familiar, não raro, pode ocorrer conflito de interesse entre os pais e a criança. Assim, há que se observar sempre a necessidade de nomear curador especial para o infante, papel institucional, via de regra, reservado à Defensoria Pública.

A implantação desse procedimento requer uma estrutura significativa não sendo incomum sua inexistência em inúmeras comarcas. Indaga-se: a produção de prova em modo diverso do prescrito produzirá qual consequência? A nosso sentir, a Lei 13.431/2017 estabelece regras do devido processo legal sobre a produção de prova. A inobservância desse sistema, doravante, importará nulidade. Regras de procedimento não são faculdades do magistrado ou das partes, salvo quando a própria lei faculta ou oferece alternativa.

Por fim, registramos outra erronia da lei. No § 3º do art. 20 afirma-se que a tomada de depoimento especial da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência observará o disposto no art. 14 da lei, quando na verdade quando a correspondência temática está no art. 12 que cuida do procedimento.

4. Depoimento especial e sua valoração

A testemunha é de inegável valor probatório. Contudo, há que se ter sempre em mente que o ser humano é incapaz de reproduzir fielmente um fato pretérito. É comum que durante o depoimento, mormente diante da solenidade do ato e com a presença inibidora das autoridades do judiciário e do Ministério Público,

§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.

§ 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

o nervosismo tome conta da testemunha, o que facilita sobremaneira a imprecisão das informações. Dessa forma, o magistrado deve ter muito cuidado na apreciação da prova para discernir entre pequenas incongruências do depoimento, fruto do nervosismo natural do ato, e incoerências que comprometem o seu valor probatório. Imagina como tal quadro se agrava quando se trata de testemunho infantojuvenil.

Igualmente, é preciso cautela com as chamadas falsas memórias[86], ou seja, quando falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras com conteúdos das sugestões recebidas por outros. Diversamente do que ocorre com a mentira, o agente crê honestamente no que está relatando[87]. Como deixamos escapar anteriormente, ao tangenciarmos a questão da memória, a criança e o adolescente, como pessoas em desenvolvimento estão ainda mais suscetíveis a tais armadilhas.

A questão ainda se mostra mais complexa quando nos deparamos com fatos ocorridos no âmbito doméstico, onde o material probatório é comumente escasso.

Antigamente vigorava o princípio de que *testis unus testis nullus*, consistente no fato de que um único depoimento não poderia dar azo à condenação. Atualmente, em vigor o livre convencimento motivado, pode ser que um único depoimento, em razão de sua firmeza, coerência e precisão, seja capaz de ter credibilidade bastante para sustentar a decisão do juiz. Ademais, no sistema de livre convencimento, o valor do testemunho deve ser aferido por seu conteúdo e não por qualquer rótulo de qualidade que nele se coloque. Sobre o tema, importante estudo foi feito por Rubens Casara[88], ao trazer a informação de que na tradição islâmica se tributava especial valor à palavra do mulçumano, eram as chamadas testemunhas acreditadas.

No Brasil, lamentavelmente, criou-se a tradição de se dar especial relevo e valor a palavra da vítima nos casos de violência doméstica. Nesse sentido:

> "É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes praticados no âmbito doméstico, a palavra da vítima possui especial

86. ÁVILA, Gustavo Noronha. *Falsas memórias e sistema penal*. A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

87. TJRJ, ApCrim 2007050044, Des. Geraldo Prado.

88. CASARA, Rubens. Testemunhas "acreditadas" da tradição islâmica ao autoritarismo brasileiro. In: CASARA, Rubens (Coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito*: homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 905-910.

> relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios."[89]

Ocorre que, diferentemente da testemunha que precisa ser desinteressada e que presta compromisso, a vítima tem interesse no feito e a valoração de seu depoimento deve ser ainda mais cuidadoso. O fato de o crime supostamente ter ocorrido no âmbito da intimidade doméstica não atribui nenhum valor especial a pessoa que depõe. Não é a dificuldade da prova para viabilizar a condenação que deve ser considerada para fim de credibilidade da prova, e sim sua coerência, lógica, harmonia com outras provas e circunstâncias etc. Com isso, não se quer dizer que a palavra da vítima seja imprestável. O que sustentamos é que é necessária cautela em sua aferição e não se pode atribuir a ela nenhum valor especial em razão da escassez probatória.

Com efeito, dar especial relevo a palavra da vítima, por si só, já é um problema grave em termos de garantia de um julgamento justo. Esse problema se amplia significativamente quando se trata de vítima infantojuvenil.

Portanto, nesses casos, é preciso todo cuidado na valoração da prova, lembrando dos vetores que devem orientar o ato, ou seja, a proteção integral da criança e do adolescente e as garantias processuais do acusado, destacadamente de um processo justo.

Deve-se atentar para o fato de que *a suspeita de violência deve ser tratada com parcimônia e a investigação de sua ocorrência deve prescindir de qualquer postura prévia condenatória*.[90] Isso leva à reflexão das falsas acusações de abuso sexual em situações de litígio conjugal. É sabido que o testemunho de crianças geralmente se ancora e se atravessa de juízos de valor, discursos educacionais, vontade e intervenção dos pais ou de quem se responsabiliza pelos cuidados com a criança, chegando à interpretação dos profissionais que escutam tal testemunho. Isso posto, a intervenção profissional pode se tornar mais um instrumento de violência, quando a criança, na condição de vítima, é insistentemente inquirida sobre a verdade, na busca de respostas que confirmem a ocorrência do abuso, com o fito de salvar a criança. Em alguns casos, há profissionais que se ancoram na ideia de

89. STJ, AgRg no AREsp 1003623/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 01.03.2018, *DJe* 12.03.2018.

90. GONÇALVES, Hebe S. Violência contra criança e adolescente. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Org.). *Psicologia jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro: NAU, 2004. p. 277-307.

que, mesmo não havendo revelação, isso pode estar revestido de resistência, medo ou vergonha de revelar, sem sequer aventar a possibilidade da não ocorrência de tal abuso.[91]

Nos litígios conjugais são percebidos, com frequência, conflitos emocionais não resolvidos pelo ex casal, expressos em sentimento de vingança, fruto de mágoa, raiva, traição etc. Em grande parte desses litígios os pais não conseguem manter os filhos fora dos conflitos, confundindo os papeis conjugais com os parentais, agravando ainda mais a situação.[92]

Diante desse cenário, o Judiciário tem sido chamado a solucionar litígios conjugais que envolvem crianças e adolescentes, seja pelo desejo de um dos pais restringir as visitas do genitor não guardião, seja pela regulamentação delas, seja ainda a inversão da guarda. Notadamente, a partir da lei da guarda compartilhada, aumentou, no decorrer desses processos, o número de acusações de abusos sexuais supostamente cometidos ou pelo genitor não guardião (geralmente o pai) ou pelo novo companheiro (a) do genitor guardião (geralmente a mãe).

Comumente, após tais denúncias, os contatos entre pais e filhos são suspensos, até que o caso seja investigado e esclarecido. Em sua defesa, muitos pais e padrastos acusados, alegam que tais denúncias seriam falsas, motivadas por sentimentos de raiva e vingança de seus ex companheiros. Em alguns casos, atribuem aos denunciantes distúrbios psicológicos que refletiriam nas falsas denúncias o seu comportamento doentio. Além disso, atribui-se aos denunciantes a indução dos filhos à alienação parental.[93] O maior conflito que o profissional enfrenta é *deixar de proteger quem precisa de proteção ou, por outro lado, punir e estigmatizar alguém que não tem nenhuma culpa*[94].

91. AMENDOLA, Márcia Ferreira. *Crianças no labirinto das acusações*: falsas alegações de abuso sexual. Curitiba: Juruá, 2013. p. 105-108.

92. SOUSA, Analícia Martins; AMENDOLA, Márcia Ferreira. Falsas denúncias de abuso sexual infantil e Síndrome da Alienação Parental. In: BRITO, Leila Maria Torraca (Org.). *Escuta de criança e adolescentes*: reflexões, sentidos e práticas. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012. p. 87-118.

93. AMENDOLA, Márcia Ferreira. Op. cit., p.123

94. OLIVEIRA, Antônio Carlos. Qualificação no processo de intervenção e atendimento. In: OLIVEIRA, A. C (Org.). *Abuso sexual de crianças e adolescentes*: desafios na qualificação profissional. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Pesquisa, 2004. p. 57-71.

Considerações finais

Diante do exposto, estamos convencidos de que tivesse havido maior debate social e ouvidos de ouvir os entes profissionais e a sociedade organizadas, a produção legislativa talvez pudesse estar menos suscetível a críticas.

Não obstante, diante do silêncio anterior e de práticas realizadas sem amparo na lei, nos parece que houve avanço, ao menos no que tange à legalidade e a redução de danos.

Lamenta-se que a ideia de proteção integral tenha ficado ofuscada pela sede de produzir prova buscando a condenação.

Contudo, se a cultura jurídica tiver por paradigma, no momento da aplicação e interpretação da lei, os vetores da proteção integral da infância e juventude, bem como as garantias processuais do acusado, não vemos incompatibilidade constitucional do texto. Não obstante, a construção legislativa da margem a interpretações e práticas que poderão violar direitos das crianças e dos adolescentes, bem como violar garantias fundamentais do acusado.

Retornamos a preocupação inicial do garantismo, de nada adianta um sistema de garantias não efetivo ou obstruído por uma cultura jurídica autoritária.

Referências

ALEIXO, Klelia Canabrava. A extração da verdade e as técnicas inquisitórias voltadas para a criança e o adolescente. *Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 2, p. 103-111, 2008.

ALVES, Manuel dos Santos. *História da filosofia*. Porto: Porto Editora, 1989.

AMENDOLA, Márcia Ferreira. *Crianças no labirinto das acusações*: falsas alegações de abuso sexual. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ÁVILA, Gustavo Noronha. *Falsas memórias e sistema penal*. A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay; FERREIRA, M. H. M. et al. *Violência sexual contra crianças e adolescentes*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRITO, Leila Maria Torraca (Org.). *Escuta de criança e adolescentes*: reflexões, sentidos e práticas. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012.

CAIRES, Maria Adelaide de Freitas. *Psicologia jurídica, implicações conceituais e aplicações práticas*. São Paulo: Vetor, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina, 2003.

CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva*: sociedade brasileira e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASARA, Rubens. (Coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito*: homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo e outros ensaios*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

CLÉMENT, Elisabeth et al. *Dicionário prático de filosofia*. Edição Original: Paris, Hatier, 1994. 2. ed. portuguesa: Terramar, jan. 1999.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FERRAJOLI, L. *El Derecho como sistema de garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, L. Garantias. *Revista do Ministério Público*, ano 22, n. 85, p. 8-9, jan.-mar. 2001.

FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2013. v. I.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, L.; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA, Maria Helena Mariante. *Primun non noscere*. *Violência sexual e escuta judicial de crianças e adolescentes:* a proteção de direitos segundo especialistas. São Paulo: AASPTJ-SP e CRESS-SP, 2012.

FONSECA, T. M. G. & KIRST, P. G. *Cartografia e devires*: a construção do presente. Porto Alegre: UFRGS, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche & Para além de bem e mal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GOMES, Marcus Alan. *Mídia e sistema penal*: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Org.). *Psicologia jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro: NAU, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

IUCKSCH, Marlene. Depoimento especial da criança e do adolescente: como definir um lugar diferenciado para a oitiva e para escuta. *Violência sexual e escuta judicial de crianças e adolescentes:* a proteção de direitos segundo especialistas. São Paulo: AASPTJ-SP e CRESS-SP, 2012.

IZQUIERDO, Ivan. *Memória*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.

KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Marin Claret, 2008.

KLOEPFER, Michael. *Vida e dignidade da pessoa humana*. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional*. Florianópolis: Habitus, 200.

MIRA Y LOPEZ, Emílio. *Manual de psicologia jurídica*. Campinas: LZN, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

OLIVEIRA, A. C (Org.). *Abuso sexual de crianças e adolescentes*: desafios na qualificação profissional. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Pesquisa, 2004.

PASSOS, Eduardo; KASTRUP, Virgínia; TEDESCO, Silvia. *A experiência cartográfica e a abertura de novas pistas*. Pistas do método da cartografia: a experiência da pesquisa e o plano comum. Porto Alegre: Sulina, 2014. v. 2.

PIERCE, Charles S. *Reasoning and the logic of things*: the Cambridge Conferences Lectures of 1898. Kenneth Laine Ketner (Ed.). Cambridge/London: Harvard University Press.

POTTER, Luciane (Org.). *Depoimento especial de crianças e adolescentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

POTTER, Luciane. *A escuta protegida de crianças e adolescentes*: OS desafios da implantação da Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

PRADO FILHO, Kleber; TETI, Marcela Montalvão. A Cartografia como método para as ciências humanas e sociais. *Revista do Departamento de Ciências Humanas da Universidade de Santa Cruz do Sul*, n. 38, ano 2013/1, Barbarói, jan.-jun. 2013. Disponível em: [https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/2471/2743].

RIBEIRO, Marília Lobão; ALVES JUNIOR, Reginaldo Torres; MACIEL, Sergio Bitencourt. Procedimentos éticos e protocolares na entrevista com crianças e adolescentes. *Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual*: aspectos teóricos e metodológicos. Brasília: Childhood Brasil, Unicef, UCB, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal*: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SALATIEL, José Renato. Falibilismo e matemática em Charles S. Peirce. *Revista de Filosofia Argumento*, ano 1, n. 2, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2001. v. 1.

SCHORN, Remi. *O problema da verdade do conhecimento no racionalismo crítico*. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2008.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz; FEIX, Leandro da Fonte. *Desafios da oitiva de criança e adolescentes*: técnica de entrevista. Brasília: Childhood Brasil, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

ZAVATTARO, Mayra dos Santos. *Depoimento especial*. Aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a Lei 13.431/2017. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A colheita de depoimentos no processo civil brasileiro, de Guilherme Luis Quaresma Batista Santos – *RePro* 213/51-84 (DTR\2012\450783);
- Depoimento sem dano e falsas memórias, de Eduardo Cambi e Priscila Sutil de Oliveira – *RePro* 235/21-50 (DTR\2014\9806);
- Do depoimento de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, de Orlando Haddad Neto – *RDIJ* 3/173-187 (DTR\2014\2170); e
- Protocolos de oitiva especial de criança segundo a Recomendação 33 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei 13.431, de 5 de abril de 2017, de Antonio Jorge Pereira Júnior, Marília Bitencourt Calou Rebouças e Marynna Laís Quirino Pereira – *RT* 993/403-420 (DTR\2018\17933).

Encarceramento da maternidade no estado de coisas inconstitucional

Incarceration of maternity in the Unconstitutional State of Things

Andressa Paula de Andrade

Docente do curso de Direito da UNIFATECIE. Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Ciências Penais e bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7430-4873.
aandressaandrade@hotmail.com

Eduardo Augusto Salomão Cambi

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Paraná. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4944-1256.
eascambi@mppr.mp.br

Recebido em: 08.01.2018
Aprovado em: 12.02.2019
Última versão dos autores: 20.03.2019

Áreas do Direito: Penal; Constitucional; Direitos Humanos

Resumo: O presente trabalho busca analisar o cárcere feminino, especificamente no caso de mulheres que estejam passando pela maternidade na prisão, recaindo sobre a recente alteração do Código de Processo Penal promovida pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), no que tange a prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva. Tratou-se da questão da prisão domiciliar no campo da execução penal e sua limitação somente para aquelas mulheres que se encontram em regime aberto. Perquire-se a possibilidade de deferimento do benefício às prisioneiras que se encontram nos regimes semiaberto e fechado.

Abstract: The present work seeks to analyze the female prison, specifically in the case of women who are going through maternity in prison, it was analyzed the recent amendment of the Code of Criminal Procedure promoted by the *Estatuto da Primeira Infância* in relation to the house arrest in substitution for the preventive custody. It was the issue of house arrest in the field of criminal enforcement and its limitation only to those women who are in the open regime. The question is whether the possibility of granting the benefit to the prisoners in the semi-open and closed regimes is possible.

Andrade, Andressa Paula de; Cambi, Eduardo Augusto Salomão.
Encarceramento da maternidade no estado de coisas inconstitucional.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 160. ano 27. p. 295-317. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Palavras-chave: Cárcere – Maternidade – Prisão – Direitos Humanos.

Keywords: Jail – Maternity – Prison – Human Rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. Estado de Coisas Inconstitucional (ADPF 347) e o vertiginoso encarceramento feminino. 3. Da possibilidade de prisão domiciliar para mulheres que estejam vivendo a maternidade na prisão condenada ao regime semiaberto e fechado. 4. Proteção (inter)nacional das mulheres vivenciando a maternidade na prisão. 5. Entre o *Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário* e as garantias fundamentais das mulheres encarceradas. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A pergunta crucial a ser realizada deve ser: como a maternidade pode conviver com o encarceramento? O que se pretende questionar é se a prisão, tal como regulada pelo ordenamento jurídico brasileiro, está adequada para o desenvolvimento de um período feminino dotado de sensações, mudanças emocionais e físicas, bem como para a proteção de crianças na primeira infância, que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou os primeiros 72 (setenta e dois) meses de vida (art. 2º da Lei 13.257/2016).

Essas questões complexas nem sempre encontram resposta na legislação e na jurisprudência. Ou, quando abordadas, são muitas vezes examinadas pelo viés eminentemente positivista, o que não raro aumentam o distanciamento entre o objeto decidido e decisão judicial, reproduzindo o fenômeno do encarceramento em massa.

O sistema penitenciário brasileiro se enquadra no âmbito do *Estado de Coisas Inconstitucional* (conceito a ser desenvolvido mais adiante), onde o contorno de crueldade atinge um patamar inesperado ao verificar que o Estado não consegue cumprir seu papel de punir sem se utilizar de *penas materialmente cruéis*, o que acaba por violar a dignidade humana, em seus aspectos mínimos (*v.g.* integridade física, alimentação, salubridade etc.). A proposta deste trabalho é focar na situação jurídica vivenciada pelo grupo específico das gestantes/mães/lactantes/puérperas na tentativa de verificar se há instrumentos legais aptos à sua proteção legislativa em diversos âmbitos.

2. Estado de Coisas Inconstitucional (ADPF 347) e o vertiginoso encarceramento feminino

Foi reservado ao Supremo Tribunal Federal o papel de ordenação do caos do sistema carcerário. Ao julgar a Medida Cautelar da ADPF 347, o STF reconheceu o *Estado de Coisas Inconstitucional,* consistente no desrespeito crônico e massivo dos

direitos fundamentais[1], ocasionados essencialmente por falhas estruturais e a falência de políticas públicas. Em sede preliminar, a Corte afirmou que tal fato só será modificado com medidas de natureza normativa, administrativa e orçamentária[2].

Ainda que haja um controle de constitucionalidade muito bem estruturado no ordenamento jurídico brasileiro, não se mostra razoável crer que haja a possibilidade de se estancar as graves violações de direitos fundamentais presentes no sistema carcerário brasileiro, por meio de decisões judiciais[3]. No caso em exame, o STF assumiu postura ativista[4], exigindo que o Poder Público assuma suas responsabilidades para que o posicionamento judicial produza efeitos reais.

1. "O quadro de violação massiva a direitos fundamentais e a falência de políticas públicas são permeadas por uma cultura punitiva por meio da qual é muito mais fácil sustentar, por exemplo, que a pessoa privada de sua liberdade que queima o próprio colchão deve dormir no chão ou, ainda, que "bandido bom é bandido morto", do que reconhecer parcela de culpa da sociedade pela deterioração do tecido social. Cultura em que a saída temporária equivocadamente generalizada por alguns órgãos da imprensa de indulto, é tratada como a causa da insegurança, e não como mecanismo apto a oxigenar o ambiente prisional". SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* vol. 136, p. 271. São Paulo: Ed. RT, 2017.
2. "Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema penitenciário nacional – Superlotação carcerária – condições desumanas de custódia – Violação massiva de direitos fundamentais – Falhas estruturais – Estado de coisas inconstitucional – Configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". Fundo penitenciário nacional – Verbas – Contingenciamento. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. Audiência de custódia – Observância obrigatória. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão" (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, *DJe* 18.02.2016).
3. COSTA, Amarildo Lourenço; COSTA, Samuel de Freitas. O estado de coisas inconstitucional e a proteção aos direitos fundamentais. *Revista Direito e Justiça Social,* v. 1, n. 1, p. 8. Vila Velha, 2017.
4. "A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência

É importante consignar que, na grande maioria dos casos, os juízes se valem de técnicas decisórias que prescindem da participação das partes ou destinatários que serão impactados pelo *decisum*. Todavia, quando se está a falar de decisões que abordam demandas estruturais, que envolvem a promoção de direitos fundamentais sociais e do controle judicial de políticas públicas, a jurisdição constitucional, além de empregar decisões declaratórias da situação de inconstitucionalidade (*declaratory orders),* é indispensável que abra espaço para medidas dialógicas[5], já que o cumprimento das decisões judiciais exige a concepção de ações estratégicas e dependem de questões orçamentárias.

Ao consultar o sistema *World Prison Brief* [6]*,* é possível encontrar informações de todo o sistema penitenciário mundial e, ao pesquisar sobre o cárcere brasileiro, nota-se que o país possui, em tese, 393.953 (trezentos e noventa e três mil e novecentos e cinquenta e três) vagas. Entretanto, o número de pessoas encarceradas é de 657.680 (seiscentos e cinquenta e sete mil e seiscentos e oitenta), sendo que a ocupação atinge 163,9%[7], isso apenas em 2017. Já em consulta ao site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é possível verificar que temos até o momento 702.881 presos[8].

Em relação ao número de mulheres encarceradas, verifica-se que há 44.700 (quarenta e quatro mil e setecentos) prisioneiras femininas, ocupando 6,9% do total de pessoas encarceradas, o que a princípio representa uma fatia pequena do número total, embora algumas situações específicas desse grupo de presos chamem a atenção.

---

no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas" (BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, vol.5, n. 1, p. 25-26. Rio de Janeiro: UERJ, 2012).

5. DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n. 2, p. 169. Natal: UFRN, 2016.
6. "O World Prison Brief é um banco de dados online que oferece acesso gratuito a informações sobre sistemas penitenciários em todo o mundo" (tradução nossa). Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/]. Acesso em: 15.10.2017.
7. Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/country/brazil]. Acesso em: 16.10.2017.
8. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php]. Acesso em: 18.03.2019.

Ao examinar o sistema carcerário brasileiro, o STF propôs os seguintes enunciados no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347: a) fundamentação da decretação da prisão preventiva e provisória, com a devida justificação da não aplicação das medidas cautelares contidas no art. 319 do CPP; b) necessidade de implementação da audiência de custódia; c) que o diagnóstico do sistema carcerário sirva de fundamentação para impor cautelares, aplicar pena e decidir incidentes na execução penal; d) sempre que possível devem ser adotadas penas alternativas à prisão; d) mitigar os requisitos temporais para que o preso goze dos institutos da progressão de regime, livramento condicional, entre outros, quando se verificar que as condições de cumprimento de pena na prática são mais constritivas do que a previsão legal; etc.

A decisão proferida na ADPF 347 possui inspiração no posicionamento da corte colombiana e está assentada no rompimento da passividade jurisdicional como meio de efetivação dos direitos fundamentais sociais[9]. Isso fica claro na sentença T-153/1998 que reconheceu que o sistema carcerário colombiano vive um *Estado de Coisas Inconstitucional*[10]. Cabe ressaltar que, em cognição exau-

9. "O direito pós-moderno, ao contrário do direito moderno, não se contenta com a passividade jurisdicional, apostando na vontade transformadora guiada pela atividade intersocial de produção responsável de projetos de justiça social inclusiva (*pró-atividade* na tutela dos interesses sociais relevantes)" (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina Brasil, 2018, p. 328-329).

10. "As prisões colombianas se caracterizam pela superlotação, as graves deficiências em matéria de serviços públicos e assistenciais, o império da violência, da extorsão e corrupção e, a carência de oportunidades e meios para a ressocialização dos presos. Esta situação se ajusta plenamente a definição do estado de coisas inconstitucional. E a partir daí segue uma flagrante violação de uma série de direitos fundamentais dos internos nos centros penitenciários colombianos, tais como a dignidade, a vida e a integridade pessoal, os direitos a família, a saúde, o trabalho e a presunção de inocência, etc. Durante muitos anos, a sociedade e o Estado têm cruzado os braços frente a esta situação, observando com indiferença a tragédia das prisões, embora ela represente diariamente a transgressão da Constituição e das leis. As circunstâncias em que transcorre a vida nas prisões exige uma pronta solução. Na realidade o problema carcerário representa não somente um delicado assunto de ordem pública, como se percebe atualmente, senão uma situação de extrema gravidade social que não pode deixar desatendida. Mas o remédio dos males que açoitam o sistema penitenciário não está unicamente nas mãos do INPEC ou do Ministério da Justiça. Por isso, a Corte tem que passar a requerer distintos ramos e órgãos do Poder Público para que tomem as medidas adequadas em direção a solução deste problema" (Sentença T-153/1998 da Corte Constitucional da Colômbia: [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm]).

riente da ADPF 347 e caso o STF confirme o *Estado de Coisas Inconstitucional*, a Suprema Corte assumirá o papel de efetivo controlador de políticas públicas[11], praticando o ativismo dialógico[12], o que destoa da tradição do Judiciário como mero legislador negativo.

Pela análise do banco de dados do Infopen Mulher (2014), verifica-se que houve um crescimento de 567% na taxa de encarceramento feminino, com 37.380 (trinta e sete mil e trezentos e oitenta)[13], sendo que, em 2017, conforme asseverado, esse número de presas é ainda maior[14]. Consoante dados do ano de 2015 e do primeiro semestre de 2016 divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), já foram totalizadas 45.989 mulheres presas no Brasil, o que aponta que o encarceramento segue crescendo. Outro dado importante dessa recente pesquisa é a explicitação de que a maior parte dos estabelecimentos prisionais foram projetados para homens[15] e a adaptação de espaços (celas e/ou galerias) acaba sendo a solução adotada para receber esse novo público[16]. A defi-

11. PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; FILHO, Carlos Augusto Liguori; GRAVA, Guilherme Saraiva. O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. *Boletim IBCCRIM*, ano 24, n. 283, p. 3-4. São Paulo, jun. 2016.
12. SANTOS, Helena Maria Pereira dos; VIERA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares das. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Quaestio Iuris,* vol. 08, n. 04, p. 2596-2612. Rio de Janeiro: UERJ, 2015.
13. BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Sistema Nacional de Informação Penitenciária. *Relatório nacional sobre a população penitenciária feminina do País,* Brasília, junho, 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 15.10.2017.
14. Vide nota 6.
15. "O sistema prisional foi criado e planejado para abrigar a população masculina, posteriormente foram criados os presídios femininos. Se as condições de homens em situação de prisão já são precárias, quando se trata do sexo feminino as dificuldades enfrentadas são ainda maiores no que tange à infraestrutura, à discriminação e aos maus tratos". MOREIRA, Rafaela Araújo et al. Com a palavra, as mulheres: maternidade por trás das grades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* vol. 146, ano 26, p. 657. São Paulo: Ed. RT, 2018.
16. BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Sistema Nacional de Informação Penitenciária. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016, Brasília, 2017. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 03.01.2018.

ciência verificada no INFOPEN 2017 também é constatada pelo escasso número de médicos ginecologistas em atividade no sistema prisional, a saber, há apenas 32 (trinta e dois) profissionais com essa especialidade para realizar o atendimento às 45.898 mulheres encarceradas. Os crimes em que as mulheres estão envolvidas correspondem, majoritariamente, ao tráfico de drogas (cerca de 68%), sem vínculo com organizações criminosas, isto é, quase sempre agindo no transporte de entorpecentes, conhecidas vulgarmente como *"mulas"* do tráfico[17]. O aprisionamento feminino resulta, na maioria dos casos, da aplicação do art. 33 da Lei 11.343/2006, com destaque para o tráfico privilegiado em que a mulher assume funções acessórias dentro do esquema criminoso, auferindo valores irrisórios para atuar como *"mulas"*, sendo facilmente substituídas assim que ocorre a prisão, já que raras vezes assumem o papel de negociadoras ou de chefes da organização criminosa.

Sobre a formatação do cárcere para recepcionar as mulheres, ressalta-se do Infopen Mulher (2014):

> "Historicamente, a ótica masculina tem se potencializado no contexto prisional, com reprodução de serviços penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compõem o universo das mulheres, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances"[18].

Com o crescimento exponencial do encarceramento feminino, sobretudo após a edição da Lei 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, é possível constatar que, embora as mulheres ainda representem uma minoria encarcerada, há uma verdadeira constrição de direitos, especialmente porque, historicamente, os sujeitos enviados ao cárcere eram, invariavelmente, homens. Por consequência, a arquitetura do ambiente carcerário é, predominantemente, masculina, sendo, quando muito, adaptada para a recepção de mulheres[19].

Chama a atenção que, apesar desse diagnóstico, as medidas adotadas para a arrefecer o encarceramento em massa e, sobretudo, o encarceramento feminino, tem

17. BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Sistema Nacional de Informação Penitenciária. *Relatório nacional sobre a população penitenciária feminina do País,* Op. Cit.
18. Idem.
19. DIAS, Camila Caldeira Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão. *Friedrich-Ebert-Stiftung Brasil*, São Paulo, jun., 2017, p. 16.

sido implementadas mais por decisões judiciais permeadas pela urgência e necessidade, a saber, quando as condições humanas assumem patamares de horror e a vida no cárcere deixa de ser uma certeza para se tornar uma possibilidade de sobrevivência do que necessariamente por políticas públicas voltadas a evitar o uso da prisão e/ou dar suporte ao egresso para que não retorne ao cárcere ao reincidir.

As prisioneiras grávidas precisam conviver com a gestação no cárcere, que é dificultada, muitas vezes, pela ausência de adequado suporte médico-hospitalar e familiar. Além disso, muitas crianças acabam por desenvolverem parte da primeira infância dentro de um presídio, onde a salubridade, lazer, atendimento médico e acompanhamento educacional não são adequados à proteção de seus direitos.

Durante o estágio de convivência entre as mães e os filhos no cárcere, ocorre o que se denomina da *hipermaternidade,* pois a genitora permanece todo o tempo ao lado da criança, o que repercute diretamente sobre os direitos dessas apenadas, isto é, ficam impossibilitadas de realizarem o trabalho e/ou estudo, prejudicando, por conseguinte, a remição da pena.

No entanto, um período extremamente cruel é quando a convivência com o filho é interrompida, porque geralmente a criança é entregue para a família ou encaminhada para abrigos. Nesse momento, materializada-se a *hipomaternidade,* onde o vínculo maternal é rompido sem nenhuma transição. Tal *hipomaternidade* se aproxima de uma maternidade nula, quando a mãe ou demais familiares têm seu poder destituído e há o encaminhamento dos infantes para o abrigamento e até mesmo para a adoção, o que repercute diretamente sobre a (i) possibilidade de (re)construção do vínculo familiar[20].

No estudo intitulado *"Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão"* coordenado pelas pesquisadoras Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti junto ao Ministério da Justiça, em que realizaram a oitiva de diversas apenadas, dentre as queixas mais frequentes, apareceu a ausência de contato com sua defesa, a presença de violação de direitos e a negligência quanto às especificidades das mulheres. No que tange a questão da mulher encarcerada e a maternidade é importante destacar uma das conclusões do estudo:

> "Concluímos que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação

20. Cf. BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. *Revista Sur,* v.12, n.22, p. 236. São Paulo, 2015.

> à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos"[21] (grifo nosso).

É importante destacar a frase *"...se a legislação for cumprida..."* para ressaltar que a questão ultrapassa a existência de leis adequadas – isto é, há legislação suficiente para dar conta do problema – para o enfrentamento do problema carcerário feminino e passa a envolver dificuldades culturais e estruturais.

A punição, ainda, segue seus efeitos em razão do denominado *etiquetamento das pessoas egressas*, uma vez que muitas delas não conseguem ingressar no mercado de trabalho[22]. Se o motivo que levou uma pessoa a ser encarcerada decorre de uma ausência de trabalho lícito, seja pela miserabilidade, baixa escolaridade, cor entre outros, tais fatores são reforçados quando o egresso alcança a *"liberdade"*, porque tem de que gerir mais uma dificuldade, a saber, as marcas do cárcere[23].

---

21. BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão.* Série Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015, p. 79.

22. Cf. MARTINS, Mônica Rafaela Oliveira. A dessocialização do condenado no sistema carcerário convencional: o sofisma da ressocialização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* vol. 150, ano 26, p. 539-553. São Paulo: Ed. RT, 2018.

23. "Os obstáculos que homens e mulheres ex-encarcerados, pobres e de cor, enfrentam enquanto lutam para regressar (ou, mais provável, "entrar" pela primeira vez) à força de trabalho após a prisão têm sido amplamente documentados pela recente literatura sobre a relação entre encarceramento e mercados de trabalho (ver, por exemplo, Pager, 2003; Raphael, 2014; Thompson, 2008: 108-21). Permanentemente marcados pelo estigma de um registro criminal, desqualificados para a maioria dos trabalhos de classe média por sua falta de ´qualificações requeridas pelo mercado´ e de instrução formal, constantemente visados por formas pervasivas de estigmatização racial, residentes hipercriminalizados dos cinturões de pobreza se encontram confinados nos setores mais precários do mercado de trabalho secundário (Western, 2006: 108-30). A maior parte deles luta para ocupar as crescentes categorias dos pobres trabalhadores, impelidos pela injunção do sistema de livramento condicional – ´arranje um trabalho, qualquer trabalho´ – aos braços de empregadores de baixos salários, ávidos por contratarem os trabalhadores mais vulneráveis. Os poucos que eventualmente conseguem encontrar emprego experimentam a indômita violência do ´trabalho degradante´ (Doussard, 2013) no falta de moradia, da pobreza abjeta e da fome...". (DE GIORGI, Alessandro. *Cinco teses sobre o encarceramento em massa.* Trad. Leandro Ayres França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, p. 19-20).

3. Da possibilidade de prisão domiciliar para mulheres que estejam vivendo a maternidade na prisão condenada ao regime semiaberto e fechado

O Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257, de 8 de março de 2016) alterou o Código de Processo Penal para prever a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar quando a agente for gestante (art. 318, IV, CPP), além dos casos de mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Tal previsão normativa, por evidente, não abrange a prisão definitiva, mas apenas a de natureza cautelar e, especificamente, em torno da prisão preventiva que deve atender os requisitos do art. 312 do CPP, consistente nos requisitos de ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da Lei Penal.

Por outro lado, quando a prisão possui natureza sancionatória e punitiva, decorrente de decisão judicial proferida após a observância das garantias constitucionais, o tratamento é muito mais gravoso. Isto é, a prisão domiciliar só se aplica se a gestante estiver em regime aberto em conformidade com o art. 117, IV, Lei de Execuções Penais[24].

Assim, a regra é que as presas gestantes inseridas no regime semiaberto e fechado permaneçam encarceradas, independentemente da gravidez que requer especial atenção da família, equipe médica e psicológica, lá permaneçam em virtude do óbice legal.

Partindo do diagnóstico do sistema penitenciário nacional, na Medida Cautelar da ADPF 347, que aponta especificamente uma falência de políticas públicas, e considerando que o art. 89 da Lei de Execuções Penais prevê seções para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa, bem como que o Estado não consegue prover o mínimo de dignidade ao preso, como pode o Estado assegurar práticas humanísticas para presas gestantes, mães e seus filhos?

A falta de assistência humanitária, dignidade e respeito aos direitos básicos das gestantes que se encontram na prisão fez com que o legislador proibisse o uso de algemas em mulheres grávidas durante procedimentos médico-hospitalares,

24. "Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: [...] IV – condenada gestante".

conforme o parágrafo único do art. 292 do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.434/2017:

> "Art. 292. [...]
>
> Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato. (Redação dada pela Lei nº 13.434, de 2017)".

Esse cenário da gestante encarcerada passa a ser ainda mais desumano, quando se buscam informações no sistema *Geopresídios*, mantido pelo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), onde são constatadas as seguintes informações:

> "Dados do sistema Geopresídios, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), indicam que 35 (24%) de 148 unidades de detenção de mulheres foram classificadas do pior modo possível. A análise é feita por juízes de execução penal em inspeções.
>
> Três das quatro maiores prisões femininas do Rio Grande do Sul estão em péssima condição. Problemas de infraestrutura são os principais, segundo Patrícia Fraga Martins, juíza da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre. 'Não há como avaliar de outro modo. A situação não é pior por esforço das direções das casas prisionais', afirma.
>
> Esgoto chegou a invadir celas da maior prisão feminina do estado, em Guaíba, na última temporada de chuvas. Com isso, a magistrada interditou o leito materno infantil, atingido pelos dejetos. 'O prédio possui estrutura moderna, mas sem rede de esgoto, um problema severo. Por ser uma obra de grande porte, não vejo solução próxima', disse Fraga Martins"[25].

Com o crescimento da população carcerária feminina, houve a necessidade de novos estabelecimentos prisionais, mas devido a carência de recursos, o que acabou ocorrendo foi a improvisação de presídios masculinos para recepcionar as mulheres, o que torna esses lugares impróprios para o atendimento de gestantes, sem estrutura adequada para os cuidados com a maternidade, creche, berçário etc[26].

Além disso, não raro, constata-se que não há a divisão de presos provisórios e definitivos no sistema penitenciário nacional. Com efeito, é necessário

25. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84685-um-quarto-dos-presidios-para-mulheres-esta-em-pessimo-estado2]. Acesso em: 19.09.2017.

26. PEIXOTO, Paula Carvalho. *Vítimas encarceradas: histórias de vidas marcadas pela violência doméstica e pela criminalidade feminina*. São Paulo: IBCCRIM, 2017, p. 77.

questionar: se um estabelecimento prisional feminino se encontra em péssimas condições (*v.g.* sem oferecer adequada assistência médica, salubridade, infraestrutura etc.) e há uma gestante presa cautelarmente e outra encarcerada de forma definitiva em regime fechado, esta mulher não poderá usufruir da prisão domiciliar se for aplicado *ipsis litteris* a regra contida no art. 117, IV, da LEP. Tal situação desafia a interpretação deste dispositivo da LEP com a Constituição Federal e os tratados de direitos humanos atinente à matéria, para se buscar estender a proteção dos direitos humanos às presas mães/gestantes/lactantes em regime semiaberto ou fechado.

Atente-se que a Portaria interministerial 210, de 16 de janeiro de 2014, ao traçar a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE), prevê como diretrizes:

> "Art. 2º [...]
>
> IV – humanização das condições do cumprimento da pena, garantindo o direito à saúde, educação, alimentação, trabalho, segurança, proteção à *maternidade* e à infância, lazer, esportes, assistência jurídica, atendimento psicossocial e demais direitos humanos;
>
> V – fomento à adoção de normas e procedimentos adequados às especificidades das mulheres no que tange a gênero, idade, etnia, cor ou raça, sexualidade, orientação sexual, nacionalidade, escolaridade, *maternidade*, religiosidade, deficiências física e mental e outros aspectos relevantes" (grifamos).

Ademais, está em discussão no Senado Federal o Projeto de Lei 513 de 2013 que visa alterar a Lei de Execuções Penais. Porém, verifica-se que o referido projeto de lei considera a questão do encarceramento de mulheres gestantes apenas pelo viés estrutural, preocupando-se se as instalações de um presídio são aptas ao pleno desenvolvimento da maternidade. O art. 89 do PLS 13/2013, por exemplo, requer que o estabelecimento penal de mulheres seja dotado de dependências para gestantes e parturientes, berçário, creche e espaços de convivência entre mãe e filho, nada que já não fosse direito ou necessidade básica de uma detenta nessas condições.

Entretanto, o *déficit* de proteção às gestantes não é de ordem legiferante. Pelo contrário, há um vasto cenário normativo que protege esse grupo. O que se encontra em *xeque* é a falta de políticas públicas, a crença de que uma penitenciária é um local adequado para o pleno desenvolvimento da maternidade, o escasso orçamento público e/ou a uma gestão prisional ineficaz, apesar de existir uma produção legislativa muito bem-intencionada e decisões judiciais que visam amenizar o sofrimento dessas pessoas encarceradas.

A pesquisa intitulada *Saúde materno-infantil nas prisões*[27], financiada pela Fundação Oswaldo Cruz e pelo Ministério da Saúde, entre 2012 e 2014, concluiu que o perfil da mulher grávida encarcerada é composto por mães jovens, pardas, de baixo nível de escolaridade, e que elas geralmente se encontravam grávidas quando foram presas. A pesquisa apontou, ainda, que a assistência pré-natal é iniciada tardiamente e reduzido é o número de consultas médicas. Além disso, outro dado alarmante é que uma parcela dessas gestantes sofreu violência na maternidade e recebeu pouco apoio social/familiar na gestação, pré-parto, parto e puerpério:

> "As puérperas relataram ter sofrido maltrato ou violência durante a estadia nas maternidades pelos profissionais de saúde (16%) e pelos guardas ou agentes penitenciários (14%). Nas duas situações, as principais formas de maltrato/violência referida foram verbal e psicológica. O uso de algemas em algum momento da internação para o parto foi referido por 36% das gestantes, sendo que 8% relatou ter ficado algemada mesmo durante o parto"[28].

Além do sofrimento psíquico ocasionado pela violência obstétrica, a pesquisa identificou outras espécies de violação de direitos fundamentais. Por exemplo, a Lei 11.634/2007 assegura o direito da gestante ao conhecimento e à vinculação à maternidade, garantindo assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) para que a grávida tenha vínculos de confiança com o ambiente hospitalar. No entanto, no caso de gestantes encarceradas, tal direito, conforme apurado pela referida pesquisa, não foi respeitado. De igual modo, é importante mencionar que a Lei 11.108/2005 confere à parturiente o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), mas a comunicação entre unidade prisional e a família das mães encarceradas são quase inexistentes, visto que 89% das famílias não tiveram conhecimento do trabalho de parto.

Ainda há que se considerar que a Lei 13.769/2018 trouxe um alento ao sistema carcerário no que tange a progressão de regime da mulher gestante, ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, ao prever no art. 112, §3º da Lei de Execuções Penais como requisitos cumulativos para a migração de regime: a) não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; b) não ter

27. LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciênc. Saúde Coletiva* [online]. 2016, vol.21, n.7, p. 2061-2070. [http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016]. Acesso em: 05.11.2017.

28. Ibidem, p. 2065-2066.

cometido o crime contra seu filho ou dependente; c) ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; d) ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; e) não ter integrado organização criminosas. Ainda, o §4º do art. 112 estabelece que o cometimento de delito doloso ou falta grave importará na revogação do benefício do §3º do art. 112.

Uma das inovações propostas pela Lei 13.769/2018 é justamente a criação de uma nova fração para a progressão de regime. Na legislação pátria, há a previsão de que os autores condenados por crimes comuns/não hediondos (reincidentes ou não), integralizem a fração de 1/6 de sua pena para que obtenham a progressão de regime prisional. Já os sujeitos que tenham cometidos crimes hediondos, é necessário que haja o cumprimento de 2/5 para os réus primários e 3/5 no caso de reincidentes.

O que se verifica é que o §3º insere uma progressão *sui generis* para as mulheres gestantes ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Soma-se a isso que essa alteração também repercutiu na Lei de Crimes Hediondos que em art. 2º, §2º, que ordena que se observe os §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei de Execução Penal. Isto é, nos delitos hediondos e equiparados (tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins e terrorismo) gozam dessa progressão especial de regime. De fato, trata-se de um alento para com as situações experimentadas pelas mulheres encarceradas, mas ainda assim, é preciso de mais, especialmente no que tange a prisão domiciliar da mulher encarcerada.

A prisão – quase sempre vista como local de expiação de culpa, sofrimento e dor – ganha dimensões ainda mais monstruosas, pois, se a pena é destinada ao agente que cometeu um delito e a sanção deve obedecer a intranscendência da pena contida no art. 5º, XLV, (*"nenhuma pena passará da pessoa do condenado"*), na situação ora analisada, a vida que habita o ventre materno ou o filho de tenra idade também é diretamente atingido pelo inóspito cárcere diante da insalubridade, do precário atendimento à gestante e da ausência de cuidados adequados com as crianças. Ainda que as recentes legislações tenham procurado flexibilizar critérios de progressão de regime, a qualidade situacional das gestantes, puérperas e lactantes que iniciam sua pena no regime fechado permanece a mesma, a saber, sem um mínimo de assistência para si ou para as suas crianças.

4. Proteção (inter)nacional das mulheres vivenciando a maternidade na prisão

O ano de 2018 foi *sui generis* na temática do encarceramento de mulheres, seja em virtude do HC 143.641/SP (Rel. Min. Ricardo Lewandowski) que teve um grande impacto no que tange a prisão preventiva ou em virtude da edição da Lei 13.769/2018 que alterou a Lei de Execuções Penais de modo a tornar mais

flexível a progressão de regime para mulheres gestantes ou que forem mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência. No entanto, a mesma não tocou na prisão domiciliar no momento de execução da penal.

De todo modo, há que se considerar que o tema do encarceramento feminino tem sido tratado tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito interno – sobretudo com a produção jurisprudencial e legislativa de 2018 – de modo a arrefecer o encarceramento em massa e acima de tudo, humanizar a pena imposta a mulher. Ademais, parece incipiente a busca em minimizar os efeitos traumáticos para com as crianças que possuem experiências iniciais de vida em ambientes tão inóspitos quanto os ergástulos que mais se assemelham com masmorras medievais[29].

No âmbito internacional, destaca-se o item 23.1 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos da Organização das Nações Unidas (ONU) que aborda o respeito às reclusas grávidas:

> "1) Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento".[30]

Ademais, em 22 de maio de 2015, a Organização das Nações Unidas editou um novo quadro normativo para o tratamento do sistema penal com o alerta para os efeitos do encarceramento na sociedade, culminando nas *Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos* ou *"Mandela rules"*. Essa estrutura normativa se destina a enfrentar a negligência estatal em relação aos apenados, buscando proteger tais pessoas de qualquer espécie de tratamento/castigo degradante ou desumano.

Com relação às unidades prisionais femininas, há de forma explícita a necessidade de instalação de alas visando assegurar a maternidade plena, como se depreende da regra de número 28:

29. Cf. SILVA, Fabio Lobosco. Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 24, vol. 123, p. 361-380. São Paulo: Ed. RT, 2016.

30. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html]. Acesso em: 30.08.2017.

> "Nas unidades prisionais femininas, deve haver acomodação especial para todas as necessidades de cuidado e tratamento pré e pós-natais. Devem-se adotar procedimentos específicos para que os nascimentos ocorram em um hospital fora da unidade prisional. Se a criança nascer na unidade prisional, este fato não deve constar de sua certidão de nascimento".

Todavia, diante da declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário brasileiro,* consignado na ADPF MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, com manifesta violação de direitos fundamentais básicos, não se concebe que grande parte dos estabelecimentos prisionais estejam atendando as normativas internacionais que ampliaram a proteção dessa classe de mulheres que demandam especial atenção.

Ressalta-se, ainda, que as *Regras das Nações Unidas para tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras,* conhecida como *Regras de Bangkok,* determina que a acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo absorventes higiênicos gratuitos e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular mulheres que realizam tarefas na cozinha e mulheres gestantes, lactantes ou durante o período de menstruação (*Regra de nº. 5 de Bangkok*)[31].

Outro aspecto de grande importância é o da flexibilidade do regime prisional que deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos (*Regra de nº 42.2 de Bangkok*). Ainda, é de se destacar a *Regra de nº 64 de Bangkok* ao dispor que sempre haverá predileção pelas penas não privativas de liberdade para mulheres gestantes e mulheres com filhos dependentes, visando o melhor interesse do filho e assegurando as diligências necessárias para seu cuidado.

Assim, revelado um cenário prisional que foi pensado e destinado ao público masculino que na maior parte das vezes é apenas adaptado às mulheres, não dispondo de infraestrutura básica para higienização, atendimento médico-hospitalar e, especialmente, não sem fornecendo subsídios mínimos para a realização da maternidade, observa-se a maior gravidade do que o Supremo Tribunal Federal reconheceu como *Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário*.

31. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf]. Acesso em: 04.07.2017.

Evidentemente, estas demandas femininas ganham uma maior visibilidade com a criminologia feminista que se debruça ao estudo de questões essencialmente femininas e que até então sofriam uma negligência estatal. Embora as teorias criminológicas já consolidadas tangenciem o problema, tais correntes abordavam a temática de maneira incipiente e secundária[32]. Vera Regina Pereira Andrade ressalta que o Sistema de Justiça Criminal é essencialmente androcêntrico vez que se trata de um mecanismo de controle masculino para condutas masculinas e apenas de forma subsidiária feminino[33].

Há que se recordar que foi a criminologia feminista[34] que identificou uma dupla violência para com a mulher. Em um primeiro momento, há uma subvalorização da violência de gênero, onde o ciclo ocorre no âmbito doméstico em suas mais variadas formas (injúria, lesão corporal, ameaça, estupros, etc.). Já quando se analisa a mulher enquanto autora do delito, haveria uma gama de regras que produzem o aumento da punição ou agravamento das formas de execução das penas em virtude da condição de gênero[35].

---

32. "Para os sujeitos vulneráveis, para as mulheres, os pobres, as pessoas de "cor" do "terceiro" e do "quarto" mundo, para as crianças, as pequenas narrações, as verdades "fracas" constituem já um luxo. Com estes, na realidade, não pode ser construído um conhecimento capaz de contrastar os projetos de dominação e as alianças que têm por base a "ciência normal". Para criticar os relacionamentos de exclusão e de dominação na sociedade mundial dos nossos dias e lutar contra os mesmos, a ciência feminista (assim como qualquer outro conhecimento de que se alimentem projetos de emancipação e de afirmação dos direitos e da dignidade de todos os seres humanos) tem necessidade de reencontrar a unidade da *master narrative* na qual as resistências e as lutas ocorridas, nas mais diversas frentes, podem encontrar um sendo comum". BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. Trad. Ana Paula Zomer. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 59-60.

33. ANDRADE, Vera Regina Pereira. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência,* n. 50, p. 87-89. Florianópolis, jul., 2005.

34. Importante a observação de Soraia da Rosa Mendes: "Adotar o ponto de vista feminista significa um giro epistemológico, que exige partir da realidade vivida pelas mulheres (sejam vítimas, rés ou condenadas) dentro e fora do sistema de justiça criminal. Penso que aí está o objetivo maior de uma criminologia feminista, que não tem como ser concebida "um novo ingrediente" nos marcos do que já foi produzido por outras criminologias". MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista.* Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 188.

35. CAMPOS, Carmen de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.).

5. Entre o *Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário* e as garantias fundamentais das mulheres encarceradas

Diante do cenário caótico do *Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário brasileiro*, cuja proporção é maximizada quando se olha o desenho do cárcere feminino que, além de não atender o mínimo de dignidade necessário, como já dito, não respeita a especificidade anatômica e biológica feminina, já que grande parte dos estabelecimentos prisionais foram apenas adaptações de espaços eminentemente masculinos para abrigar uma nova demanda (isto é, o galopante encarceramento feminino), o solapamento das garantias fundamentais se açoda ainda mais quando se observa o fenômeno da maternidade e sua (im)possibilidade de desenvolvimento saudável e pleno no hostil ambiente penitenciário.

Cumpre mencionar o HC coletivo 143.641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.02.2018, que possuía como objeto as presas grávidas ou com filhos menores de 12 anos que teriam direito à prisão domiciliar. Cabe ressaltar que este remédio constitucional tinha como pauta a prisão domiciliar prevista no Código de Processo Penal e não a contida na Lei de Execução Penal. Assim, o referido acórdão que levou em consideração o art. 318 do Código de Processo Penal para conceder prisão domiciliar a gestantes, puérperas (que deram à luz há pouco tempo), mãe de crianças (mães de menores até 12 anos incompletos) e mãe de pessoas com deficiências. Obviamente o *decisum* excepcionou a prisão domiciliar para os seguintes casos: a) quando a mulher praticar o crime mediante violência ou grave ameaça; b) a mulher praticar o delito contra seus descendentes; c) em outras situações que dependerão de fundamentação concreta. Reforce-se que o *Habeas Corpus* em questão não tratou de situações envolvendo a execução penal.

Nesse contexto, é necessário questionar: a regra do art. 117, IV, LEP, está em conformidade com a Constituição Federal? É justo a manutenção da apenada inserta nos regimes semiaberto e fechado à despeito da violação crônica dos direitos humanos-fundamentais?[36] Parece que a resposta é negativa, tanto pela

Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 152 e ss.

36. "...os ambientes prisionais não estão preparados para receber crianças e que, mesmo que contassem com boa estrutura para abrigá-las, ainda assim não seriam a resposta mais adequada para a solução da maternidade no cárcere. Pensamos que, diante de uma condenação dirigida a uma mãe, imprescindível se faz que o sistema penal conheça seus

ausência de previsão normativa quanto pelas soluções – essencialmente jurisprudenciais – que estão sendo dadas à questão.

Soma-se a isso a necessidade do *controle de convencionalidade,* visando a obediência a um duplo limite vertical material, a saber, a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite), bem como os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. Destarte, os tratados podem ter sido aprovados por quórum qualificado ou não (art. 5º, §3º, da CF/1988) e, caso não tenham passado por tal filtro, ostentará natureza de norma (apenas) materialmente constitucional, permitindo que seja parâmetro no controle difuso de convencionalidade. Em consequência, caso a aprovação tenha se dado nos ditames do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, tais tratados poderão ser utilizados no controle concentrado – além do difuso – de convencionalidade[37]. Como se viu, no que tange a questão carcerária feminina, há inúmeras normas internacionais já encampadas e que devem ser aplicadas ao problema em questão.

Não se está a defender que caiba ao Poder Judiciário a implementação de políticas públicas para a humanização do sistema penitenciário, mas precisa assumir a responsabilidade no reconhecimento do problema de modo a buscar soluções balizadas com os direitos humanos-fundamentais. Se a liberdade é um direito fundamental relativo ante a imposição da sanção penal, essa relativização não deve permitir penas *materialmente cruéis* e *transcendentes,* atingindo a apenada e o nascituro/infante. Deste modo, as normas (em sentido amplo) internacionais introduzidas no Brasil não só podem como devem ser invocadas para o problema assinalado. É de suma importância que a decisão judicial também observe às questões de gênero e, sobretudo, as circunstâncias da maternidade que se mostra restrita, solapada e violada no cárcere. Somente o respeito ao duplo limite vertical

diversos efeitos e que o julgador conheça a realidade de quem está julgando e a realidade dos locais aos quais a condenação exporá as apenadas, bem como seus filhos. Só assim, crianças não seriam submetidas a um processo de institucionalização e exposição ao cárcere, bem como não se formariam novos problemas sociais, oriundos dos primeiros que levaram essas mães a uma carreira desviante" (PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aprisionamento feminino e maternidade no cárcere – uma análise da rotina institucional na penitenciária feminina Madre Pelletier. *Revista Pensamiento Penal,* Buenos Aires, 2013). Disponível em: [http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/36337-aprisionamento-femino-e-maternidade-no-carcere-uma-analise-da-rotina-institucional-na]. Acesso em: 20.09.2017.

37. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do "diálogo das fontes". *Revista Argumenta*, n. 15, p. 79-80. Jacarezinho, 2011.

(Constituição, os tratados de direitos humanos e tratados comuns) conduzirão ao respeito à dignidade humana nas *penitenciárias femininas*.

Caso o Poder Judiciário pretenda manter uma posição ativa na defesa dos direitos humanos-fundamentais, é necessário refletir sobre as circunstâncias peculiares do aprisionamento e da manutenção da gestante no sistema prisional, afinal, os filhos acabam sendo sancionados, ao nascerem em meio a violência da prisão, situação agravada pela inadequação do espaço físico, que dificulta e, por vezes, impede a criação dos vínculos afetivos da maternidade.

6. Conclusão

Diante do exposto, é possível concluir que:

a) há uma crise instalada no sistema carcerário, motivo pelo o qual é correto o diagnóstico do STF, na ADPF 347, ao reconhecer um *Estado de Coisas Inconstitucional;*

b) há um vertiginoso encarceramento feminino ocasionado, sobretudo, pelo delito de tráfico de drogas;

c) o aprisionamento (seja ele definitivo ou provisório), na grande maioria das prisões brasileiras, não se revela adequado quando se está a falar de mulheres grávidas, notadamente porque há uma verdadeira *pena cruel* em virtude das condições precárias das unidades prisionais;

d) as gestantes presas vivem dentro do cárcere dois fenômenos, a saber, a *hipermaternidade* e a *hipomaternidade;*

e) a manutenção da gestante nas unidades prisionais, em situações desumanas, fere o direito fundamental contido no art. 5º, XLV, CF/88;

f) a prisão domiciliar contida na Lei de Execuções Penais precisa ser readequada de modo a atender a materialização da maternidade;

g) cabe aos integrantes do sistema de justiça (advogados, membros do Ministério Público e juízes) levar em conta as questões de gênero e as circunstâncias especiais das gestantes/mães/lactantes e seus filhos – em âmbito nacional ou internacional – para que se produzam decisões protetivas aos direitos humanos.

7. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência,* n. 50. Florianópolis, jul. 2005.

BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. Trad. Ana Paula Zomer. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [*Syn]Thesis*, vol.5, n. 1. Rio de Janeiro: UERJ, 2012.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. *Revista Sur,* v. 12, n. 22. São Paulo, 2015.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão.* Série Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Sistema Nacional de Informação Penitenciária. *Relatório nacional sobre a população penitenciária feminina do País,* Brasília, junho, 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 15.10.2017.

BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Sistema Nacional de Informação Penitenciária. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016, Brasília, 2017. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 03.01.2018.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

CAMPOS, Carmen de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COSTA, Amarildo Lourenço; COSTA, Samuel de Freitas. O estado de coisas inconstitucional e a proteção aos direitos fundamentais. *Revista Direito e Justiça Social,* v. 1, n. 1. Vila Velha, 2017.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. *Revista Constituição e garantia de Direitos.* v. 9, n. 2. Natal: Ufrn, 2016.

DE GIORGI, Alessandro. *Cinco teses sobre o encarceramento em massa.* Trad. Leandro Ayres França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão. *Friedrich-Ebert-Stiftung Brasil*. São Paulo, jun., 2017.

LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2016, vol.21, n.7, p. 2061-2070. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016]. Acesso em: 05.11.2017.

MARTINS, Mônica Rafaela Oliveira. A dessocialização do condenado no sistema carcerário convencional: o sofisma da ressocialização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* vol. 150, ano 26. São Paulo: Ed. RT, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do "diálogo das fontes". *Revista Argumenta,* Jacarezinho, n. 15, 2011.

MOREIRA, Rafaela Araújo et al. Com a palavra, as mulheres: maternidade por trás das grades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* vol. 146, ano 26. São Paulo: Ed. RT, 2018.

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

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; FILHO, Carlos Augusto Liguori; GRAVA, Guilherme Saraiva. O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. *Boletim IBCCRIM,* ano 24, n. 283. São Paulo, jun./2016.

PEIXOTO, Paula Carvalho. *Vítimas encarceradas: histórias de vidas marcadas pela violência doméstica e pela criminalidade feminina.* São Paulo: IBCCRIM, 2017.

PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aprisionamento feminino e maternidade no cárcere – uma análise da rotina institucional na penitenciária feminina Madre Pelletier. *Revista Pensamiento Penal,* Buenos Aires, 2013. Disponível em: [http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/36337-aprisionamento-femino-e-maternidade-no-carcere-uma-analise-da-rotina-institucional-na]. Acesso em: 20.09.2017.

SANTOS, Helena Maria Pereira dos; VIERA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares das. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Quaestio Iuris,* vol. 08, n. 04. Rio de Janeiro: UERJ, 2015.

SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* vol. 136, ano 25. São Paulo: Ed. RT, 2017.

SILVA, Fabio Lobosco. Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 24, vol. 123. São Paulo: Ed. RT, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- As implicações do aprisionamento materno na vida dos(as) filhos(as), de Claudia Stella – *RBCCrim* 34/237-267 (DTR\2001\153);
- Com a palavra, as mulheres: maternidade por trás das grades, de Rafaela Araújo Moreira, Maiana Vargas Fonseca, Jean Carlos Carvalho Praxedes, Tânia Christiane Ferreira Bispo e Denise Santana Silva dos Santos – *RBCCrim* 146/649-662 (DTR\2018\18310);
- Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da Ação De Descumprimento de Preceito Fundamental 347, de Marcel Ferreira dos Santos e Gustavo Noronha de Ávila – *RBCCrim* 136/267-291 (DTR\2017\6312);
- Estado de coisas inconstitucional: da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347, de Marcio Scarpim de Souza – *RDCI* 111/117-147 (DTR\2019\15);
- Mulheres, maternidade e o sistema punitivo: limites e possibilidades das audiências de custódia no Estado do Rio de Janeiro, de Luciana Simas, Vera Malaguti Batista e Miriam Ventura – *RBCCrim* 149/455-489 (DTR\2018\20701);
- O direito das mulheres privadas de liberdade à convivência com os filhos, de Stefania Fontella Dinatt e Jaqueline Carvalho Quadrado – *RBCCrim* 146/695-724 (DTR\2018\18302); e
- Quem te prende e não te solta: as regras de Bangkok e a análise de decisões denegatórias do Poder Judiciário do Estado do Paraná em pedidos de prisão domiciliar para mulheres presidiárias gestantes e com crianças, de Heloisa Vieira Simões e Priscilla Conti Bartolomeu – *RBCCrim* 151/383-416 (DTR\2018\22761).

Olhares sobre a justiça juvenil: (re)contando histórias

Glances about juvenile justice: (re)telling stories

Celso Fernandes Sant'Anna Júnior

Mestrando em Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania – Universidade Federal do Estado da Bahia. Mestrando em Criminologia – Universidade de Ottawa – Canadá. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana. Membro do Grupo de Pesquisa em Criminologia – GPCrim UEFS/UNEB. ORCID: 0000-0003-2184-992X
celsosantannajr@gmail.com

Riccardo Cappi

Doutor em Criminologia – Université Catholique de Louvain (2011). Mestre em Ciências Econômicas – Université Catholique de Louvain (1988). Graduado em Licenciatura para Habilitação para Ensino pela Universidade Católica de Louvain (1992). Graduado em Criminologia – Université Catholique de Louvain (1992). Atualmente é professor da Universidade do Estado da Bahia e da Universidade Estadual de Feira de Santana. Professor Colaborador da Universidade Federal da Bahia. Professor Colaborador da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Criminologia (UNEB/UEFS). ORCID: 0000-0002-9615-9459
riccardo@terra.com.br

Recebido em: 08.04.2019
Aprovado em: 24.05.2019
Última versão dos autores: 31.05.2019

Áreas do Direito: Infância e Juventude; Penal

Resumo: O objetivo central deste artigo é a compreensão das ideias que orientam atualmente o Sistema de Direito Criminal. Mais precisamente, analisa o caminho historiográfico da formação da justiça juvenil brasileira, a partir da observação empírica das modificações realizadas, no âmbito do Legislativo, quanto à resposta estatal a crianças e adolescentes autores de uma conduta estabelecida pelo Sistema Criminal como crime. A partir de algumas ideias da Teoria dos Sistemas de Luhmann e da Teoria da Racionalidade Penal Moderna de Álvaro Pires, o trabalho

Abstract: The main objective of this article is to understand the ideas that currently guide the Criminal Law System. More precisely, it analyzes the historiographical path of the formation of Brazilian juvenile justice, based on the empirical observation of the modifications made, within the Legislative framework, as to the state response to children and adolescents who are authors of a conduct Established by the Criminal System as a crime. From some ideas of the Luhmann Systems Theory and the Theory of Modern Criminal Rationality of Álvaro Pires, the work proposes a

propõe um método próprio de análise que descreve o processo de diferenciação da emergência de um programa criminal juvenil específico, em oposição ao programa criminal destinado aos adultos, orientado pelas teorias clássicas da pena, a fim de identificar o momento e os elementos-chave que afirmam esse novo programa como autônomo.

Palavras-chave: Justiça juvenil – Sistema de direito criminal – Intervenção criminal – Racionalidade penal moderna – Teoria dos sistemas.

method of analysis that describes the process of differentiation of the emergence of a specific juvenile criminal program, in opposition to the criminal program aimed at adults, guided by the classical theories of the penalty, in order to identify the moment and the key elements that affirm this new program as autonomous.

Keywords: Juvenile justice – Criminal law system – Intervention criminal – Modern penal rationality – Systems theory.

Sumário: Introdução. 1. Algumas distinções conceituais de base: a justiça juvenil como programa criminal específico no interior do sistema de Direito Criminal. 2. História tradicional do nascimento da justiça juvenil. 3. Uma outra maneira de observar e contar a história da justiça juvenil. 4. Contando outra história legislativa da justiça juvenil no Brasil (1830-1990). 4.1. Programa criminal "único" (1830-1921). 4.2. Programa da racionalidade criminal moderna tutelar (1921-1943). 4.3. Programa da periculosidade juvenil (1943-1979). 4.4. Programa da vigilância dos menores (1979-1990). 4.5. Programa de proteção integral e responsabilidade compartilhada. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

Introdução

O objetivo central deste artigo[1] é a compreensão das ideias que orientam atualmente o Sistema de Direito Criminal (SDC)[2], em especial o da justiça juvenil[3].

1. A realização deste artigo não seria possível sem o apoio do professor, e amigo, Álvaro Pires, a quem dedicamos um agradecimento especial pelas contribuições generosas e precisas.
2. Explicaremos brevemente esse conceito mais tarde, quando distinguirmos sistemas e programas a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.
3. Embora o termo justiça juvenil possa ser utilizado para explicar todo o complexo de subsistemas de garantias de direitos das crianças e adolescentes (saúde, educação, adoção etc.), neste artigo pretendemos compreendê-la a partir de sua face criminal, ou seja, orientada para a resposta estatal ao cometimento de atos infracionais. De outro lado, o "termo" juvenil pode causar certo desconforto. Tomamos neste artigo, como disposto no ECA, indivíduos na faixa etária entre 12 e 18 anos. Temos a consciência dos riscos dessas sinédoques na qual tomamos a parte pelo todo, ora o todo pela parte. A razão dessa utilização é de evitar aprofundamento na explicação de distinções como criminal/criminoso, menor/criança e adolescente. Em síntese, ficamos com a seguinte conceituação: o termo "justiça juvenil" designará globalmente nesse texto a existência de um

Mais precisamente, visa analisar o caminho historiográfico da formação dos modelos adotados por essa justiça, a partir da observação empírica das modificações realizadas no âmbito do legislativo, quanto à resposta estatal a crianças e adolescentes autores de uma conduta estabelecida pelo Sistema Criminal como crime.

Essa demarcação nos permite apontar uma opção epistemológica e metodológica específica e, em certa medida, inovadora nesse campo de conhecimento. Isso porque, embora no Sistema Criminal (direcionado aos adultos) as teorias da pena sejam alvo de larga produção científica, apresentando-as como fundamento (e legitimação) da aplicação da pena; no âmbito da justiça juvenil, a literatura ainda carece de maneiras de observar e pensar os fundamentos da aplicação de medidas socioeducativas.

Dessa forma, este trabalho apresenta alguns resultados exploratórios obtidos no quadro de uma pesquisa cujo objetivo é propor uma (re)descrição da emergência, formação e estabilização de um programa específico de justiça juvenil no Brasil, a partir, exclusivamente, de uma observação do agir[4] do legislador.

Nossos objetivos podem ser resumidos da seguinte forma: 1) apresentar uma breve comparação das narrativas da formação da justiça juvenil nos Estados Unidos e no Brasil; 2) descrever a grande variedade histórica de programas legislativos que tratam sobre a justiça juvenil e sobre as dificuldades de descrever as características dessa justiça a partir de um modo "ideal-tipo" weberiano; 3) ajudar a construção de um esquema de comparação entre justiça juvenil e a justiça para adultos, indicando a complexidade empírica e as dificuldades teóricas para fazê-lo; 4) ratificar a especificidade e importância do nosso objeto de investigação, qual seja a filosofia sancionatória ou de intervenção criminal adotada pelos diversos programas legislativos no Brasil; 5) contribuir com outras pesquisas no campo da justiça juvenil, visando o progresso coletivo da construção do conhecimento, a partir de um outro modo de observar e descrever a evolução dessa justiça no Brasil.

Dividimos este artigo em quatro momentos. Inicialmente, apresentamos uma discussão conceitual que entendemos importante para o leitor se apropriar de alguns elementos importantes para compreensão da análise. Em seguida, oferecemos uma revisão seletiva (GLASER; STRAUSS, 1967) sobre a justiça juvenil,

ou vários programas legislativos específicos orientados para os jovens considerados como tendo uma "minoridade criminal", e que justificam uma política e uma filosofia de intervenção diferenciada da dos adultos.

4. No sentido de ação-comunicação.

privilegiando o aprofundamento em algumas obras mais complexas do que um sobrevoo em diversos autores. Posteriormente, apresentamos as etapas construídas a partir de nossa própria observação, sempre descrevendo os efeitos de cada mudança normativa na história da formação da justiça juvenil no Brasil.

O objetivo é demarcar os processos que contribuíram na construção de um sistema de ideias autônomo. A questão teórico-empírica que nos move é: quais foram as filosofias sancionatórias ou de intervenção criminal que marcaram ou orientaram a construção dos diversos programas legislativos para jovens no Brasil a partir do Código criminal do Império de 1830 até hoje?

Por fim, compartilhamos algumas inquietações que emergem das nossas observações, a fim de contribuir para um debate ainda pouco aprofundado no campo acadêmico. Por se tratar de uma produção de conhecimento em processo de construção, este bloco apresenta algumas questões chaves que podem impulsionar novas pesquisas.

Contudo, antes de proceder à análise desses diplomas legais, convém salientar desde já três limites deste trabalho, importantes para entender seu foco e seu alcance. Primeiramente, ele não trata da implantação organizacional efetiva da justiça juvenil no Brasil. Em segundo lugar, não trata do funcionamento dos tribunais, uma vez efetivamente implantados, nem de suas decisões judiciais. Por fim, não trata também nem das condições materiais das instituições de internação nem sobre seus modelos de intervenção pedagógica ou psicossocial. Ela trata exclusivamente sobre o agir legislativo e seus produtos, não se interessando, nesse momento, as diversas operacionalizações da lei.

Embora exista uma precedência lógica da lei em relação à ação do sistema judiciário e do penitenciário (ou correcional), ela não assegura absolutamente o que se fará em seguida. Dito de maneira crua: a lei não determina as práticas. Por exemplo, a lei pode autorizar a criação de instituições de reclusão especializadas para menores, mas pode não existir os recursos materiais necessários para construí-las ou para garantir a qualidade de seu funcionamento.

Em suma, uma prática administrativa do Executivo (sistema político) ou a prática judiciária (sistema de direito) podem trair outra prática do mesmo sistema (nesse caso, a legislativa). Nosso propósito, portanto, limita-se aqui a observar as maneiras de pensar a intervenção criminal, tais como eles aparecem nos diplomas legais. Dessa forma, enxergamos a prática legislativa como uma prática social. Assim, vale salientar que a legislação não é uma "teoria", ela é a expressão de uma prática política (decisões institucionais), mesmo quando outras práticas subsequentes (do mesmo sistema ou não) neutralizam, reduzem ou modificam os conteúdos da prática constitutiva originária.

Como afirma Mariana Possas (2015 p. 474): "Com efeito, a grande maioria das perspectivas teóricas em sociologia privilegia a categoria 'ação' e somente eventualmente e secundariamente utiliza a 'comunicação'". Nós faremos o inverso.

1. Algumas distinções conceituais de base: a justiça juvenil como programa criminal específico no interior do sistema de Direito Criminal

Utilizamos, como ponto de partida, as distinções conceituais propostas pela Teoria da Racionalidade Penal Moderna (RPM), bem como nossas próprias observações empíricas sobre a evolução das leis criminais no Brasil, entre 1830 e 1990. Nossa questão de pesquisa pode ser formulada da seguinte maneira: *a partir de qual momento se pode observar, nas diferentes legislações criminais brasileiras, a emergência, formação e consolidação de um programa criminal para menores*[5]*, diferenciado do programa criminal para adultos quanto às teorias da pena que dão forma à intervenção criminal?*

A partir de alguns conceitos apresentados na teoria dos sistemas de Luhmann (1995; 2007), esta pesquisa vai tratar a justiça juvenil como sendo (atualmente no Brasil e em diversos outros países) um programa criminal específico, ao interior do SDC. De forma sintética, para fins de compreensão de algumas observações desta pesquisa, destacamos duas chaves centrais da teoria dos sistemas, que subtende a abordagem proposta.

De um lado, propomos uma observação que parte da distinção sistema/ambiente os quais operam em duas faces, respectivamente: interna/externa. Sobre esse tema, Luhmann desenvolve seu pensamento a partir de uma proposição de Spencer Brown para a observação: *draw a distinction* (1982, p. 4). Nessa operação, o ambiente é um elemento central na distinção do sistema, pois ele se forma ao se diferenciar daquele. Nosso trabalho pretende realizar essa operação a partir da observação-distinção do ambiente do Sistema de Direito Criminal (SDC) no interior do qual se diferencia um programa criminal específico destinados a "não adultos", em "oposição"[6] ao programa destinado aos "adultos". Trata-se, portanto, de observar a produção das "fronteiras" desse novo programa. Sua existência

5. Posteriormente identificados no Estatuto da Criança e do Adolescente como crianças e adolescentes.

6. Ao menos nos discursos da época. Sobre esse tema, recomendamos a leitura da obra de Alvarez (1989).

pressupõe a garantia de que ele não se misturará ou se fundirá com outros programas, ainda que componham o mesmo ambiente.

Neste trabalho, compreendemos o direito criminal como um subsistema autônomo do sistema de direito. Por não ser o objeto principal deste artigo, não nos aprofundaremos na justificativa dessa posição. Em rápida síntese, embora a teoria dos sistemas de Luhmann (2004) não tenha explorado essa possibilidade de observação, parece-nos suficiente o fato de que, tomada como um todo, sua teoria nos permite fazê-lo. Isso porque, segundo ela, todo sistema social pode aplicar a si mesmo uma distinção sistema/ambiente e formar um subsistema (ou programa) PIRES (2015, p. 235).

Do ponto de vista epistemológico, observamos os elementos normativo-históricos que construíram a distinção justiça juvenil/adultos. De outro lado, empírico, tais elementos emergiram da comunicação do sistema político (legislativo) ao buscar diferenciá-lo do programa criminal da justiça dos adultos, através da criação de normas específicas que demarcaram um "campo de ação particular" (PIRES, 2015, p.235), dentro do sistema de direito. Como afirma Luhmann (2013, 151): "la différenciation d'un sous-système est, après tout, l'évolution d'une différence, une forme avec deux faces"[7].

Evidentemente, a mera distinção justiça juvenil/adultos não indica o conteúdo de cada face: para essa finalidade, os sistemas desenvolvem programas. No presente trabalho, os programas tomam a forma de leis, normas, princípios, os quais serão analisados com maior profundidade.

Em síntese, essas características nos dão uma maneira de olhar o fenômeno não só como meras alterações legislativas, mas como diferenciação dos sistemas em face de seus ambientes, de maneira a poder garantir seu fechamento operacional e assim sua identidade. Essa ferramenta nos parece muito útil para diferenciar as comunicações da justiça juvenil daquela dirigida para os adultos.

A partir desse arcabouço, escolhemos observar as sucessivas legislações criminais para tentar se determinar onde se encontra o "ponto de partida" da formação e o subsequente desenvolvimento deste novo programa criminal. O problema é, portanto, duplo, conceitual e empírico, resumido em duas perguntas: o que significa a expressão "justiça juvenil"; a partir de quando se pode observá-la, ao menos nas operações legislativas do sistema político?

7. Livre tradução: "[...] a diferenciação de um subsistema é, ao final, a evolução de uma diferença, uma forma com duas faces".

Para tentar responder a essas questões, identificamos inicialmente, com a ajuda da literatura sobre a história da justiça dos menores, seis conjuntos de reformas legislativas brasileiras pertinentes: Código Criminal do Império (1830); Código Penal da República (1890); as reformas legislativas de 1921-1927; aquelas de 1943-1967; o Código de Menores de 1979; e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

2. História tradicional do nascimento da justiça juvenil

Nessa seção, vamos nos debruçar com mais ênfase em uma pequena seleção de estudos que tratam sobre a justiça juvenil nos Estados Unidos e no Brasil. Em especial, decidimos incluir uma breve apresentação do primeiro programa de justiça juvenil nos Estados Unidos, aquele de Illinois, datado de 1899. Acreditamos que a apresentação desse programa ajudará a melhor compreender a própria narrativa da formação e estabilização da justiça juvenil brasileira, a qual analisaremos em seguida.

De fato, essa lei inova na criação de novas formas de intervenção para todos os jovens de menos de 16 anos que cometeram uma infração à lei. Inaugura-se em Illinois, portanto, um movimento de exclusão dos jovens do programa de direito criminal dos adultos, para serem inclusos em outro programa legislativo específico.

O tribunal juvenil de Illinois – assim como a maioria mundo afora – foi concebido dentro da filosofia do *parens patriae*[8]. Essa doutrina, típica de países do *common law*, implementa um princípio de direito que atribui ao Estado a tarefa de intervir contra uma situação abusiva ou negligente, devendo agir em seu lugar, como um parente ou responsável. Conforme essa doutrina, o Estado deve assegurar a proteção do jovem em vários níveis: 1) necessidades de subsistência; 2) abusos, agressões, ou negligências ocorridas em torno do jovem; 3) perigo moral virtual de certos meios ou atividades consideradas inapropriadas para sua educação; 4) o Estado deve proteger o menor, também, da delinquência, impedindo-o de tornar-se, no futuro, um adulto criminoso.

Entretanto, no nosso trabalho, destacamos um outro sentido de proteção do jovem, frequentemente sustentado pelos movimentos sociais, mas pouco explícitos nas normas oriundas do legislativo. Trata-se da proteção do jovem em

8. *Parens patriae* é um termo latino que significa "pai de seus país". Essa filosofia é responsável, por exemplo, pela promoção do respeito ao "interesse superior" ou "melhor interesse" do menor.

face da "racionalidade punitiva" da justiça dos adultos. Nele, o Estado é compreendido como desempenhando um papel de um pai que não renega facilmente a condição de filho, mesmo que ele cometa um delito. O jovem infrator não é representado como um inimigo da sociedade em virtude da transgressão à lei criminal.

De fato, conforme alguns reformadores da primeira metade do século 20, a principal razão para o estabelecimento da justiça juvenil é "de prevenir que os jovens sejam tratados como criminosos" (VAN WATERS, 1927:217, apud NAP, 2001, p. 157). Em outros momentos podemos ler: "crianças e adolescentes levados perante a corte requerem uma intervenção e uma assistência, mais do que a punição" (NAP, 2001, p. 157). Essa formulação deixa entender que estamos diante de uma nova racionalidade, que exclui as teorias clássicas da pena (retribuição e prevenção geral). É essa maneira de descrever que adotamos neste trabalho.

A justiça juvenil não excluía a punição, mas certas teorias da pena, em detrimento de outras. Por exemplo, são excluídas aquelas teorias que são indiferentes à reabilitação: isso não significa excluir simplesmente a punição. Ainda que exista punição, esta deve visar sua inserção social, sempre em razão de uma infração praticada.

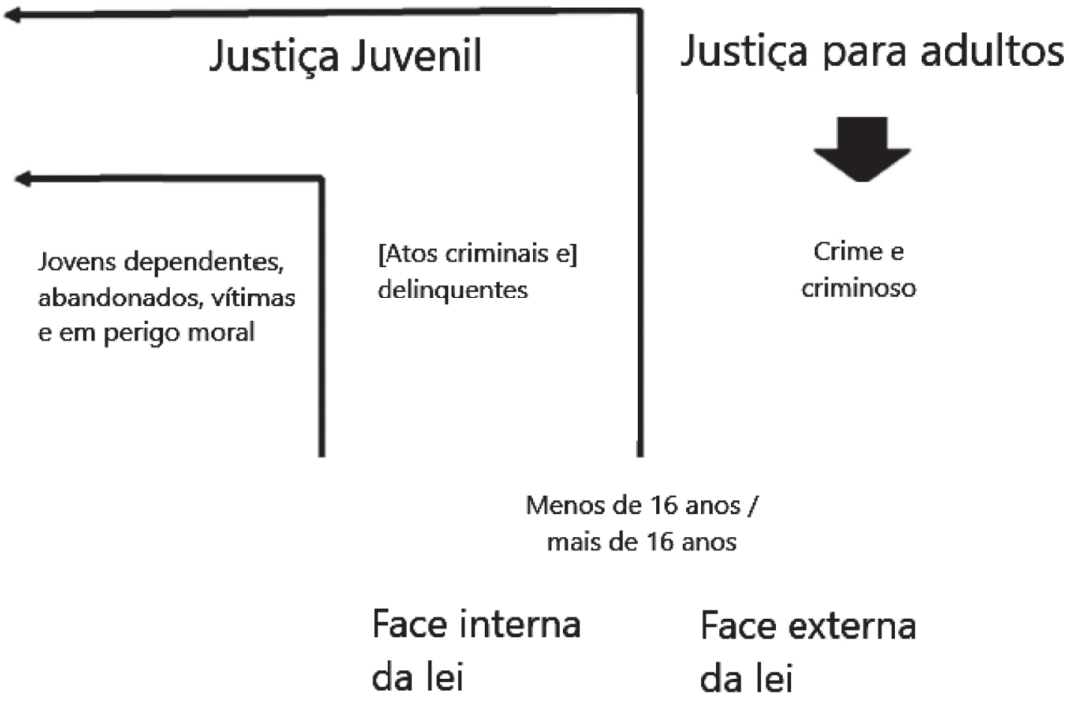
Assim, as mudanças sucessivas, que serão estudadas mais adiante, baseiam-se em ideias novas, também no que diz respeito a nossa maneira de ver os jovens. Não mais como delinquentes, mas como, por exemplo, "futuro da nação", "pessoa em fase de desenvolvimento", "sujeito vulnerável" etc.

Em vários países, à exceção dos Estados Unidos, onde isso se passa nas duas últimas décadas do século XIX, essas ideias ocorreram no início do século XX, desencadeando a formação da justiça dos menores. Pelo que se sabe, os Estados Unidos foram os primeiros a promover uma reforma radical através da institucionalização de um programa legislativo específico para levar os jovens diante dos tribunais especiais com juízes especializados e normas de sanção distintas. Nessa época, experiências inovadoras emergiram em Boston e Chicago.

Em Boston, as primeiras tentativas foram identificadas pela atualização do regime de "liberdade vigiada" (*probation*), em 1869, criando a figura do "agente do estado" incumbido da curatela de menores de 17 anos. Em Chicago, foi instalado o primeiro programa legislativo propriamente dito, criando o "Tribunal para crianças" (*Children's Court*), em 1899.

Podemos representar graficamente as distinções produzidas pela nova lei d'Illinois.

Figura 1 – Lei de Illinois (1899)



Fonte 1 – Traduzido de esboço não publicado feito por Álvaro Pires (2016).

Essas iniciativas foram seguidas na maior parte dos Estados americanos, de diferentes formas, e também em vários países da Europa, no fim do século XIX, reforçando a ideia de que menores infratores deveriam ser submetidos a juízes especiais incumbidos de aplicar medidas (ou sanções) com finalidades educativas. Nas primeiras décadas do século XX, a reforma toca também a América Latina em grande escala (RIZZINI, 1997, p. 219).

De fato, o ocidente começou a querer "salvar os jovens" da imoralidade, da criminalidade e do próprio Direito penal, construído para os adultos, ainda que essas mudanças não tenham acontecido nem todas de uma vez nem para todos os casos.

Nessa nova visão, a ideia de reabilitação é recuperada para que o juiz se comporte conforme a vontade do programa criminal no que se refere à filosofia sancionatória: o sofrimento, ainda que possa existir, não constitui o objetivo da punição e deve ser limitado.

Nesse contexto, a história da formação da justiça juvenil no Brasil não difere brutalmente da que ocorreu na América do Norte e em outros lugares do mundo. Ainda que algumas especificidades sejam percebidas ao longo da história, o contexto geral da formação da justiça juvenil é bastante parecido, como veremos ao longo deste trabalho.

Embora haja essa semelhança, o caso brasileiro parece ser particularmente interessante porque houve diferentes programas legislativos com diferentes filosofias penais entre 1830 até hoje. Em nossas revisões, percebemos uma maneira habitual de a literatura nacional observar e narrar a evolução legislativa da Justiça Juvenil até os dias de hoje, visando uma dupla tarefa: 1) identificar a influência das construções teóricas do Direito Criminal ocidental (principalmente europeu e norte-americano) no Brasil, com o objetivo de relacionar cada "modelo" ou "etapa" da justiça juvenil com determinada escola criminológica; 2) Favorecer a classificação das distintas etapas, contrapondo-as ao atual sistema vigente no Brasil.

A nosso ver, essas tarefas são colocadas em prática a partir da observação de um indicador comumente utilizado por boa parte dos autores dedicados a descrever a formação da justiça juvenil no Brasil, sobretudo no que diz respeito ao Direito Criminal[9]: a representação social dada ao jovem, projetada pelo mundo adulto no Sistema de Direito, e a forma como ela orienta a intervenção do Estado.

Essa narrativa, mesmo convergindo em certos pontos com a nossa própria observação, nos faz perder a capacidade de enxergar outras questões que jugamos pertinentes e essenciais. Por exemplo, quando se trata de observar as respostas da justiça juvenil às condutas criminalizadas, deixamos de focalizar nossa atenção sobre o papel orientador das teorias das penas na construção de um novo programa de justiça criminal. Em sentido inverso, perdemos também de vista o fato de que a justiça juvenil (pelo menos em uma das suas formas) poderia desempenhar uma influência importante para transformação daquela dos adultos, modificando sua racionalidade dominante atual.

O modelo de narrativa da formação da justiça juvenil no Brasil mais adotado é o proposto por Emílio Garcia Mendez (2006). Trata-se, de fato, de uma contribuição muito importante que vai servir como ponto de partida para a redescrição que vamos propor aqui. O autor argentino apresenta a evolução histórica do direito juvenil sul-americano, afirmando que a percepção e o tratamento da responsabilidade criminal dos menores transitaram por três grandes etapas: *etapa criminal indiferenciada* (1830-1921); *etapa tutelar* (1921-1990); e *etapa da responsabilidade criminal dos adolescentes* (a partir de 1990).

9. Considerando um esforço de economia conceitual, a diferenciação entre Direito Penal e Direito Criminal é feita neste trabalho por mero esforço didático de se afastar da carga semântica comumente atribuída ao primeiro. Com isso, pretendemos apenas permitir um esforço cognitivo do leitor de poder pensar fora dos valores atribuídos como dogmas ao Direito Penal.

Pelos nomes escolhidos para designar essas etapas, podemos aferir duas coisas: a primeira é que as etapas são caracterizadas efetivamente pela imagem jurídica e social do menor. O termo "indiferenciada", para designar a primeira etapa, é o mais ambivalente. Ele indica, nesse contexto, que o menor não é visto como sendo diferente do adulto. Mas ele indica (ou pode vir a indicar) simultaneamente que a justiça juvenil ainda não existe como programa específico, diferenciado do programa para adultos. Os dois outros termos estão centrados, sem ambivalência, sobre a imagem do jovem, uma vez que este é considerado, sucessivamente, como destinatário de tutela e como ser responsável.

De acordo com o autor, o início da primeira etapa se dá com a adoção dos primeiros Códigos Penais do século XIX e se estende até 1919, caracterizando-se por não diferenciar menores e adultos[10]. A única distinção aplicada aos menores entre sete e 18 anos consistia, em caso de prática delitiva, na diminuição da pena de 1/3 em relação à pena dos adultos (MENDEZ, 2006, p. 8-9). A idade agia aqui como um simples critério de atenuação da responsabilidade criminal tal que exprimida pela pena. Garcia Mendes, com toda razão, considera esse critério como insuficiente para falar de criação de uma justiça para menores. Observa também que essa etapa é essencialmente caracterizada por uma filosofia retributivista ou repressiva da pena.

Também em concordância com essa característica, Karyna Sposato chega a denominar o que chama de "modelo regulatório da Justiça Juvenil" como "Modelo Punitivo ou Penitenciário", atribuindo correspondência ao modelo da "Escola Clássica do Direito Criminal'. Para a autora, crianças eram consideradas como "adultos em miniatura" e, por isso, submetidas às mesmas regras que os adultos, sendo a única diferenciação a adoção de circunstâncias atenuantes na aplicação das penas (SPOSATO, 2013, p. 51).

A segunda etapa, denominada "tutelar", nasce com as novas leis de administração da justiça dos menores. Garcia Mendes atribui essa mudança ao que ele chama de "positivismo filosófico", ideologia dominante do momento marcada, segundo o autor, pelos "sequestros dos conflitos sociais" pela lógica da patologização, segundo ao qual a cada "patologia" social deve corresponder uma arquitetura especial de internação. A principal diferença que ele observa em relação à etapa precedente é a separação dos lugares de execução das penas aplicáveis aos adultos e menores, o que entende revelar uma redução da promiscuidade, a principal bandeira dos reformadores da época na América latina (MENDEZ, 2006, p. 9).

10. À exceção dos menores de sete anos, considerados "totalmente incapazes".

Na medida em que essa etapa se desenvolve, ela parece se afastar cada vez mais de uma filosofia retributivista. Garcia Mendes nos permite ver isso, mas ele parece subestimar a importância desse distanciamento progressivo na prática legislativa. O autor prefere sublinhar o fato de que, em outras práticas – aquelas relativas à própria implementação da norma legal –, essa distância do retributivismo se encontra neutralizada ou sequer realizada. A sua percepção é que o desinteresse nas consequências reais das decisões da administração da justiça, assim como o predomínio de eufemismos, limitou esse modelo a apenas "resolver" a separação física entre adultos e menores.

Segundo ele, isso se deu pela mudança da representação do menor, que passa a ser pensado como ser diferente dos adultos: ele é alguém (ou algo) que merece ser protegido, seja através da prevenção, seja através da repressão, devendo sempre serem "educados para o trabalho", pois são o "futuro da nação" (MENDEZ, 2006, p. 9-10). Em síntese, o autor apresenta que, por um lado, a legislação e os discursos afirmam a necessidade de salvar o menor do retributivismo criminal e de uma intervenção puramente repressiva; por outro, a prática da gestão das penas continua repressiva e faz muito pouco ou nada para salvar o jovem.

Para Karyna Sposato (SPOSATO, 2013, p. 53), esse segundo modelo de regulação, ao qual a autora chama de "modelo de proteção" ou "tutelar", tem suas bases de sustentação teórica na ideologia positivista, concedendo mais atenção a tipologias de delinquentes do que a tipos de delito, e no correcionalismo, permitindo que o delinquente seja concebido como um ser necessitado de ajuda, o que autorizava o Estado a intervir mediante a limitação de sua liberdade. Para ela, em síntese, o objetivo era atribuir ao direito criminal a função de prevenção e de correção, e não mais a função repressiva.

A terceira e atual etapa é caracterizada pela "responsabilidade criminal dos adolescentes" e, conforme Emílio Garcia Mendez se inaugura com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aprovado no Brasil em 1990, constituindo, segundo o autor, a "primeira inovação substancial latino-americana a respeito do modelo tutelar de 1919", pois as "reformas" das leis de menores até então constituíram apenas "variações da mesma melodia" (MENDEZ, 2006, p. 10).

Assim, o autor constitui essa mudança como uma ruptura significativa e profunda com os dois modelos anteriores, afirmando que, por um lado, ele supera a visão de um "paternalismo ingênuo de caráter tutelar"; por outro, a visão retrógrada de um retribucionismo de "mero caráter criminal repressivo". Nesse sentido, o modelo de responsabilidade criminal dos adolescentes é visto também como "o modelo da justiça e das garantias" (MENDEZ, 2006, p. 11).

3. Uma outra maneira de observar e contar a história da justiça juvenil

Se deslocarmos o olhar da representação do menor, proposto pela literatura nacional, para a observação das mudanças realizadas na maneira de pensar o SDC, implícitas em cada nova legislação, teremos novos indicadores para estabelecer, de maneira mais precisa e detalhada, a formação de um programa criminal para os menores, mostrando de qual maneira ele se distancia gradativamente daquele destinado aos adultos. Para fazê-lo, utilizaremos o instrumental de observação dado pela Teoria da Racionalidade Criminal Moderna (RPM), construída por Álvaro Pires, bem como a utilização de sua tipologia para análise da estrutura de normas na legislação.

Em rápida síntese, trata-se de uma teoria destinada a identificar a maneira de pensar dominante no âmbito do direito criminal no Ocidente, que permite identificar as dificuldades cognitivas referentes à sua evolução. Na perspectiva da RPM, as teorias da pena (retribuição, dissuasão, reabilitação prisional e, mais recentemente, a teoria da denunciação ou da prevenção social positiva) constituem o maior "obstáculo epistemológico (ou cognitivo)" a uma reconstrução da intervenção criminal, desde os séculos XVIII e XIX.

Pires (2013, p. 317) toma emprestada essa expressão de Gaston Bachelard e esclarece que nós estamos diante de um obstáculo cognitivo "quando os hábitos profissionais ou as ideias que um sistema social julga ainda apropriados, bons ou interessantes impedem a adoção, a generalização e a estabilização a longo termo de novos hábitos, estruturas e práticas dentro do sistema mesmo". Em outras palavras, existem ideias que julgamos tão adequadas que impedem a mudança da nossa maneira de pensar e fazer.

Durante a evolução do SDC, essas teorias formaram, juntas, um sistema de ideias, que Pires denominou "racionalidade criminal moderna". Esse sistema de pensamento se tornou tão arraigado que levou a sustentar a primazia da pena de prisão, apesar de todas as críticas feitas desde a segunda metade do século XIX. Essas teorias da pena valorizam o papel repressivo das sanções penais, sobretudo na forma de uma relação proporcional entre o crime praticado e o sofrimento que deve ser infligido ao culpado.

Segundo Álvaro Pires (2010), as teorias da pena vêm, desde a primeira modernidade, na civilização ocidental, assumindo também uma função determinante no processo da reprodução da "autoimagem repressiva" do direito criminal. Cada uma dessas teorias, ainda que por razões distintas, sustenta a ideia de que é necessário punir com inflição severa de sofrimento – por exemplo, através da exclusão social do infrator (Pires, 2007, p. 11) – e nenhuma delas produz argumentos contrários à pena prisão.

Na mesma esteira, considera-se que a sanção aflitiva é o único mecanismo de controle, suficientemente estável e sólido, capaz de proteger eficazmente a sociedade e seus valores fundamentais. Assim, a maneira de assegurar essa função de proteção será concebida de maneira hostil, abstrata, negativa e atomista:

> "Hostil, porque representa o desviante como um inimigo de todos [...]. Abstrata, porque o mal (concreto) causado pela pena é reconhecido, mas concebido como devendo causar um bem moral imaterial ('reestabelecer a justiça pelo sofrimento', 'reforçar a moralidade das pessoas de bem' etc.) ou ainda um bem prático invisível e futuro (a dissuasão). Negativa, porque estas teorias excluem qualquer outra sanção que vise reafirmar o direito por uma ação positiva (reparação do dano etc.) e estipulam que somente o mal concreto e imediato causado ao desviante pode produzir um bem-estar para o grupo ou reafirmar o valor da norma. E, enfim, atomista, porque a pena – na melhor das hipóteses – não se preocupa com as ligações sociais concretas entre as pessoas, salvo de uma maneira totalmente secundária e acessória" (livremente traduzido de PIRES, CELLARD e PELLETIER, 2001, p. 198).

Podemos, portanto, resumir a RPM em quatro as características centrais, essenciais para o desenvolvimento de nosso argumento:

i) obrigação de punir/intervir;

ii) a valorização da aflição ou da exclusão social como expressão da severidade da pena;

iii) a pena de prisão como referência central da sanção criminal;

iv) a desvalorização das penas propostas em meio aberto.

A obrigação de punir resiste à evolução do Direito Criminal, mesmo ele sendo comumente compreendido como *ultima ratio*. As diversas formas de reafirmar a obrigação (em oposição à ideia de autorização) de punir se tornaram uma marca identitária do SDC Moderno, tornando-se difícil pensar de forma dissociada a relação "crime-pena" (GARCIA, 2013, p. 55-58). Em outras palavras, a pena aflitiva se impõe via de regra ao juiz na hora de determinar a sanção por um crime praticado.

A essa ideia acrescenta-se ainda o fato de todas as teorias da pena definirem a aflição ou exclusão como objetivo necessário da pena (ou da punição). Mesmo a teoria da reabilitação[11] não gera oposição a períodos longos de tratamento em

11. Saliente-se que, no Brasil, a teoria da reabilitação não é levada em consideração no momento da determinação da pena no caso da justiça criminal para adultos.

meio fechado (GARCIA, 2013, p. 56). Dessa forma, no âmbito criminal, a prisão sempre se apresentou como a intervenção mais eficaz, para proteção de um bem jurídico qualquer.

Num sentido inverso, as sanções não privativas de liberdade são menosprezadas e desvalorizadas pelas teorias clássicas da pena. Ao apoiarem as penas aflitivas (centradas na exclusão social), elas dificultam a emergência de uma nova teoria da intervenção do direito criminal que dê um suporte cognitivo a sanções que não valorizem em primeiro plano a intenção de infligir (ou comunicar) um sofrimento. Ao contrário, ideias dessa ordem geram medo e desconfiança, dando a impressão de que se deve agir politicamente com prudência em matéria de sanções não prisionais ou, ainda, de curta duração.

Do ponto de vista do conteúdo sancionatório, embora as ideias para uma nova teoria da pena não estejam ainda bem estruturadas no SDC moderno, a negação da RPM se apresenta como condição para a elaboração ou adoção de uma nova perspectiva, favorecendo as penas em meio aberto. De acordo com Margarida Garcia (2013, p. 64), são as seguintes as características possíveis dessa nova teoria: a sanção será mais pacífica do que hostil na sua representação da relação sociedade-delinquente; mais concreta do que abstrata na sua perseguição do "bem" coletivo e individual; mais positiva do que negativa na sua maneira de determinar a validade dos modos de resolução de conflito; mais integradora do que atomista na sua percepção dos efeitos diretos ou indiretos da intervenção no plano da preservação/reparação das ligações sociais.

De outro lado, e de um ponto de vista metodológico, adotamos uma tipologia adotada e reelaborada por Pires (2001)[12] para observar e classificar os diferentes tipos de normas do direito criminal.

Existem três tipos de normas descritas nessa tipologia: (i) as normas de sanção, (ii) as normas que estabelecem os critérios para a inclusão ou exclusão de um caso num programa legislativo específico (por exemplo, as normas estabelecendo a menoridade/maioridade criminal que distribuem os casos para um sistema ou para o outro) e (iii) as normas organizacionais que criam tribunais específicos ou lugares e formas específicas de detenção (por exemplo, estabelecimentos de reclusão para adultos ou crianças e adolescentes).

Existe um outro tipo de norma que são as normas de comportamento – que definem as condutas proibidas – que, segundo a teoria da RPM, não são voltadas para caracterizar a *forma ou maneira de intervir* do direito criminal, tanto para os

12. Essa tipologia foi apresentada inicialmente no quadro do programa de pesquisa sobre a história social do Código Criminal Canadense entre 1892 e 1954.

adultos como para os menores. Elas são cruciais para delimitar os casos que podem ou não serem *selecionados* por um sistema ou subsistema de direito criminal, mas, como o próprio nome indica, não orientam a maneira concreta de agir do sistema – os tipos de sanção.

Em síntese, segundo a teoria da RPM, são as normas de sanção que afetam substancialmente a evolução e a reconstrução do sistema de justiça criminal, ou que constituem um obstáculo – como observamos – à construção de uma nova racionalidade criminal. Serão essas as normas privilegiadas em nossa observação em primeiro plano. As demais tomarão importância também quando incidem sobre essa.

Além da sua utilidade empírica no plano da precisão das descrições, essa tipologia contribui também para desnaturalizar a justaposição entre uma norma de comportamento e uma norma de sanção, como orientada pelo conjunto de ideias da RPM.

4. Contando outra história legislativa da justiça juvenil no Brasil (1830-1990)

Propomos uma nova análise da evolução da justiça juvenil, dedicada a observar a *distância* que as leis direcionadas aos menores tomam das teorias clássicas da pena – as que orientam as normas de sanção para os adultos. Utilizando a RPM como instrumental teórico e metodológico, acreditamos que seja possível delinear de forma mais precisa o nascimento de um programa de justiça juvenil, a sua formação e a sua forma atual, observando simultaneamente as mudanças realizadas tanto na estrutura das normas – camada empírica –, quanto nas teorias penais que as orientam – camada teórica.

Apresentaremos os resultados da pesquisa através de uma nova subdivisão temporal da evolução da justiça juvenil, em cinco modelos de programa criminal:

i) Programa criminal "único" (1830-1921);

ii) Programa da racionalidade criminal moderna tutelar (1921-1943);

iii) Programa da periculosidade juvenil (1943-1979);

iv) Programa da vigilância dos menores (1979-1990); e

v) Programa de proteção integral e responsabilidade compartilhada (1990-?).

Ao longo desses modelos, a distinção "justiça juvenil/adultos" será empregada somente a partir do momento histórico em que é possível se distinguir um modelo legislativo para crianças e adolescentes daquele destinado aos adultos.

O termo "justiça juvenil" designa nesse texto a existência efetiva de um modelo legislativo específico para aqueles considerados em condição jurídica de "menoridade criminal", transformado substancialmente (pelo menos) no que diz respeito às normas de sanção (tipos de pena e/ou a escala das penas). Ele pode também incluir – foi o que aconteceu usualmente no Ocidente – uma transformação nas normas de organização para criar um tribunal especial para menores e também nas normas de processo, para modificar as normas que estão em vigor na "justiça para adultos".

4.1. Programa criminal "único" (1830-1921)

O Código Criminal do Império de 1830 (CCI/30) trata os maiores de 14 anos e menores de 21 anos no quadro geral do processo e das penas, que foi globalmente concebido em razão dos adultos. A idade aparece então como uma simples "variável" possível para definição da pena, mas não como devendo ceder o lugar a um regime distinto. A maneira de conceber a "responsabilização do culpado" é a mesma para menores e adultos, sendo que aqueles se beneficiam, em certos casos, de uma redução de pena e de uma proteção a respeito da pena de morte. Essa situação persistiu até 1921.

Temos, assim, uma legislação que não contribui para a formação de um novo programa de direito criminal específico. Os adultos e menores são submetidos às mesmas normas de comportamento, de processo e de sanção, salvo a redução de pena em virtude da "menor responsabilidade criminal". Estamos diante, portanto, de um modelo criminal indiferenciado.

Do ponto de vista das normas, a ausência de um programa legislativo diferenciado para crianças e adolescentes não produz, consequentemente, normas de seleção que distingam o SDC em razão da idade, mas simplesmente definindo sua intervenção ou sua não intervenção.

O limite inferior é definido pela representação da capacidade do indivíduo de compreender o caráter ilícito do fato e se determinar em conformidade com essa compreensão. Para os indivíduos menores de 14 anos, o CCI/30 exige que se faça prova da capacidade de discernimento para poder aplicar as normas de sanção. Essa avaliação é equivalente à avaliação do estado mental. Somente os que agiram com discernimento estarão dentro do programa criminal e serão punidos. Os menores que têm acima de 14 anos tem sua capacidade de discernimento presumida e, consequentemente, a resposta criminal será igual à dos adultos, salvo alguma atenuação.

Essa maneira de tratar os menores não se modificará significativamente com o Código Criminal da República de 1890 (CPR/90): a idade-limite de 14 anos

persiste, a "capacidade de discernimento" e a "responsabilidade" do menor permanecem como elementos principais para diferenciá-los dos adultos. Contudo, esse Código impediu a sua inclusão no programa criminal antes de completar 9 anos. Até essa idade os menores são considerados criminalmente irresponsáveis, independentemente de ter ou não agido com discernimento. Entretanto, a nova lei mantém a necessidade de demonstração do discernimento entre nove e 14 anos para se aplicar o programa. Portanto, a distinção etária não constitui, de um ponto de vista jurídico, uma linha de demarcação entre a "justiça dos adultos" e a "justiça dos menores".

Do ponto de vista da estrutura da norma, encontramos formulações que atenuam a extensão da pena em razão do grau estimado de responsabilidade pela idade. Para observar os critérios de aplicação de pena, devemos distinguir dois grupos de idade, pressupondo-se o discernimento e a culpabilidade: i) os menores de 14 anos; ii) os maiores de 14 anos e menores de 21 anos[13].

Observam-se duas regras de aplicação de pena para o primeiro grupo de idade. A primeira é que os juízes têm uma única sanção disponível para todos os crimes previstos no Código: a pena de recolhimento em uma "casa de correção". Caso ausente, o menor será enviado a uma prisão simples. Ressalte-se que a "casa de correção" não é um estabelecimento fechado exclusivo para menores; os adultos podem também ser enviados a elas em virtude de alguns tipos de crime, se existirem. Caso contrário, eles serão enviados também a uma prisão simples.

A segunda regra é que o juiz tem aqui um "arbítrio" no que concerne à duração da sanção até a idade de 17 anos. Sobre essa disposição legal, salienta Rizzini (2002, p. 10) que

> "considerando-se a época em questão, é, de certa maneira, surpreendente a preocupação com o recolhimento de menores em estabelecimentos especiais que visassem sua correção. Isso porque não estava ainda em voga a discussão sobre a importância da educação estar em prevalência sobre a punição, o que só viria a acontecer no final do século XIX."

Entretanto, a nosso ver, essa modalidade de intervenção se destaca mais ainda por se revelar fruto de uma norma híbrida, tendo efeitos tanto no campo organizacional das normas – definição do local de cumprimento da pena –, mas

13. Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos.

principalmente no campo das normas de sanção – com a flexibilização do tempo de pena a ser determinado, bem como a sua livre gestão. Isso nos parece ser fruto de uma atenuação da responsabilidade criminal (semiplena), não estando o menor nem isento de pena nem sujeito às mesmas sanções dos adultos.

Em síntese, para esse grupo, nota-se uma importante mudança no fundamento da punição. No que concerne à finalidade da pena, começa-se a criar uma outra face que não é mais unicamente aquela da inflição intencional de sofrimento: deve-se prioritariamente proteger o menor, o que mitiga ou até impede a aplicação das teorias das penas clássicas.

De fato, essa face se revela na inexistência de uma definição legal de uma quantidade mínima de punição em razão do crime, uma vez que o juiz pode fixar uma duração do recolhimento e a reduzi-la ou aumentá-la em razão da estimativa de reabilitação do menor. Há, portanto, um tipo de autorização ao juiz para ignorar as regras ordinárias de penas contidas no Código Criminal, para definir, a partir da circunstância concreta do menor, o tempo da pena, sendo limitado somente por uma idade máxima (17 anos).

Como em Cappi (2011, p. 53), estimamos que essa modificação na maneira de conceber a pena abre a possibilidade de um "sistema paralelo de intervenção" destinados aos menores, ainda que no seio do SDC. Embora a RPM esteja ainda dominante, sobretudo com a manutenção das penas mínimas para os demais grupos, parece-nos que o fato do tempo de internação estar limitado ao tratamento do menor faz com que a reabilitação ganhe terreno sobre outras teorias da pena.

No que concerne o segundo grupo, os maiores de 14 anos e menores de 21 anos, todos os tipos de pena previstos para os adultos são igualmente aplicáveis[14].

Contudo, no caso dos menores com idade entre 14 e 17 anos, o juiz *pode*, "parecendo-lhe justo" (art. 18, 10, CCI/30), impor as "penas de cumplicidade" (no lugar da pena prevista para o autor principal do crime). Esta não somente reduzia a duração da pena prevista de 1/3, mas também podia modificar, em certos casos, a qualidade da pena. Por exemplo, se a sanção prevista para o crime cometido por um jovem de 17 anos é obrigatoriamente a pena de morte, esta será substituída por uma de prisão perpétua (art. 35 combinado com o art. 45, 1º). Nota-se que o juiz não é obrigado a aplicar a cumplicidade em nenhum desses casos.

14. A única exceção é a pena de galés. Esta não pode ser aplicada nem aos indivíduos tendo menos de 21 anos nem aos maiores de 60 anos. Nos casos em que se prevê (obrigatoriamente) essa pena, ela deve ser substituída pela pena de prisão com trabalho pela mesma duração (art. 45, 2º, CCI/30).

Independentemente dessa possibilidade de arbítrio, o fato de ter menos do que 21 anos constitui uma atenuante (art. 18, 10º).

Em relação aos indivíduos com mais de 18 anos, essa faculdade de arbítrio desaparece: a duração da pena é aquela predeterminada na lei. Nos termos de Montesquieu, podemos dizer que o legislador trata o juiz como um "ser inanimado" no que se refere à escolha do *tipo* (qualidade) e da *quantidade* de pena. Essa é, portanto, uma decisão política e não jurídica: o tribunal somente transmite, diante do caso concreto, a decisão que já foi tomada pelo legislador. O sentido do termo "aplicação de pena" pelo tribunal deve ser relativizado: o verbo "aplicar", nesse caso, não significa que o juiz pode avaliar e decidir em razão do caso concreto: ele age mais como uma simples máquina de calcular.

Outro fato marcante na estrutura da norma do CCI/30 é a rigidez na execução da pena para os menores com mais de 14 anos, pois não havia a possibilidade de reduzir ou aumentar a duração da pena. De fato, a estrutura tripartida da lei da época – com aplicação fixa segundo três graus (mínimo, médio e máximo)[15] – não permite pensar uma gestão da pena.

Somente no CPR/90 foi incorporado um instituto capaz de reduzir a sanção, caso o tempo restante da pena não ultrapasse 2 anos (art. 50, § 2º). Trata-se da "liberação condicional" aplicável para os condenados à prisão por um período maior que seis anos que já cumpriram a metade da pena e que demonstrem uma boa conduta. Condições, portanto, muito restritas e sem distinção de idade. Não se pode atribuir a essa novidade uma sensibilização a respeito da condição juvenil, mas a uma tendência geral do SDC em relação à teoria da reabilitação carcerária.

Embora a "liberdade condicional" tenha sido a primeira manifestação de gestão da sanção, ela não cria uma alternativa ao encarceramento. Dito de outra forma, ela é aplicável para retirar o menor ou o adulto da prisão, e não para impedi-lo de entrar nem para modificar o tipo de pena. Não se trata de uma norma para escolha da sanção e de sua extensão, mas de uma avaliação da evolução do menor no curso de seu tratamento. Ela não se opõe à aplicação da internação ou ao seu uso prioritário.

De uma maneira geral, a liberdade condicional é uma ferramenta disponível na execução da pena, dentro de certos limites e condições. A hipótese é de que essa rigidez se explica pela forte influência das teorias da pena da retribuição e da dissuasão que impedem uma flexibilização das normas de sanção, sobretudo para se adaptar às necessidades de redução do tempo da pena do condenado.

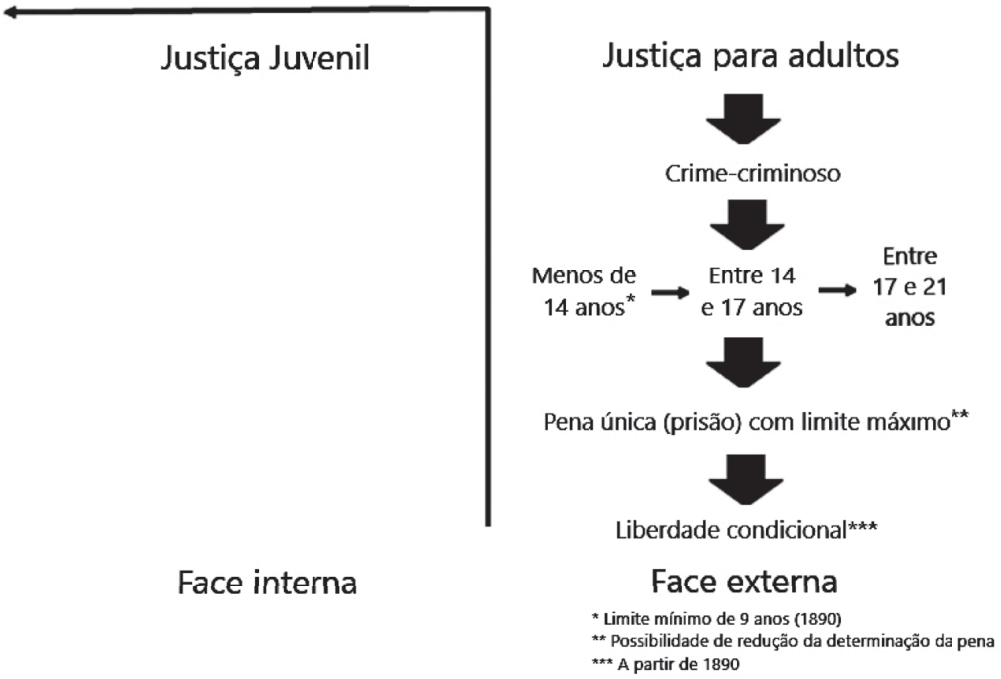
15. Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbitrio.

Por fim, é válido ressaltar que as diversas denúncias de atrocidades cometidas contra menores, fruto do contato direto com adultos em prisões, geraram um forte movimento de revolta perante as frequentes histórias de promiscuidade, violência e outros atentados à integridade física dos adolescentes. Esse contexto permitiu, portanto, uma mudança já no CPR/90, quando se determinou a separação do lugar de execução de pena para menores daquele dos adultos, ainda que no mesmo estabelecimento.

Com isso, o sistema começa a se organizar fisicamente pela sua etapa final, ou seja, o lugar de execução da pena, embora essa mudança não seja suficiente para indicar uma mudança de teorias penais orientadoras da resposta criminal.

Vejamos, aqui, uma síntese gráfica desse programa:

Figura 2 – Programa criminal único
1830-1921



Fonte: elaborado pelos autores.

4.2. Programa da racionalidade criminal moderna tutelar (1921-1943)

Como vimos, as ideias orientadoras da pena no SDC estão em vias de transformação, notadamente pela criação de condições físicas distintas para uma nova forma de pensar a resposta criminal para os menores infratores. Assim, a partir de 1921, o SDC experimenta uma diferenciação interna com a criação de um programa criminal que ensaia se afastar das teorias da pena dos adultos.

Os termos "justiça de menor" ou "questão do menor" se justificam plenamente para se referir a esse período específico da história brasileira onde o problema do menor foi colocado em termos de um programa legislativo diferenciado com a criação do Código de menores em 1926-27. Alvarez (1989, p. 15-17) mostra de forma convincente que é somente a partir desse Código (e algumas leis preparatórias em 1921 e 1923) que vai se produzir "emergência do menor enquanto categoria plenamente institucionalizável".

Ora, é somente com e a partir dessa institucionalização da categoria do menor que um primeiro programa legislativo de justiça juvenil vai emergir também no Brasil. Antes disso, só podemos observar alguns sinais que, interpretados retroativamente, permite-nos ver o que pode vir a ser um processo virtual em curso antecipando uma transformação que pode ou não vir a se realizar.

O intervalo entre 1921 e 1943 coloca em cena, portanto, a necessidade de ação do sistema político para executar transformações legislativas em prol dos menores. Se, por um lado, as primeiras novidades se referem mais a um "bom funcionamento" das estruturas (tribunal, atores, estabelecimentos, trabalhadores etc.), aos poucos as ideias necessárias à construção de um programa criminal especial destinado aos menores vão surgindo. Em síntese, as leis entre 1921 e 1943 criaram tanto as condições para a existência de um Tribunal de Menores (TM), complexificando sua estrutura e separando-o do Tribunal dos Adultos (TA)[16], quanto deram os primeiros passos para a consolidação de uma justiça juvenil, distinta no âmbito do SDC.

O novo contexto dessas transformações é dado por Irene Rizzini (2008, p. 26), que indica que o final do século XIX trouxe a ideia de tratamento das crianças e adolescentes por meio de um complexo aparelho de cuidados médico-legais, cujas funções se dividiam e se distinguiam na prevenção (vigiar o menor), educação (preparar o menor para o trabalho), a recuperação (reabilitação do menores viciados) e a repressão (conter o delinquente).

Segundo Cecília Coimbra (2001, p. 92), esse cenário é moldado pelo discurso médico, no qual os lugares públicos são descritos como "a grande escola do mal", onde ficaria a infância considerada perigosa: aqueles que já cometeram crimes, mas também os que se encontram em perigo porque pobres e próximos aos "criminosos, degenerados e irrecuperáveis" que habitam o mesmo bairro.

16. O primeiro Tribunal de Menores foi criado em 1899, nos Estados Unidos, que foi seguido pela Inglaterra (1905), Alemanha (1908) Portugal e Hungria (1911), França e Bélgica (1912), Argentina (1921), Japão (1922), Brasil (1923), Espanha (1924), México (1927) e Chile (1928).

Um pouco mais tarde, emerge um discurso visando "salvar o jovem" que, no Brasil, é fruto das aspirações emancipatórias e de afirmação de nacionalidade (RIZZINI, 2008, p. 25). Entretanto, esse tipo de discurso existia também para além as fronteiras nacionais. O ocidente começa a querer "salvar o jovem" da imoralidade, da criminalidade e, inclusive, do direito penal destinado aos adultos.

Nesse contexto generalizado (Europa e Américas), o menor simboliza a esperança e o futuro da nação; sua educação e reeducação começa a ser considerada útil e necessária para a sociedade (VALVERDE, 1991; TRÉPANIER; TULKENS, 1995; TRÉPANIER, 1999). Contudo, as crianças que não são vistas como "corrigíveis" são representadas como cruéis e perversas. Dito de outra maneira, a categoria "jovens" se subdivide em dois grupos. O que vai dar lugar a formas distintas de intervenção penal: alguns jovens serão cada vez mais eleitos a um tratamento especial e outros serão tratados como adultos. Os promotores de uma justiça juvenil restarão, portanto, ambivalentes quanto ao jovem que deve ser salvo (da justiça dos adultos).

Valverde (1991, p. 60, 166-167) mostra que a ideia segundo a qual se deve salvar a infância para moldar a nação foi importante (no mundo todo) para construir a justiça juvenil. Vemos aqui uma representação do jovem que se constitui como uma "nação em crescimento", o "cidadão do futuro".

Em consequência, o Estado tomou para si a questão, propondo a execução das ações corretivas necessárias para prevenir o crime. O discurso de reeducação dos "futuros cidadãos" em situação irregular permitiu o surgimento de uma doutrina[17] na qual o objetivo era impedir que "os menores com caráter defeituoso" se tornassem "criminosos profissionais" e "perturbadores da paz e do progresso social (CRUZ, 2006, p. 40).

Assim, medidas "higienistas" se fortaleceram e sugeriram opções como a retirada dos menores das ruas e sua consequente internação, acoplada à "educação para o trabalho". Contudo, esses estabelecimentos seguiam com a mesma estrutura e com o modelo penitenciário da prisão dos adultos, em que a disciplina e o trabalho deveriam corrigir os "defeitos morais".

Segundo Karyna Sposato (2006, p. 38), essas escolas foram transformadas em verdadeiros laboratórios de ciência pedagógica, com o objetivo de moldar a infância pobre para submeter-se às relações de produção industrial capitalista da época. Do nosso ponto de vista, continua valendo, contudo, a distinção entre as

17. Posteriormente, essa doutrina será sistematizada e batizada em 1979 de Doutrina da Situação Irregular.

ideias que presidem a elaboração de propostas de intervenção, por um lado, e as materializações práticas destas propostas, por outro.

A Lei 4.242 de 1921 organizou o Tribunal de Menores, autorizando o Estado a dispender dinheiro para este fim. Ela autorizou, ainda, o governo a implantar um serviço de assistência e proteção aos menores delinquentes e abandonados, através da construção de abrigos para recolhimento provisório dos menores: as "casas de preservação".

Nota-se ainda a criação de um juiz com funções específicas, com trabalhadores a seu dispor, além de outras medidas que visavam "ajudar" o menor. Enfim, essa lei determinou a transferência de todos aqueles que cumpriam pena na prisão, para as "escolas de reforma", uma vez instaladas. Essas medidas criaram as condições para o surgimento de um programa criminal separado dos adultos, ao menos nos aspectos físico e jurídico.

Nessa etapa, temos ainda o Decreto-lei 16.272 de 1923, a primeira lei brasileira específica para menores que aprova o regulamento de assistência e proteção dos menores abandonados e delinquentes; bem como a primeira codificação referente aos menores, o "Código de Menores" de 1926/1927 (CM/26 e CM/27), conhecido como Código Melo Matos. No que se refere à estrutura normativa dessas leis, uma das principais mudanças começadas em 1921 diz respeito à separação dos diplomas penais. Ainda que, de maneira geral, referenciadas pelos tipos penais estabelecidos no CPR/90, tal importação na nova legislação não traz consigo as mesmas normas de sanção, daquelas aplicáveis somente aos adultos.

Ademais, acrescentaram-se ainda novas normas de comportamento, ligadas à personalidade e ao contexto social, ampliando o rol de alvos da norma: não só os delinquentes, mas também aqueles "em perigo de o ser", ou seja, seres que não estejam numa condição "idealizada" para uma boa infância, centrada nos valores da educação, moralidade e trabalho, facilmente associáveis as classes mais abastadas. Esse critério resiste até 1943.

Diferentemente da etapa anterior, a criação de um programa legislativo específico para os menores permitiu uma separação em relação ao diploma a ser utilizado pelo Estado diante de um delito. Inicialmente, a responsabilização criminal se estabelece com a idade de 14 anos, valendo exclusivamente o critério biológico, ou seja, abolindo a necessidade de verificação de discernimento.

Os menores entre 14 e 21 anos são plenamente imputáveis, embora com regras próprias. Para os menores com idade entre 14 e 18 anos as leis estabelecem uma distinção caso o menor seja ou não considerado "abandonado, pervertido, ou em perigo de o ser". No primeiro caso, o menor será internado em uma "escola de reforma" por um tempo que vai de três anos, no mínimo, a sete anos, no

máximo. No outro, ele será internado no mesmo lugar, mas por um tempo de um ano, no mínimo, ou cinco anos, no máximo[18].

Deve-se salientar aqui que, embora a comunicação oficial anuncie a proteção e reabilitação do menor, a obrigação de um tempo mínimo para a execução da pena parece se afastar desse objetivo. A título de hipótese, é possível afirmar que essa obrigação é uma comunicação herdada da RPM, pois não pode ser explicada senão pelas teorias penais clássicas. Por exemplo, se pensarmos que a reabilitação do menor pode ser plenamente alcançada em um certo tempo, inferior ao mínimo estipulado, como explicar a necessidade de estender a internação além deste tempo? Tudo indica que a norma de sanção não é pensada – pelo menos não exclusivamente – pelas ideias de proteção e integração do menor, mas pelas de retribuição e/ou de dissuasão.

Por outro lado, uma inovação presente para o menor com idade entre 14 e 18 anos é a admissão de uma norma que visa resolver o conflito, sem prever a internação: é o caso do menor que pode ser reenviado à sua família (ou a um responsável), recebendo apenas uma advertência, nos casos de contravenção que não revele vício ou má índole[19]. Note-se que não se pode falar em condenação, de acordo com a lei, pois a norma não define a sanção como tal, embora ofereça ao juiz a possibilidade de, em virtude das circunstâncias e da baixa gravidade do ato, devolver o menor à família, posto que não constitui um problema para a sociedade.

Em todo caso, é a primeira vez que no Brasil aparece na legislação dos menores uma norma que não impõe uma sanção aflitiva. Na verdade, seria mais correto dizer que essa norma é híbrida, pois, embora seja uma decisão de uma autoridade sobre um autor de uma contravenção, ela apenas permite que o juiz

18. Art.69. O menor indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda. [...] § 2º Se o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma, pelo prazo de um a cinco annos. § 3º Se o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario á sua educação, que poderá ser de tres annos, no minimo, e de sete annos, no maximo (CM/27).

19. Art.72. Tratando-se de contravenção, que não revele vicio ou má indole, poderá o juiz ou tribunal, advertindo o menor, entregal-o aos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, ou dar-lhe outro destino, sem proferir condemnação (CM/27).

não aplique as "verdadeiras" sanções, decorrentes de uma condenação, possibilitando a resolução do conflito de outra forma. Essa norma vai se repetir até 1943, quando – aí sim – será anunciada explicitamente como uma pena, resultado de uma condenação.

Além disso, outra novidade se destina aos menores com idade entre 16 e 18 anos, diagnosticados perigosos e que cometeram uma infração considerada grave em razão das "circunstâncias do fato" e de suas "condições pessoais" que demonstrem seu "estado de perversão moral"[20]. Para eles, existe a possibilidade de envio a um "estabelecimento para condenados menores" (ou à prisão dos adultos, se inexistentes), por um tempo indeterminado, até o limite máximo definido legalmente[21].

Essa indeterminação da pena, ainda que limitada pelo máximo legal, constitui uma inovação porque embora a pena seja dada pelo CPR/90, sendo a menoridade mera atenuante da pena única, não há, originalmente, limites mínimos na sua determinação. Nós temos apenas um limite máximo que visa garantir um fim à pena destinada aos menores.

A intervenção é considerada satisfatória com a reabilitação do menor. Dito de outra forma, a intervenção deve durar apenas se a periculosidade persiste. Isso inaugura, mesmo que de maneira embrionária, uma nova forma de intervenção realizada pelo Estado. Esse cenário só vai se alterar em 1941, com a Lei de Introdução ao Código Criminal a qual prevê uma internação mínima de três anos nesses casos[22].

Para os menores com idade entre 18 e 21 anos, segue-se a regra da Justiça dos Adultos. A ressalva é que a pena deve ser cumprida durante a minoridade (até 21 anos) em uma prisão especial, completamente separada dos adultos. Portanto,

20. Art. 71. Se fôr imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do facto e condições pessoaes do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral, o juiz lhe applicará o art. 65 do Codigo Criminal , e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal (CM/1927).

21. Na nossa interpretação, a pena máxima prevista para os crimes cometidos por adultos na parte especial do Código.

22. Art 7º No caso do art. 71 do Código de Menores (decreto número 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), o juiz determinará a Internação do menor em seção especial de escola de reforma. § 1º A internação durará, no mínimo, três anos (Decreto-lei 3.914, de 1941).

nós temos uma "zona intermediária" na qual esse grupo não tem os benefícios dos outros menores, mas permanece sendo julgado pelos mesmos juízes do Tribunal de Menores, e não do Tribunal de Adultos.

No que se refere à gestão dessas sanções, até 1926, o instituto da "liberação condicional" (liberdade vigiada a partir de 1923) segue o mesmo princípio do CPR/90, permitindo a saída da "escola de reforma", caso atendidas algumas condições específicas.

Essas condições revelam ainda a influência das teorias ligadas à RPM, pois criam "penas mínimas" na execução da sanção. Essas condições não estão ligadas à reabilitação do menor e, portanto, não inauguram uma perspectiva distinta àquela aplicada aos adultos. Em suma, até 1923, as leis não inovam quanto ao programa criminal porque as teorias da pena, da retribuição e da dissuasão, persistem ainda que estejamos em um tribunal especificamente destinado aos menores, com juízes e processo especial, diferente dos adultos.

Portanto, fica claro que, diferente da experiência de outros países, no Brasil, a inovação do programa criminal não se efetivou com a criação do TM. Em outras palavras, a separação dos locais de execução da pena não é suficiente para afastar as teorias da pena. Dentro do viés adotado por essas leis, o tribunal recebe do legislador, a mesma forma de pensar do que a presente na Justiça dos Adultos, inclusive através da definição legal de pena mínima.

Com os Códigos de Menores de 1926/27 ocorreram mudanças mais relevantes. Além da incorporação da "liberdade condicional", o Código inaugura a "liberdade vigiada" como suspensão da aplicação da pena quando o menor tem idade entre 14 e 18 anos e é sancionado com a internação de, no máximo, um ano. Nesse caso, o instituto é aplicado em substituição da pena, antes de sua execução. Trata-se de uma verdadeira substituição da intervenção criminal de internação, aplicável como sanção[23].

Outra inovação é a possibilidade de o juiz, ou do tribunal, antecipar o fim do tempo de internação ou, ao contrário, o prorrogar, respeitados os limites mínimos e máximos estabelecidos pela lei. Essa norma constitui uma inovação porque a determinação da pena é flexibilizada na sua gestão, para se adaptar ao caso concreto. Conforme a lei, a reavaliação da sanção deve levar em conta a personalidade moral do menor, a natureza da infração, as circunstâncias que servem

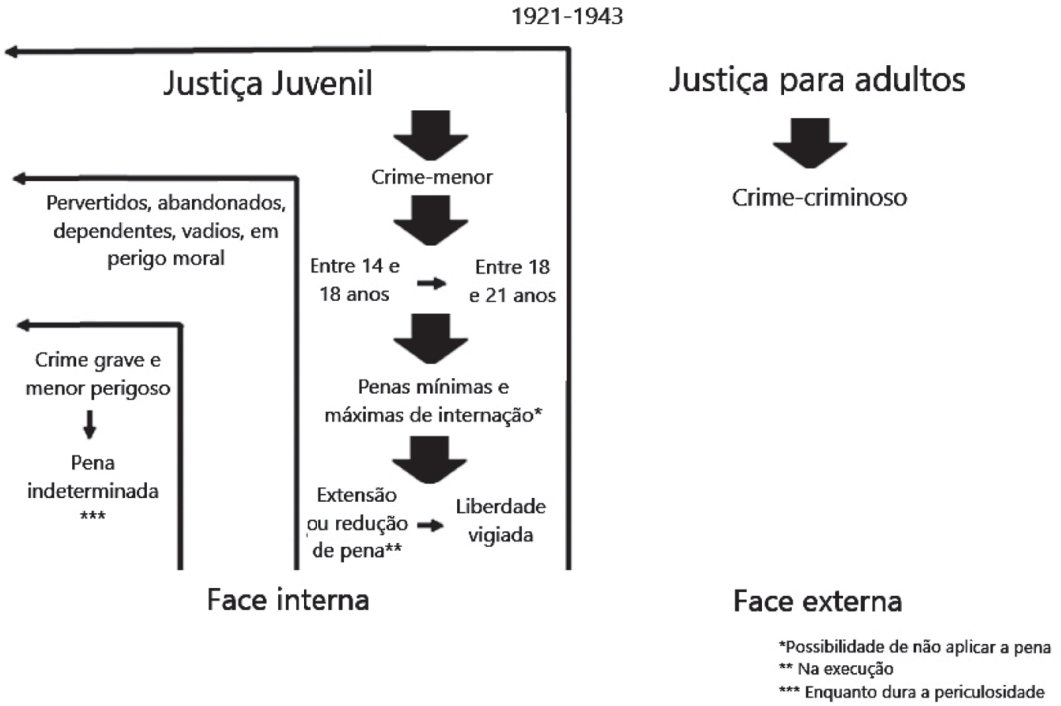
23. Art. 81. Si o menor de 14 a 18 annos fôr sentenciado até a um anno de internação, o juiz ou tribunal, tomando em consideração a gravidade e a modalidade da infracção criminal os motivos determinantes e a personalidade moral do menor, póde suspender a execução da sentença o pôl-o em liberdade vigiada (CM/27).

para avaliar sua personalidade, bem como seu comportamento na "escola de reforma", conforme atestado pelo seu diretor[24].

Portanto, os Códigos de Menores avançam na gestão da sanção com duas inovações que modelam as normas de sanção, adaptando-as à situação dos menores e às características das infrações. Em outras palavras, trata-se de uma margem de manobra no curso da intervenção que agora visa adequar a pena à necessidade de reabilitação do menor.

Em consequência, parece que estamos na presença de condições propícias à construção de um novo programa criminal, "disposto" a abandonar as teorias da pena, da retribuição e da dissuasão. A punição ao crime começa a ter uma identidade própria, um novo sentido específico, interessado mais na reintegração do que na retribuição aflitiva.

Figura 3 – Programa da racionalidade criminal moderna tutelar



Fonte: elaborado pelos autores.

24. Art. 80. Tratando-se de menor do 14 a 18 annos sentenciado á internação em escola de reforma, o juiz ou tribunal póde antecipar o seu desligamento, ou retardal-o até ao maximo estabelecido na lei, fundando-se na personalidade moral do menor, na natureza da infracção e circumstancias que a rodearam no que possam servir para apreciar essa personalidade, e no comportamento no reformatorio, segundo informação fundamentada do director (CM/27).

4.3. Programa da periculosidade juvenil (1943-1979)

Na primeira parte do século XX, no Brasil, o paradigma do direito criminal vai promover uma mudança do programa criminal para menores baseando-se em três pontos característicos: deslocamento da atenção para o sujeito criminoso (análise da personalidade) em vez do crime; análise da periculosidade e indeterminação da pena.

Essa influência coincide com um período de turbulências encontradas em todo o mundo entre 1900 e 1940. Nota-se, nesse momento, um reforço da política de segurança nacional visando o incremento dos instrumentos de defesa social. Em outras palavras, os grupos dominantes ambicionam sustentar e demonstrar a existência de grupos perigosos, que devem ser controlados ou eliminados do convívio social.

No Brasil, a mudança do objeto de estudo, do crime para o criminoso, acompanha o deslocamento da função principal da pena, da retribuição/dissuasão para a reabilitação. Torna-se, portanto, de grande importância o estudo da personalidade do autor para determinar as causas da infração criminal cometida, bem como o respectivo tratamento (SOUZA, 1982, p. 69). Em consequência, torna-se necessário dar ao magistrado as condições para adaptar a pena em razão das características do condenado, a fim de que ele possa, nessa concepção, ser reinserido na comunidade de maneira eficaz.

A individualização é percebida como a solução para o problema de ajustamento da pena ao delinquente, estabilizando critérios flexíveis que permitam alcançar este objetivo (SOUZA, 1982, p. 84-85). Isso corresponde, portanto, a uma transformação da concepção da pena e de sua ação sobre uma personalidade considerada anormal (RAUTER, 2003, p. 74).

Além disso, a análise da periculosidade é uma outra novidade. Ela passa a ser identificada pelos positivistas como uma anomalia e se torna a medida do potencial criminal de um dado indivíduo (SOUZA, 1982, p. 79). Entretanto, ela não é exatamente equivalente a um diagnóstico psiquiátrico. Todos os criminosos podem ser considerados perigosos se o juiz avalia que a probabilidade de reincidência virtual é alta. Em geral, quando ela se apresenta é para justificar a punição como meio de defesa social e de sua finalidade socialmente útil: a prevenção especial positiva (na execução criminal) assentada na ideologia do tratamento.

No Brasil, Karyna Sposato (2006, p. 33) declara que a construção em torno da categoria jurídica do "menor" é seguida da substancialização da periculosidade das crianças e adolescentes pobres, alvos privilegiados da intervenção do Estado. Assim, o controle da infância sã seria exercido pela família e pela escola, ao passo que o controle do menor delinquente pelos tribunais.

Trata-se de um modelo positivista de criminalidade em que todo comportamento desviante é explicado por fatores individuais (psicológico, hereditário etc.) ou por fatores sociais (ambiente familiar, ausência de educação etc.).

O Decreto-lei 6.026, de 1943, institui uma modificação no programa criminal dos menores, tanto para se adaptar às novas regras de maioridade criminal do Código Criminal de 1940 (CP) quanto para estabelecer uma nova forma de observar a condição do menor, operando a distinção perigoso/não perigoso. No mais, essa circunstância engendra igualmente numerosas transformações nas normas de sanção.

Assim, por um lado, retirou-se a aplicação do capítulo destinado aos menores delinquentes do Código Melo Matos de 1927, reduzindo a extensão do programa criminal aplicável aos menores e operando uma mudança na faixa etária de imputabilidade, agora estabelecida entre 14 e 18 anos. Essa transformação implica que aqueles com idade entre 18 e 21 anos passaram a ser julgados pelo tribunal dos adultos, ainda que o fato de possuir menos de 21 anos seja considerado para aproximar a pena do seu mínimo legal. Distingue-se também os diplomas aplicáveis a diferentes "categorias" de menores: para os que se encontram em situação de abandono ou de desrespeito de direitos, cabe o código de 1927; aos que cometem crime, aplica-se a nova legislação.

De outro lado, a distinção menor perigoso/não perigoso torna-se um fator relevante para se determinar qual norma de sanção se adéqua melhor ao caso concreto. No primeiro caso, o juiz é autorizado a deixá-lo com o pai ou responsável, confiá-lo a um tutor ou a outro que assuma a sua guarda. Pode, ainda, mandar interná-lo em estabelecimento apropriado. No segundo, o menor será internado em estabelecimento adequado até que as autoridades concordem com a cessação de sua periculosidade[25].

Temos, portanto, um primeiro arbítrio do juiz: a definição da periculosidade do menor em relação à sociedade. Se a resposta for negativa, há ainda um arbítrio na definição da sanção, e de sua tutela que pode variar entre a comunidade

25. Art. 2º São as seguintes as medidas aplicáveis aos menores de 14 a 18 anos: a) se os motivos e as circunstâncias do fato e as condições do menor não evidenciam periculosidade, o Juiz poderá deixá-lo com o pai ou responsável, confiá-lo a tutor ou a quem assuma a sua guarda, ou mandar interna-lo em estabelecimento de reeducação ou profissional e, a qualquer tempo, revogar ou modificar a decisão ; b) se os elementos referidos na alínea anterior evidenciam periculosidade o menor será internado em estabelecimento adequado, até que, mediante parecer do respectivo diretor ou do órgão administrativo competente e do Ministério Público, o Juiz declare a cessação da periculosidade (Decreto-lei 6.026, de 1943).

(família, tutor ou responsável) ou o Estado. Caso a periculosidade seja atestada, a intervenção do Estado torna-se exclusiva e obrigatória, materializada na sanção de internação em um "estabelecimento adequado". Em ambos os casos, a internação aparece como ferramenta única, enquanto a sanção em meio aberto tem aplicação limitada aos "não perigosos".

É a primeira vez que não se encontra, na estrutura das normas de sanção da JCJ, a determinação de penas mínimas e máximas. Estamos em um novo programa criminal: a indeterminação legal da pena e a ausência de penas mínimas permitem a saída da internação a qualquer momento, sob a única condição de cessação da periculosidade, segundo a avaliação do juiz. Isso se explica porque o acento na defesa social não é compatível com as penas mínimas, característica da escola clássica, pois nem a culpabilidade é priorizada nem o tempo da pena é ligado ao crime, mas ao tratamento do criminoso. O objetivo é retirar da convivência social aqueles que, por alguma razão, não podem se livrar de sua predisposição ao crime.

Por outro lado, a lei também não estabelece limites máximos. Caso o menor chegue à idade de 21 anos, sem que sua internação tenha sido revogada, ele será transferido para outro lugar, ficando à disposição do juiz criminal. Essa norma constrói uma ponte que interliga a justiça juvenil e a dos adultos: embora a pena seja daquele, sua gestão passa a ser responsabilidade deste[26].

Entretanto, a qualquer tempo, o juiz pode revogar ou modificar sua decisão, levando em conta como único critério a cessação da periculosidade, após ouvir os demais atores do sistema criminal. Em suma, essa ausência reforça a diferenciação entre a justiça juvenil e a justiça para adultos, pois a primeira parece se afastar cada vez mais das teorias da pena clássicas. Ou seja, a distinção perigoso/não perigoso permitiu o abandono das penas mínimas, substituindo a ideia de retribuição e dissuasão pela de reabilitação, ainda que pensada majoritariamente em meio fechado.

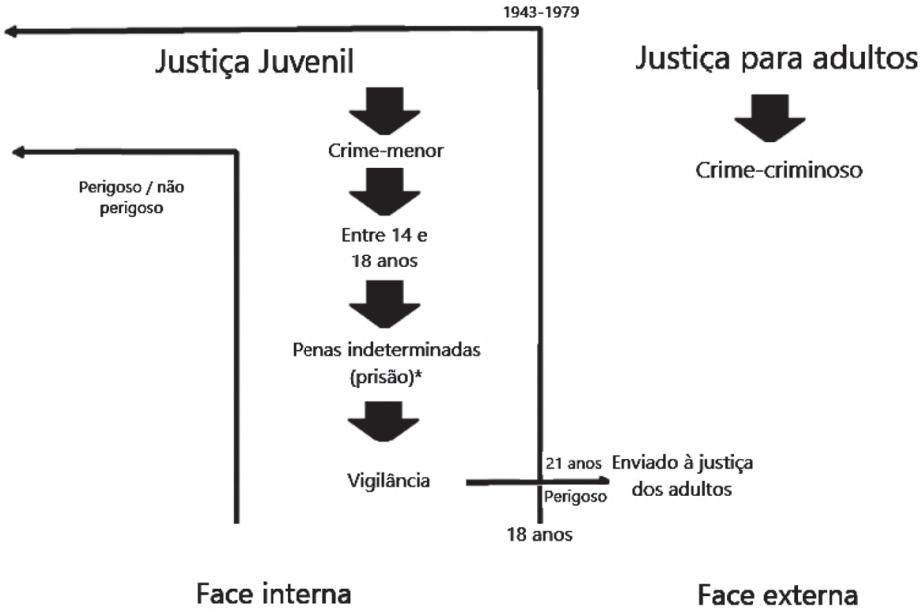
26. Art. 2º [...] § 2º Completada a maioridade sem que haja sido declarada a cessação da periculosidade, observar-se-ão os parágrafos 2º e 3º do art. 7 do decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941 (Decreto-lei 6.026. de 1943).

    Art. 7. No caso do art. 71 do Código de Menores (decreto número 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), o juiz determinará a Internação do menor em seção especial de escola de reforma. [...] § 2º Se o menor completar vinte e um anos, sem que tenha sido revogada a medida de internação, será transferido para colônia agricola ou para instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissinal, ou seção especial de outro estabelecimento, à disposição do juiz criminal. § 3º Aplicar-se-á, quanto á revogação da medida, o disposto no Código Criminal sobre a revogação de medida de segurança (Decreto-lei 3.914, de 1941).

Do ponto de vista da gestão da sanção, o novo programa criminal substitui o instituto da "liberdade vigiada" pelo da "vigilância" aplicável ao fim da internação, como uma extensão da pena, mas operando em meio aberto. De fato, como a sanção não é pensada em razão da reabilitação, a ideia de sair da internação, antes que esse fim seja alcançado, não faz sentido.

Por outro lado, uma vez aferida a cessação da periculosidade, o juiz é autorizado (mas não obrigado) a aplicar uma medida de segurança, pelo tempo que entender útil, nas condições que estabelecer, podendo revogá-la caso estas não sejam cumpridas ou se houver novas indicações de periculosidade. Trata-se de um "teste"; um meio termo entre a desinternação e a plena liberdade. Entretanto, assim como a "liberdade vigiada", essa medida não é uma alternativa à sanção de internação antes de sua execução. Ao que parece, a lei pensa o tratamento do menor (sobretudo o perigoso) quase que unicamente em meio fechado.

Figura 4 – Programa da periculosidade juvenil



Fonte: elaborado pelos autores.

4.4. Programa da vigilância dos menores (1979-1990)

Com a promulgação da Lei 6.697, de 1979 (CM/1967), o "novo Código de Menores", revogou totalmente as leis anteriores, estabelecendo diferenças importantes, notadamente o abandono do critério positivista da periculosidade, o aumento e a valorização de sanções em meio aberto e a disponibilidade de todas as medidas para todos os crimes e contravenções, possibilitando ao juiz o poder de decidir, entre as opções ofertadas, aquela mais adequada ao "tratamento" do jovem.

Retomando o critério biológico, dessa vez sem indistinção de idade mínima, já em seu artigo primeiro, o Código estabelece como objetivo a assistência, a proteção e a vigilância a menores que tenham até 18 anos de idade, e que se encontrem em "situação irregular", ou aqueles entre 18 e 21, quando a lei assim autorizar[27].

Portanto, o novo código retoma e oficializa conceitualmente a indistinção menores infratores e em situação de ausência de direitos. O Estado pode exercer, portanto, a respeito deles o mesmo tipo de controle e de intervenções que para aqueles, o que, em si, não define um reforço da RPM. Ocorre que, na construção de um novo programa criminal mobilizado por teorias distintas daquela dos adultos, a unificação de medidas pode ser uma tentativa de construir um novo modelo de sanção criminal, a partir de intervenções que visam a integração[28] do infrator.

E essa é a maior mudança em relação à fase anterior: a ampliação do rol de medidas em meio aberto aplicáveis ao menor, com quatro sanções em meio aberto (I-IV) e duas em meio fechado (V e VI), sendo que todas são aplicáveis a todos os crimes e contravenções, podendo a autoridade judiciária, a qualquer tempo, cumular ou substituí-las[29].

Além disso, as medidas em meio fechado são, ao menos na intenção legislativa, pensadas como exceção às medidas em meio aberto, devendo ser aplicadas em preparação para o meio aberto, ou somente quando elas forem inviáveis ou infrutíferas[30].

---

27. Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo moral, devido a:

    a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

    V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração criminal.

28. Como fica claro em seu artigo 13: "Toda medida aplicável ao menor visará, fundamentalmente, à sua integração sócio-familiar".

29. Art. 14. São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária: I – advertência; II – entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; III – colocação em lar substituto; IV – imposição do regime de liberdade assistida; V – colocação em casa de semiliberdade; VI – internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

30. Art. 39. A colocação em casa de semiliberdade será determinada como forma de transição para o meio aberto, devendo, sempre que possível, utilizar os recursos da comunidade,

Entretanto, à época, a internação foi largamente utilizada pelo sistema judiciário brasileiro, embora o sistema político, como vimos, tenha limitado explicitamente sua aplicação. Esse problema diz respeito à influência da RPM na aplicação da internação. Se a justiça juvenil inova por valorizar medidas em meio aberto; por outro lado, a priorização da aplicação de internação a menores abandonados, por parte dos juízes, se constitui como uma volta ao modelo da RPM. Segundo Renata Melfi (2008, p. 25), contrariamente ao caráter educativo pretendido, a adoção de medidas restritivas e privativas de liberdade testemunha a indiferença ao caráter aflitivo da internação pelos atores jurídicos da época.

Portanto, embora a lei ofereça os instrumentos para uma nova cultura criminal, essa inovação não foi bem recebida pelos aplicadores, porque a RPM se apresenta como um obstáculo cognitivo, tornando-os, no mínimo, indiferentes ao caráter negativo da internação, à sua longa duração, bem como à contradição em relação à priorização da integração do menor.

Além da internação, ressaltamos a imposição de regime de liberdade assistida que não mais se apresenta como uma medida de substituição ou suspensão da pena de internação, mas como uma sanção autônoma, passível de ser aplicada diretamente, com o objetivo de vigiar, auxiliar, tratar e orientar o menor, através de regras de conduta específicas e com acompanhamento de serviço especializado[31].

Quanto à gestão da sanção, além da possibilidade de cumulação e mudança de medida, como vimos, embora o novo Código de Menores tenha abandonado a distinção menor perigoso/não perigoso, ele manteve a indeterminação das penas (inclusive sem limite máximo), mas, dessa vez, estabelecendo uma revisão periódica obrigatória da decisão de internação, fixada a cada dois anos, no máximo[32].

---

visando à escolarização e profissionalização do menor. [...] Art. 40. A internação somente será determinada se for inviável ou malograr a aplicação das demais medidas

31. Art. 38. Aplicar-se-á o regime de liberdade assistida nas hipóteses previstas nos inciso V e VI do art. 2º desta Lei, para o fim de vigiar, auxiliar, tratar e orientar o menor. Parágrafo único. A autoridade judiciária fixará as regras de conduta do menor e designará pessoa capacitada ou serviço especializado para acompanhar o caso.

32. Art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração criminal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

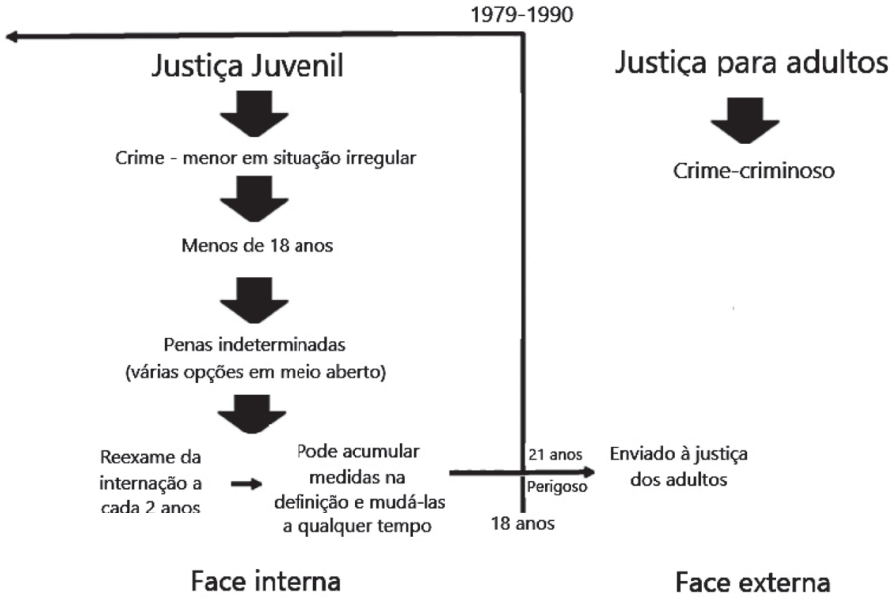
§ 1º O menor sujeito à medida referida neste artigo será reexaminado periodicamente, com o intervalo máximo de dois anos, para verificação da necessidade de manutenção de medida.

Assim como no programa da periculosidade juvenil, na falta de estabelecimento adequado, o menor será internado em estabelecimento destinado a adultos, desde que isolado e em instalações apropriadas, mas mantendo-se a jurisdição do juiz de menores[33].

Além disso, se o menor completa a idade de 21 anos sem que tenha sido declarada a desnecessidade da medida, ele será encaminhado ao "juiz de execuções penais" do tribunal dos adultos que poderá manter a privação de liberdade até o momento no qual o motivo de sua internação cesse[34].

Em suma, essas mudanças revelam a estabilização das intervenções que favorecem a integração do menor. Todos essas mudanças revelam a formulação, ainda que incipiente, de um novo programa sancionatório, um poder dado ao juiz para escolher, entre as diferentes medidas possíveis, aquela que é compreendida como a mais adequada ao "tratamento" do menor.

Figura 5 – Programa da vigilância dos menores



Fonte: elaborado pelos autores.

33. Art. 41. [...] § 2º Na falta de estabelecimento adequado, a internação do menor poderá ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolada destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade.

34. Art. 41. [...] § 3º Se o menor completar vinte e um anos sem que tenha sido declarada a cessação da medida, passará à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais. § 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o menor será removido para estabelecimento adequado, até que o Juízo incumbido das Execuções Penais julgue extinto o motivo em que se fundamentara a medida, na forma estabelecida na legislação criminal.

4.5. Programa de proteção integral e responsabilidade compartilhada

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), bem como a recepção de diversos direitos das crianças e adolescentes insculpidos em diplomas internacionais[35], em 1990, o Brasil promulga o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que reúne todas as medidas legislativas que se endereçam aos menores, inclusive os que cometem crime, revogando o Código de 1979. Nesse Estatuto, as crianças e adolescentes são consideradas "prioridade absoluta", cabendo à família, à comunidade e ao Estado o dever de sua proteção integral, colocando em evidência o respeito aos seus direitos[36].

De maneira geral, o ECA considera o menor como um "sujeito de direito em desenvolvimento biopsicossocial" e, como tal, com alto potencial de transformação de sua personalidade. A representação do criminoso que merece castigo é substituída por alguém que precisa ter suas necessidades pedagógicas atendidas para permitir que ele ressignifique seus valores e possa viver em harmonia com sua família e com sua comunidade.

A oposição às teorias da pena orientadas pelo sistema de ideias da RPM é tão importante que, para evitar qualquer confusão com a justiça dos adultos, alguns conceitos como "crime ou contravenção criminal" e "pena" são substituídos por outros nomes como "ato infracional" e "medida socioeducativa", respectivamente. A nosso ver, como também se verificará mais tarde, essa estratégia é mais de negação do conteúdo negativo dado pela RPM do que pelo conceito em si. Por exemplo, é difícil explicar para alguém que, ao cometer um homicídio, um menor não pratica crime, mas ato infracional[37]. Da mesma forma, se entendermos pena como sanção atribuída pelo Estado face a um delito praticado, não se pode diferenciar qualquer das medidas socioeducativas desse conceito.

---

35. "Convenção sobre os Direitos da Criança"; "Regras das Nações Unidas para a proteção de jovens com restrição de liberdade"; "Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude". (Regras de Beijing); e "Princípios orientadores para a prevenção da delinquência juvenil" (Princípios Orientadores de Riade).

36. Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

37. A própria lei indica que se considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção criminal (art. 103).

Em linhas gerais, a proteção do menor pelo ECA se dá através de um Sistema de Garantias de Direitos (SGD) que diferenciamos em quatro campos de atuação: i) *promoção de direitos*: desenvolvimento da política de atendimento dos direitos humanos das crianças e adolescentes, através da articulação transversal entre todas as políticas públicas (saúde, educação, trabalho, etc.); ii) *proteção*: fazer cessar as violações de direitos, responsabilizando o autor da violência e promovendo eficácia ao primeiro campo; iii) *controle social* : responsável pela avaliação, acompanhamento e monitoramento de todos os campos; iv) *responsabilização criminal*: constitui o último campo (*ultima ratio*), o da intervenção criminal, exclusivamente estatal, e só aparece quando todos os demais níveis falham. Nesse nível, o ECA define as regras de funcionamento e limites de aplicação de sanção da justiça juvenil, a partir do reconhecimento dos direitos individuais e garantias processuais.

Todo esse sistema é mobilizado por princípios que orientam a maneira de pensá-lo, oferecendo uma chave de interpretação de todas as normas, entre as quais destacamos seis referentes à seara criminal: i) crianças e adolescentes são *sujeitos de direitos*, detentores de direitos garantidos no ECA, na CF/88 e em diplomas internacionais; ii) *proteção integral e prioritária* em todas as intervenções penais; iii) atendimento do *melhor interesse* da criança e do adolescente, sem prejuízo do exame de outros interesses legítimos; iv) *intervenção criminal mínima*, exercida somente pelas autoridades e instituições legítimas, quando estritamente necessário; v) *proporcionalidade e pertinência* da intervenção, individualizando-se cada caso, promovendo uma aproximação entre a resposta e a necessidade de cada um, tanto na definição da sanção, quanto no seu acompanhamento; vi) *valorização da família*, prevalecendo as intervenções que mantenham ou reinsiram a criança e o adolescente em sua família e em sua comunidade, a partir da participação destes durante todo o processo de responsabilização.

Esses princípios instituem novas ideias que orientam a função da medida socioeducativa, a partir de novas lógicas que não as aplicadas na justiça para adultos o que contribui para a evolução e estabilização desse novo programa criminal do SDC.

Do ponto de vista prático, essas ideias culminam numa estrutura de normas que aperfeiçoam o Código de Menores de 1979, situando-se, contudo, no plano sancionatório, na continuidade deste. A primeira mudança diz respeito à distinção de dois grupos com diferentes limites de intervenção: as crianças (até 12 anos incompletos) e adolescentes (entre 12 e 18 anos incompletos). Essa mudança enseja duas intervenções complementares: para os primeiros, só se aplicam as "medidas de proteção" (art. 105), todas em meio aberto; para os outros, uma gama de "medidas socioeducativas", algumas em meio aberto, outras em meio fechado.

As medidas de proteção consistem em medidas que se inserem, sobretudo, no primeiro campo do SGD, sendo aplicável por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou em razão da conduta do menor (art. 98), autorizando a implementação de medidas[38], que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo (art. 99):

Se o adolescente comete um "ato infracional", a autoridade poderá (não será obrigada) aplicar as outras medidas[39] (também nos termos do art. 99 – cf. art. 113):

Mais uma vez distinguindo menores em situação de desrespeito de direitos dos menores delinquentes, o ECA limita a resposta criminal para as crianças àquelas cumpridas em meio aberto, ao passo que, aos adolescentes, possibilita tanto medidas em meio aberto (I-IV e VII) quanto em meio fechado (V e VI). Salientamos que o ECA estabelece como critério para escolha do juiz entre as medidas possíveis, a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração[40].

No que diz respeito às sanções que ensejam internação, há, ainda, restrições mais genéricas estabelecidas pelo ECA, como forma de evitar seu uso excessivo, bem como o seu prolongamento no tempo[41].

---

38. Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII – acolhimento institucional ; VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar; IX – colocação em família substituta.

39. Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – inserção em regime de semiliberdade; VI – internação em estabelecimento educacional;

    VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

40. Art. 112. (Ibidem) [...] § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

41. Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Mais especificamente, esse diploma exaure as possibilidades de aplicação da internação, não só definindo o conceito de "gravidade" (grave ameaça ou violência) e das "circunstâncias" (reincidência) do art. 112[42], mas também limitando a sua aplicação à hipótese de não haver outra medida socioeducativa mais adequada ao caso concreto.

Ademais, os prazos máximos para a execução da internação também são definidos em lei[43]. Conforme o ECA, após o término dos prazos máximos de duração da internação, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida (art. 122, § 4º).

Caso chegue ao limite de idade de 21 anos sem a cessação da medida, deverá ocorrer a liberação compulsória (art. 122, § 5º). Portanto, não há mais a possibilidade de encaminhamento do menor para continuação da execução na justiça dos adultos. Todos esses limites ressaltam a tentativa de uso da internação a partir da ideia de excepcionalidade e brevidade (art. 121). Em todo caso, a sanção permanece sem duração determinada crime-por-crime, sendo que sua gestão se dá pela revisão da medida, obrigatoriamente, ao menos a cada seis meses (art. 121, § 2º), sempre mediante decisão motivada.

De maneira geral, pode-se afirmar que o ECA constitui uma prova de estabilização da justiça juvenil, no plano legislativo, pois se complexifica a maneira de ele se organizar e operar, sendo orientado por princípios próprios que se distinguem fundamentalmente das teorias da pena dos adultos.

42. Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. [...] § 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

43. Art. 121. (Ibidem) [...]

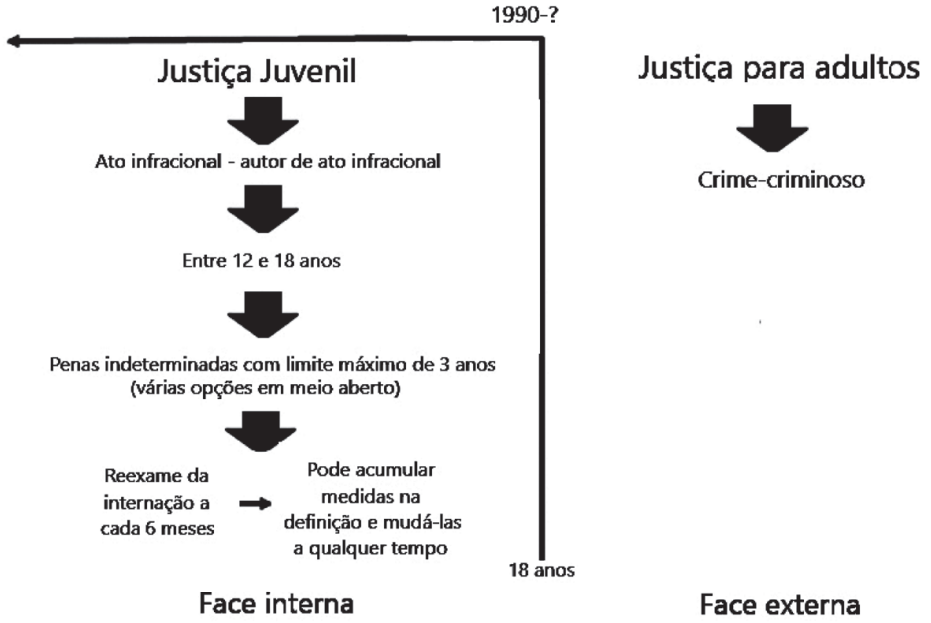
    § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

    § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.

    § 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

    [...] Art. 122. (Ibidem) § 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

Figura 6 – Programa de proteção integral e responsabilidade compartilhada



Fonte: elaborado pelos autores.

5. Considerações finais

Ao longo do trabalho, identificamos, ao menos, uma questão de difícil resposta sobre a determinação do momento do nascimento da justiça juvenil na legislação. Trata-se de definir qual o critério que realmente reflete, no quadro legislativo, uma outra maneira de pensar um programa criminal diferenciado daquele dos adultos.

Nossas observações, baseadas num arcabouço conceitual ligado à teoria dos sistemas, mostram como a justiça juvenil, apesar de alguns elementos de diferenciação, mantém-se fortemente ligada à ideia de penas mínimas de internação, resistindo à sua extinção, até 1943. Isso nos leva a crer que até este momento, não encontramos um programa nitidamente diferenciado daquele que opera no âmbito do SDC.

Além disso, identificamos que as diversas legislações, ao logo das mudanças, não vão limitar a pena máxima para menores, comparativamente a adultos, para crimes graves, e isso até 1990. De fato, a pena mantém o mesmo limite máximo daquele vigente para os adultos, ou ainda pior, resta indeterminada, o que caracteriza uma permanência de indiferenciação de um programa em relação ao outro.

Se olharmos para as sanções em meio aberto, que se apoiam em teorias diferentes daquelas que embasam o programa do SDC, constatamos que elas

permanecem muito tímidas até 1979, o que constitui mais um sinal de quanto foi difícil, ao longo do século XX, operar uma verdadeira diferenciação de programa nos termos propostos aqui: isto é, baseado em um construção teórica diferente daquela que, em definitivo, mobiliza as teorias clássicas da pena.

Contudo, um momento de diferenciação marcante em relação à RPM se dá com a legislação de 1943, pela qual a justiça juvenil vai se construir em torno da distinção-chave menor perigoso/não perigoso. Ela servirá para definir, internamente a esse sistema, diferenças no tratamento dos menores, sendo ainda pouco disponíveis as intervenções em meio aberto.

Outro fato legislativo, a nosso ver marcante, é que o princípio de "garantias jurídicas" para menores não foi reconhecido pela lei antes da última década do século 20 (1990). Isso mostra como, se de um lado houve algumas tentativas de diferenciação, elas sempre se deram deixando na sombra a questão das garantias e dos direitos dos adolescentes em conflito com a lei, no âmbito da execução das decisões judiciais proferidas pelo juiz. Este, por seu lado, não tinha que se submeter a um regime de direitos a serem garantidos aos adolescentes sob sua responsabilidade.

Nesse mesmo sentido, compreendemos que a distinção entre menores infratores e menores com necessidade de proteção só será feita também a partir de 1990, dificultando, assim, a formulação de um novo programa sancionatório das condutas em conflito com a legislação vigente.

Concluímos, portanto, que, antes de 1990, a "justiça juvenil" no Brasil estava ainda em período de "formação" ou de gestação, posta a dificuldade em se liberar da RPM – com as teorias da pena funcionando para sustentá-las –, e do conceito "positivista" de periculosidade – que deixava o menor numa posição diferenciada de dependência em relação à decisão dos técnicos, quando não do seu preconceito – e, enfim, da amálgama entre menores infratores e aqueles com ausência de direitos garantidos.

Do ponto de vista das ideias que orientam o ECA, a nosso ver, ele constitui menos uma revolução paradigmática no SDC, e mais um refinamento culminante de uma gradativa separação da justiça juvenil em relação às teorias penais clássicas que orientam a justiça para adultos. Resta a necessidade de definir, de maneira franca, precisa e exaustiva um programa criminal com fundamentos próprios, limites claros e regras de interação com outros sistemas, sem "contágios" inoportunos. Em outras palavras, se existe uma racionalidade penal prevalecendo no sistema de direito criminal destinado aos adultos, com o forte arcabouço das teorias da pena, que continuam embasando a lógica de punição vigente para os adultos infratores, torna-se urgente, para sustentar a diferenciação da justiça juvenil,

que ela se dote de uma arcabouço teórico de potência análoga, fundando a resposta estatal às condutas criminalizadas em "alavancas" operativas que possam prescindir, de forma peremptória, da sanção aflitiva.

6. Referências bibliográficas

ALVAREZ, Marcos César. *A emergência do Código de Menores de 1927*: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. São Paulo: FFLCH/USP. 1989. Mestrado.

CAPPI, Riccardo. *Motifs du controle et figures du danger*: l'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien. p. 396. Tese (Doutorado em Criminologia). Université Catholique de Louvain, 2011.

COIMBRA, Cecília. *Operação Rio*: o mito das classes perigosas. Rio de Janeiro: Oficina do Autor/Intertexto, 2001.

CRUZ, Lilian Rodrigues Da. *(Des)articulando as políticas públicas no campo da infância*: implicações da abrigagem. Edunisc, 2006.

GLASER, Barney; STRAUSS, Anselm. *The discovery of grounded theory*: strategies for qualitative research. London: Weidenfeld and Nicolson, 1967.

LUHMANN, Niklas. *Social system*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004. Orig. 1993.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Herder, 2007. Orig. 1984.

LUHMANN, Niklas. *A systems theory of religion*. Stanford: Stanford University Press, 2013. Orig. 2000.

MACHADO, Maira; PIRES, Álvaro. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação matéria criminal no Brasil*. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, Série Pensando o direito, 2010. v. 32.

MÉNDEZ, Emilio García. Evolución histórica del derecho de la infancia: Por que una historia de los derechos de la infancia. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. 592p.

PIRES, Álvaro. Le devoir de punir: le rétributivisme face aux sanctions communautaires. *Revue Canadienne de Criminologie* (numéro spécial sur la détermination de la peine), 32, 3, p. 441-460, 1990.

PIRES, Álvaro. La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et sociétés*, XXXIII, 1, p. 179-204, 2001a.

PIRES, Álvaro. La "ligne Maginot" en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 81, 2, p. 145-170, 2001b.

PIRES, Álvaro; CELLARD, Andre; PELLETIER, Gérald. L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien. In: FRAILE, P. (Dir.). *Régulation et gouvernance*. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique. Barcelone: Publicacions Universitat de Barcelona, 2001.

PIRES, Álvaro. Racionalidade criminal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia. *Novos Estudos* (CEBRAP), 68, p. 39-60, 2004.

PIRES, Álvaro. Une "utopie juridique" et politique pour le droit criminel moderne? *Criminologie*, 40, 2, p. 9-18, 2007.

PIRES, Álvaro; GARCIA, Margarida. Les relations entre les systèmes d'idées: droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort. In: CARTUYVELS et al. (Dir.). *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*. Belgique: Facultés universitaires Saint-Louis, Éditions Bruylant, 2007.

PIRES, Álvaro. *Esquisse d'une théorie systémique sur les théories de la peine et sur un problème d'évolution*. Documento de trabalho não publicado. Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale. Université d'Ottawa, 2010.

PIRES, Álvaro. L'adoption intersystémique des énoncés de sens: le concept de punition en matière criminelle. In: SOSOE Lukas K. (Dir.). *Le droit* – un système social. Law as a social system. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann, Hildesheim: Georg Olms Verlag, coll. "Europaea Memoria. Studien und Texte zur Geschichte der europäischen Ideen", 2015.

POSSAS, Mariana. Produção de leis criminais e racionalidade criminal moderna: Uma análise da distinção 'conservador' x 'progressista' no caso da criação da lei contra a tortura no Brasil. *Dilemas*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 8, n. 3, p. 473-499, jul.-ago.-set. 2015.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003 (Coleção Pensamento Criminológico).

RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil*. Revisitando a história (1822-2000). 2. ed. Brasília: UNICEF/Rio de Janeiro: USU Editora Universitária, 2002. 142p.

RIZZINI, Irene. *O século perdido*: raízes históricas das políticas públicas para infância no Brasil. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2008.

SOUZA, Moacyr Benedicto de. *A influência da escola positiva no direito criminal brasileiro*. São Paulo: Editora Universitária do Direito, 1982.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito criminal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes*: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRÉPANIER, Jean; TULKENS, Françoise. *Délinquance et protection de la jeunesse*. Aux sources des lois belges et canadiennes sur l'enfance. Bruxelles: De Boeck Université; 1995.

TRÉPANIER, Jean. Juvenile Courts after 100 years: past and present orientations. *European Journal on Criminal Policy and Research, 7*, 1999.

VALVERDE, Mariana. *The age of light, soap, and water*. Moral reform in English Canada, 1885-1925. Toronto: McClelland & Stewart Inc., 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ, de Flora Sartorelli Venâncio de Souza e Hamilton Gonçalves Ferraz – *RBCCrim* 129/257-284 (DTR\2017\383);
- Busca por compreender as origens e os fundamentos da justiça juvenil global, de Franklin E. Zimring e Máximo Langer – *RBCCrim* 158/233-261 (DTR\2019\35715);
- Entre "punição" e "proteção": por um novo modelo de responsabilização penal juvenil de adolescentes autores de atos infracionais, de Hamilton Gonçalves Ferraz – *RBCCrim* 145/627-648 (DTR\2018\17992);
- Justiça juvenil restaurativa e famílias: mapeando práticas e resultados nas regiões Norte e Nordeste, de Jéssica Silva da Paixão e Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima – *RBCCrim* 158/263-285 (DTR\2019\35716); e
- Os 26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a responsabilidade do adolescente pela prática de infração penal no Brasil, de Ellen Cristina Carmo Rodrigues – *RBCCrim* 127/225-262 (DTR\2016\24945).

Possibilidades e limites do uso da monitoração eletrônica como estratégia de redução das prisões provisórias no Brasil

Possibilities and limits of the use of electronic monitoring as a strategy to reduce pre-trial detention in Brazil

Cristina Maria Zackseski

Doutora em Estudos Comparados sobre Américas pelo CEPPAC/UnB. Mestre em Direito pela UFSC. Graduada em Direito pela UFSM. Atualmente professora adjunta da Faculdade de Direito da UnB e vice-coordenadora do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança na mesma instituição. ORCID: 0000-0002-0761-4254.
cristinazbr@gmail.com

Recebido em: 18.06.2018
Aprovado em: 12.02.2019
Última versão da autora: 06.03.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional; Direitos Humanos

Resumo: Neste texto descreveremos o processo de implantação e o uso que tem sido dado à monitoração eletrônica especificamente no que tange a sua implantação com a finalidade de controlar o uso excessivo das prisões provisórias em nosso país, confrontando este processo com informações sobre o sistema prisional brasileiro, tanto no que diz respeito aos presos condenados quanto provisórios, mostrando também diferenças estaduais e regionais. Analisaremos documentos e dados estatísticos da última década para verificar de que forma o processo de hiperencarceramento em curso respondeu/foi afetado pelo uso desta tecnologia de controle, especialmente a partir do ano de 2010, quando foi admitido legalmente no Brasil.

Palavras-chave: Sistema penal – Prisões provisórias – Monitoração eletrônica – Brasil.

Abstract: In this text, we will describe the implementation process of Electronic Monitoring (EM) and how it has been used, specifically its implementation in order to control the excessive use of provisional incarceration in Brazil. This process will be confronted with Brazilian criminal justice system data both from convicted and pre-trial inmates, it also shows regional differences. We will analyze documents and statistical data from the last decated to verify how the ongoing mass incarceration process reacted to – or, was affected by – monitoring technologies, especially after 2010, when EM was legally admitted in Brazil.

Keywords: Criminal justice systems – Pre-trial detention – Electronic monitoring – Brazil.

Zackseski, Cristina Maria. Possibilidades e limites do uso da monitoração eletrônica como estratégia de redução das prisões provisórias no Brasil.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 160. ano 27. p. 363-387. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações sobre a privação de liberdade no Brasil. 3. A experiência da monitoração eletrônica brasileira. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Neste texto apresentaremos um tema que é de grande interesse para as políticas relacionadas ao controle de pessoas com problemas com a Justiça na contemporaneidade. Sabemos que uma grande parte da população prisional latino-americana é composta por presos provisórios e no Brasil não é diferente, sendo frequentemente mencionado em reportagens e trabalhos acadêmicos o percentual de 40% de pessoas nesta situação. Uma das soluções cogitadas para reduzir este problema é o uso da monitoração eletrônica, mas nossa pergunta de pesquisa neste momento diz respeito à viabilidade e à funcionalidade da utilização deste tipo de controle no Brasil, tanto do ponto de vista legal quanto do ponto de vista econômico, e também sobre os resultados que possam advir da utilização de tal estratégia.

Partimos da hipótese de que se trata de um controle que só se justificaria para casos nos quais há necessidade comprovada de que a localização da pessoa presa é fundamental para que os procedimentos judiciais sejam concluídos, ou em situações em que o crime tenha relação com a presença ou ausência da pessoa que se quer vigiar em determinados espaços. Fora dessas hipóteses a monitoração resultaria inócua do ponto de vista prático, além de ser onerosa para os cofres públicos.

O texto inicia com uma exposição sobre a situação prisional brasileira lançando mão de uma metodologia comparativa que nos permite dimensionar os dados analisados. Em seguida apresentamos com o instrumental da pesquisa de tipo documental o percurso de elaboração legislativa que permitiu o uso das tornozeleiras e, por fim avaliamos os resultados que já se podem inferir a partir dos dados oficiais e dos estudos já existentes.

2. Considerações sobre a privação de liberdade no Brasil

Não é nenhuma novidade o crescimento extraordinário da população prisional brasileira ocorrido nas últimas décadas e que situa o país neste momento no terceiro lugar do *ranking* mundial de utilização da prisão em números absolutos. Temos acompanhado com atenção este crescimento há anos, inclusive tentando traçar as diferenças entre as 27 unidades federativas brasileiras (26 estados e o Distrito Federal), pois os problemas são bastante variados

(ZACKSESKI, MACHADO, SOARES, 2017; ZACKSESKI, 2013). Os pontos de maior preocupação são: o grande número de dispositivos legais criminalizadores de condutas (ZACKSESKI, 2013); o processo de "criminalização do cotidiano" (ZACKSESKI, 2010); a ação policial voltada para o tráfico de drogas (ZACKSESKI, VARGAS, 2018); a generalização do uso da prisão preventiva com problemas de fundamentação (GOMES, ZACKSESKI, 2016; TRALDI, ZACKSESKI, 2013); os excessos de prazo na duração dos processos (RIBEIRO, ZACKSESKI, 2017; COSTA, ZACKSESKI, MACIEL, 2016; ZACKSESKI, 2010); as revoltas da população com a "impunidade", muitas vezes insuflada pela mídia sensacionalista (SILVA, ZACKSESKI, 2013); a superlotação, conjugada ultimamente também com o aumento do encarceramento feminino (ZACKSESKI, MACHADO, SOARES, 2016; SANTOS, ZACKSESKI, 2016) e a ocorrência de rebeliões e torturas (BATISTA, ZACKSESKI, MACIEL, 2017).

Hoje temos um quadro assustador como resultado dos problemas destacados acima. O resumo desta situação, que discutiremos em pontos específicos a seguir, consta da tabela abaixo:

Tabela 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil em dezembro de 2015

Brasil – Dezembro de 2015	
População prisional	698.618
Sistema Penitenciário	662.723
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	35.463
Sistema Penitenciário Fedral	432
Vagas	371.201
Défcit de vagas	327.417
Taxa de ocupação	188,2%
Taxa de aprisionamento	341,7

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro/2015. Secretaria Nacional de Segurança Pública, dezembro/2015; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2015.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça, com dados que vão até dezembro de 2015 – mas que só foi publicado no

final de 2017 – traz um panorama que nos permite avaliar alguns aspectos das políticas penal, penitenciária e de segurança pública brasileiras.

Observamos que alguns estados são especialmente problemáticos, como é o caso do estado de São Paulo, que sozinho tem praticamente o mesmo número de pessoas presas (233.067) que todo o México (233.469) (INFOPEN, 2017, p. 8 e 9). Esta é uma comparação muito dura porque o México é um dos países mais populosos do mundo e o segundo mais populoso da América Latina[1], atrás do Brasil, ao passo que o Estado de São Paulo é em torno de 7 vezes menor que o México em extensão, embora seja densamente povoado[2].

São Paulo é considerado o estado brasileiro mais desenvolvido, mais rico, mais produtivo, sendo inevitável a comparação com outro país, os Estados Unidos. O professor norte-americano Erick Lotke, em palestra proferida em São Paulo na década de 1990, já nos alertava para o "perigo da riqueza":

> "A média nacional de custo por prisioneiro é de U$22,000 anuais. Compare-se este custo aos U$4,000, valor médio da anuidade em uma escola secundária. O valor da anuidade do curso superior em uma faculdade particular está por volta de U$18,000.
>
> Devem ser levados em conta os custos escondidos: a grande circulação de pessoas nas cadeias possibilita a disseminação de doenças como aids e tuberculose. Crianças perdem seus pais e passam a depender da assistência pública. Existem em torno de 100.000 mulheres presas nos EUA e a maioria delas são as principais responsáveis por duas crianças, em média. O dinheiro destinado ao pagamento de pensões e planos de saúde dos funcionários das prisões normalmente vem de uma parte distinta do orçamento do Estado. Assim, este custo não aparece na cifra do custo das prisões embora faça realmente parte dele.
>
> Nem mesmo um país rico como os EUA pode arcar com uma despesa tão grande. Sendo uma nação rica, como acontece com uma pessoa de muitas posses, nós algumas vezes compramos coisas que não necessitamos e, pior, algumas coisas que podem nos causar problemas." [grifos nossos] (LOTKE, 1996).

Os números absolutos de presos nos dizem uma coisa importante, porém não contam a história toda. São Paulo é o estado que possui o maior número de vagas em prisões do país, é o segundo maior estado em número de unidades prisionais (INFOPEN 2014, p. 23 e 24), e tem um tribunal de grande porte – contava em 2016 com um grande número de magistrados (2.735) e servidores (69.263)

1. [https://www.datosmacro.com/paises/mexico]. Acesso em: 02.02.2018.
2. [https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/panorama]. Acesso em: 02.02.2018.

(CNJ, 2017b, p. 34). Tudo isso favorece sua "funcionalidade", tal como se observa nos Estados Unidos, onde há uma política criminal de tipo Eficientista[3], que implica em grandes investimentos. As consequências, porém, já são conhecidas e não devem ser motivo de orgulho, nem para os Estados Unidos, nem para o estado de São Paulo. Os Estados Unidos são os campeões mundiais de encarceramento e São Paulo, segundo estudo estatístico realizado em 2017 que compreendeu o período de 2008 a 2014, é o primeiro no *ranking* de prioridades, devido aos graves problemas prisionais que estão relacionados em grande parte ao seu tamanho (ZACKSESKI, MACHADO, SOARES, 2017, p. 283, 284).

Prosseguindo a análise das informações penitenciárias mais recentes, a maior taxa de ocupação observada no Brasil está no estado do Amazonas, com 486,3% de superlotação (INFOPEN, 2017, p. 8). A superlotação para o governo brasileiro é calculada com base no número de presos e no número de vagas disponíveis, enquanto o Comitê Antitortura da União Europeia considera superlotação quando 90% das vagas existentes estão preenchidas (ALBRECHT, 2016). Neste sentido, fica evidenciada a condição torturante da privação de liberdade no Brasil.

O Estado do Amazonas conta também com um percentual altíssimo de presos provisórios (65,5%), perdendo somente para o Ceará (66,5%) neste quesito (INFOPEN, 2017, p. 8). Além disso, como lembra Vera Malaguti, o Amazonas também enfrenta outros problemas, produzidos pela própria privatização[4]:

> "A situação no Amazonas, do primeiro presídio em que estourou esta recente rebelião de Manaus era uma prisão privatizada e gerida por uma 'organização social' chamada Umanizzare e que tinha na verdade condições degradantes, uma quantidade enorme de presos amontoados". (MALAGUTI, 2017)

3. Por política criminal eficientista entendemos aquela que incorpora um discurso de eficiência no combate ao crime e um forte *marketing*. Ela requer leis mais duras, mais recursos, armas, viaturas, vagas em prisões e funcionários para o Sistema Penal, numa espiral sem fim. As consequências, no entanto, não são tão favoráveis quanto são aceitas e reproduzidas pelo senso comum. Os custos de um sistema com esta lógica é altíssimo e acaba envolvendo processos de privatização de várias etapas da ação de "controle". A monitoração e a privatização de prisões, além da segurança privada, são as formas mais aparentes desta privatização e monetarização da segurança. Nossa avaliação geral é a de que ela é pouco democrática, imprime a desigualdade nas condições de segurança, envolve muito sofrimento e trabalho inútil dos operadores do sistema.
4. Sobre o processo de privatização de presídios no Brasil ver relatório produzido pela Pastoral Carcerária: [http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Relatório-sobre-privatizações.pdf]. Acesso em: 02.02.2018.

O presídio a que a autora citada se refere é o COMPAJ, presídio privatizado de Manaus, que registrou 56 mortes em rebelião ocorrida em 2017, e que perde em número de mortes apenas para os 111 mortos do massacre ocorrido no Carandiru em 1992, e para o Presídio da Ilha de Anchieta, em Ubatuba, onde 108 pessoas morreram em 1952, ambos no estado de São Paulo (SALLA, 2015).

A taxa de aprisionamento considerada aceitável pelo Centro Internacional de Estudos sobre Prisões do *King's College* de Londres é abaixo de 150 presos por 100.000 habitantes. Em junho de 2016 já estávamos no Brasil com 355,6 por 100 mil habitantes (FBSP/CNJ, 2017, p. 6). Segundo dados do Ministério da Justiça (consolidados até dezembro de 2015 e que trazem informações por estado) somente três estados brasileiros estão num patamar abaixo de 150 – Bahia, com 100,1, Maranhão, com 114,3 e Piauí, com 116,1 (INFOPEN, 2017, p. 8).

Destaca-se também na leitura da taxa de aprisionamento o estado do Mato Grosso do Sul, com quase 600 presos por 100 mil habitantes (595,5) (INFOPEN, 2017, p. 16). No estudo estatístico acima referido (ZACKSESKI, MACHADO, SOARES, 2017) o Mato Grosso do Sul já aparecia em segundo lugar no *ranking* de prioridades (atrás apenas de São Paulo, como vimos) e permanece até hoje com uma situação bastante grave. O que é curioso na comparação entre o estado do Mato Grosso do Sul e o de São Paulo é que a despesa média mensal com magistrados e servidores do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul é a maior do país, representando mais que o dobro da despesa do Tribunal de Justiça de São Paulo. (CNJ, 2017b, p. 60)

Ao contrário de São Paulo, são poucas as notícias sobre o estado do Mato Grosso do Sul na mídia nacional, mas no ano de 2017 foram registrados casos de motins, contratação, formação e greves de agentes penitenciários e também de repasse de recursos do Governo Federal para a construção de novas unidades prisionais[5]. Decisão interessante foi a de um juiz sul mato-grossense que deu um prazo de 3 anos para o estado acabar com a superlotação dos presídios sob pena

5. http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2017/02/ms-forma-435-agentes-com-faculdade-em-meio-crise-nacional-penitenciaria.html]. Acesso em: 05.03.2018.

[https://www.campograndenews.com.br/cidades/agentes-vao-reforcar-seguranca-de-18-cidades-diante-de-crise-em-prisoes]. Acesso em: 05.03.2018.

[http://www.capitalnews.com.br/cotidiano/novos-presidios-serao-construidos-em-mato-grosso-do-sul/300027]. Acesso em: 05.03.2018.

[https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/pcc-esta-encurralado-por-1-300-opositores-no-maior-presidio-de-ms]. Acesso em: 05.03.2018.

de multa de 30 mil reais por preso excedente[6]. Trata-se de um estado situado em região de fronteira do Brasil com Paraguai e Bolívia, no qual há grande número de prisões por tráfico de drogas[7]. A política de drogas brasileira é, então, um elemento central para a compreensão do problema penitenciário do Mato Grosso do Sul e também de outros estados[8].

Estas informações deveriam ser capazes de informar uma tomada de decisão sobre o problema penitenciário brasileiro. Estamos prendendo muito, como se observa na Tabela 2 abaixo, prendendo mal, demorando para julgar e, além disso, colocamos milhares de pessoas em situações desumanas, provocando doenças[9], matanças[10] e também comprometendo o nosso futuro com efeitos colaterais da alta prisionização, como é o caso do surgimento das "facções criminosas"[11].

[https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/agentes-penitenciarios-ampliam-greve-em-semana-sem-visita-nos-presidios]. Acesso em: 05.03.2018.

[http://www.midiamax.com.br/transparencia/decretos-governo-criam-tres-presidios--mato-grosso-sul-341341]. Acesso em: 05.03.2018.

6. [http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2017/03/justica-da-3-anos-para--ms-acabar-com-superlotacao-nos-presidios.html]. Acesso em: 05.03.2018.
7. O relatório de informações prisionais de 2014 indicava 51,3% de presos (condenados ou aguardando julgamento) por tráfico de drogas no Mato Grosso do Sul. Na ocasião este percentual o colocava em segundo lugar no país, perdendo apenas para o estado do Amazonas (51,8%) (INFOPEN, 2014, p. 71).
8. Cerca de 30% dos presos provisórios do país estão na prisão por delitos relacionados às drogas (CNJ, 2017). A criminalização do tráfico de drogas e da associação para o tráfico é a maior causa de encarceramento feminino do país (63%), apresentando também muita ocorrência entre os homens (26%). (INFOPEN, 2017, p. 52)
9. [https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/doencas-de-pele-na-papuda-ja-atingem-26-mil-presos-e-um-servidor.ghtml]. Acesso em: 05.02.2018.
10. Há uma enorme quantidade de mortes no interior das prisões brasileiras. O Brasil é um país com altos índices de violência letal intencional, mas em 2014 as ocorrências nas prisões foram 6 vezes superiores às taxas verificadas no país. O estado do Maranhão foi o campeão de mortes, tendo registrado uma taxa de 75,1 mortes para cada 10 mil pessoas encarceradas no primeiro semestre de 2014 (INFOPEN, 2014, p. 115).

    [https://g1.globo.com/politica/noticia/matanca-em-presidio-de-manaus-e-uma-das--maiores-desde-carandiru.ghtml]. Acesso em: 05.02.2018.
11. [http://anovademocracia.com.br/no-184/6825-vera-malaguti-sao-as-prisoes-que--produzem-as-faccoes]. Acesso em: 01.09.2017.

Tabela 2. Pessoas Presas no Brasil – 2009 / 2016

Números absolutos	Números relativos
2009 – 473.626 presos	2009 – 247 presos x 100 mil habitantes
2010 – 496.251 presos	2010 – 260 presos x 100 mil habitantes
2011 – 514.582 presos	2011 – 267 presos x 100 mil habitantes
2012 – 548.003 presos	2012 – 283 presos x 100 mil habitantes
2013 – 581.507 presos	2013 – 289 presos x 100 mil habitantes
2014 – 622.202 presos	2014 – 299 presos x 100 mil habitantes
Até dezembro de 2015 – 698.381 presos	Até dezembro de 2015 – 344 presos x 100 mil habitantes
Junho de 2016 – 727.070	Junho de 2016 – 355 presos x 100 mil habitantes

Fonte: Elaboração própria com base nos relatórios Infopen 2014 e 2017 e FBSP 2017[12]

Não se pode dizer, no entanto, que nada está sendo feito. Algumas iniciativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vão no sentido da redução do abuso da privação de liberdade, como é o caso do Projeto Audiências de Custódia, lançado em fevereiro de 2015, que possibilita a apresentação de pessoas presas em flagrante à autoridade judiciária no prazo de 24 horas, ouvidas também as manifestações da defesa e do Ministério Público. Uma das coisas que tem se destacado nas pesquisas realizadas sobre as audiências de custódia tem sido o fato de que as pessoas presas em flagrante podem falar nas audiências. O fato de serem ouvidas representa muito num país onde até fevereiro de 2015 os juízes decidiam sobre a prisão ou a liberdade do "flagranteado" apenas com base em manifestações escritas, nas quais dificilmente a versão da pessoa presa é levada em conta em razão de um domínio "técnico" do campo jurídico. O procedimento previsto no projeto está assim descrito no site do CNJ:

> "Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.
>
> O projeto prevê também a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e

12. Apesar de serem relatórios oficiais os quantitativos apresentam variações, a depender da publicação. Consideramos que sejam estimativas.

> câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório"[13].

O projeto visa dar concretude às disposições do Pacto Internacional de Direitos Civis e da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em cumprimento ao disposto no artigo 7.5 da Convenção:

> "Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo."

Tais audiências estão sendo implementadas, não sem dificuldade ou resistências, ao menos nas capitais brasileiras. Trata-se de uma medida que visa impedir as prisões desnecessárias. Porém, estudo realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em 5 estados e no Distrito Federal não confirma esta capacidade das audiências no estágio atual de implantação, pois em todos eles houve crescimento do percentual de provisórios de dezembro de 2015 a junho de 2016[14]. De um total de 229.634 audiências realizadas até o mês de abril de 2017, 45,14% (103.669) resultaram em liberdade, contra 54,85% (125.965) casos que tiveram como resultado a prisão preventiva (FBSP, 2017, p. 9). O estado onde os resultados chamam mais atenção é o Rio Grande do Sul. Porto Alegre registrou 6.253 audiências no período de 30.07.2015 a 30.04.2017 e em 84,71% delas o resultado foi a decretação da prisão preventiva (FBSP, 2017, p. 22). Somente em 4% das audiências dos estados estudados foi indicada a utilização do monitoramento eletrônico (FBSP, 2017, p. 18).

Em conclusão o relatório do FBSP registra um aumento dos presos provisórios no país após a implantação das audiências de custódia e também da nova lei das cautelares, para o período compreendido na análise:

> "Não foi possível perceber o pretendido rompimento do binômio prisão preventiva/liberdade provisória, sendo a prisão preventiva cotidianamente aplicada, muitas vezes sem que sequer se verifique o cabimento de medidas alternativas e em desrespeito a garantias fundamentais como a legalidade, a

13. [http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia]. Acesso em: 01.02.2017.

14. O maior crescimento foi observado no estado de Santa Catarina (FBSP, 2017, p. 9).

> presunção de inocência, a proporcionalidade, o devido processo legal e sua razoável duração. (...)
>
> Fato é que os dados recentemente disponibilizados pelo DEPEN, relativos aos anos de 2015 e 2016, corroboram a hipótese de que não houve redução do encarceramento provisório no país após a nova lei das cautelares e a implantação das audiências de custódia.
>
> No período que vai de dezembro de 2015 a junho de 2016 houve aumento do encarceramento provisório no país da ordem de 3%[15], assim como houve aumento em todos os estados incluídos na presente pesquisa." (FBSP, 2017, p. 40 e 41)

No entanto, a partir de compromisso firmado em reunião ocorrida em janeiro de 2017 entre a presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça e os presidentes dos Tribunais de Justiça brasileiros, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, em conjunto com o Departamento de Pesquisas Judiciárias, ambos do CNJ, realizaram um levantamento visando acompanhar a variação do número de presos entre os meses de janeiro e abril de 2017. O resultado desta coleta indicou uma leve redução (1,52%) – de 40,63 para 39,11 – do percentual de presos provisórios. (CNJ, 2017a, p. 14). Neste período houve uma concentração de esforços para que fossem reanalisadas as prisões dos processos de presos provisórios, tendo sido analisada praticamente metade dessas prisões; destas foram revogadas 24% (CNJ, 2017a, p. 17).

Mas ainda assim não foram todos os estados que reduziram o quantitativo de provisórios. O estado que apresentou maior redução de provisórios foi Alagoas, 9,14%, e o estado que apresentou maior crescimento nestes meses de janeiro a abril foi Santa Catarina, com 6,27% de aumento. Estados que já estavam em situação bastante crítica, como São Paulo, Minas Gerais e Sergipe também apresentaram crescimento do quantitativo de presos provisórios (CNJ, 2017a, p. 15).

Do total de processos reanalisados, 24% foram sentenciados, sendo que em 65% deles houve condenação, em 8% houve absolvição e em 27% outras decisões foram tomadas (sentença de pronúncia etc.). Observou-se um grande esforço no estado do Amazonas, onde 63% dos processos com presos provisórios foram sentenciados, 25% com absolvições. Além disso, naquele estado 47% das prisões provisórias foram revogadas (CNJ, 2017a, p. 22, 28 e 27).[16]

15. De acordo com a Tabela n. 2 deste artigo o aumento foi da ordem de 4%, mas como dissemos anteriormente, trata-se de estimativas.

16. Chama atenção o fato de que no estado do Amapá somente 1% dos sentenciados foram absolvidos, no Ceará e no Mato Grosso do Sul 2%, no Goiás 3%, no Paraná, em Santa

Minas Gerais, que é o segundo em número de presos do país, foi o estado que mais manteve prisões nos processos reanalisados – 97% dos casos. No Rio Grande do Sul foram mantidas as prisões em 92% dos casos[17]. O estado que mais revogou prisões provisórias foi o Rio de Janeiro – 83% (CNJ, 2017a, p. 43, 67 e 59)[18].

Além de reavaliar a situação das prisões de seus estados os presidentes dos tribunais brasileiros comprometeram-se a elaborar planos de ação para "(...) assegurar os princípios da presunção de inocência, da duração razoável do processo e ao próprio postulado da dignidade da pessoa humana" (CNJ 2017, p. 8). Dois estados não apresentaram plano algum – Mato Grosso do Sul e Tocantins.

O único tribunal brasileiro que incluiu a monitoração eletrônica em seu plano de ação foi o de Santa Catarina. Os demais estados indicaram articulações entre os integrantes do Sistema de Justiça Criminal (como mapeamento de comarcas sem defensores) e melhorias para acelerar os julgamentos, como mutirões, calendário definido de audiências e julgamentos, priorização de julgamento de réus presos, atualização de rotinas cartorárias, capacitação de servidores das varas (CNJ, 2017 , p. 13- 17).

Catarina, e na Paraíba, 5%. Em contrapartida, o Maranhão registrou 72% de absolvições (CNJ, 2017a, p. 30, 33, 45, 39, 57, 69, 51 e 41).

17. No Rio Grande do Sul ainda se observa a invocação da Súmula 52 do STJ (FBSP, 2017, p. 38), que é da década de 1990, anterior à ratificação do Brasil ao Pacto de San José, ocorrida em 09.12.1992, mas não está cancelada. Esta súmula tem servido aos tribunais para negar a liberdade de pessoas presas, pois sua redação é a seguinte: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo." De acordo com Fernando da Costa Tourinho Neto e Emerson Paxá P. Oliveira: "É assustadoramente comum deparar com julgados proferidos pelos tribunais ordinários ou pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (salvo raríssima exceção) no sentido da improcedência das arguições de excesso de prazo que lhes são levadas à apreciação, com base no teor das Súmulas 21 e 52, do STJ." ([https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/nao-sustentar-aplicacao-sumulas-21-52-stj]. Acesso em: 22.01.2018). A raríssima exceção que mencionam é um precedente da 6a Turma do STJ no sentido da superação das súmulas mencionadas – RHC 20.566/BA – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

18. Este dado sobre o Rio de Janeiro é surpreendente em razão dos resultados da pesquisa coordenada por Julita Lengruber em 2013, que mostra uma tendência dos juízes e demais operadores do SJC à naturalização do uso da prisão provisória em larga escala, mesmo depois da nova lei das cautelares. A monitoração eletrônica ainda não estava sendo utilizada no Rio de Janeiro nos meses que se seguiram à vigência da lei. (LENGRUBER, 2013, p. 24 e 25)

De uma forma geral, percebemos nesta descrição do tipo de resposta dos estados à formulação de uma rara política judiciária[19], que há uma grande dificuldade de se romper com a lógica e com a rotina do encarceramento como forma de resolução dos problemas criminais. Sendo assim, descreveremos a seguir o processo de implantação da monitoração eletrônica no Brasil, que parece ter introduzido um meio termo entre "a prisão ou nada" (BOTTINI, 2011) e analisaremos, a partir deste processo, as soluções técnicas e os ajustes de funcionamento do sistema penal que visam reverter esta tendência ao crescimento e ao descontrole, procurando identificar resultados que sirvam para inspirar ações futuras.

3. A experiência da monitoração eletrônica brasileira

Mais de 3 anos antes da primeira lei nacional que instituiu e regulamentou a monitoração eletrônica no país, vários estados brasileiros já utilizavam esse recurso. Podemos citar como exemplos, o estado da Paraíba, que iniciou experiência de monitoração em 2007, os estados de São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, Rio Grande do Sul e Alagoas, em 2008, e também os estados de Goiás e Rio de Janeiro, que a iniciaram em 2009 (ITTC, 2015, p. 9).

As leis estaduais que deram suporte a essas experiências, no entanto, eram inconstitucionais, pois de acordo com o artigo 22, I, da Constituição Federal de 1988 é competência privativa da União legislar em matéria penal. Quem sustentava a constitucionalidade das leis estaduais invocava o artigo 24, I da CF/88, que coloca o Direito Penitenciário como matéria na qual a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente. Prevaleceu o entendimento de que as leis eram de fato inconstitucionais e foi preciso elaborar a Lei 12.258/10. A referida lei nacional acrescentou os artigos 146-B e 146-C à Lei de Execuções Penais. Passou-se a admitir o uso da monitoração eletrônica em duas possibilidades: saídas temporárias no regime semiaberto e em caso de prisão domiciliar. Na ocasião ocorreram vetos presidenciais, pois a redação original da lei previa o uso para o regime aberto, para as penas restritivas de direitos (conhecidas como penas alternativas), para o livramento condicional e o *sursis*. Nas razões apresentadas para este veto o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva trouxe importantes argumentos à colação:

19. Consideramos uma raridade esta política pois ela tem uma fundamentação jurídica e um texto de política. O relatório é emblematicamente intitulado "Choque de Justiça". (CNJ, 2017 a)

> "(...) a adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso". [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm]. Acesso em: 22.10.2017.[20]

No entanto, a ilegalidade segue sendo uma constante na monitoração eletrônica brasileira. Vejamos o discurso da principal empresa do ramo – SPACECOM – que tem 90% do total dos contratos do país, em sua página na Internet, logo no primeiro parágrafo de apresentação do serviço:

> "O Sistema de Acompanhamento de Custódia 24 Horas (SAC 24) (...) possibilita a imposição de penas alternativas e o acompanhamento do condenado em regime de livramento condicional, resultando em economia para o Estado e uma melhor possibilidade de reabilitação do indivíduo. Trata-se do único sistema nesta área com tecnologia nacional e com características voltados à realidade brasileira."[21]

Adiante, na mesma página o texto menciona a economia que o serviço representa pois: "Reduz custos da manutenção dos presos em regime aberto, semiaberto e indivíduos com prisão preventiva decretada"[22]. Percebe-se, pois, o descaso com as regras vigentes no país e uma contínua pressão para que sejam adaptadas aos interesses da empresa.

Desde o início do processo de introdução da monitoração eletrônica no Brasil registramos esta pressão exercida através dos meios de comunicação, o que também está relatado no texto de nossa pesquisa anterior sobre monitoração nas saídas especiais de presos (GPPC, 2011). Porém, a tão falada redução dos custos não é tão simples de se observar e exigiria estudos adicionais[23]. Apesar disso, a mídia

20. De alguma forma, os argumentos trazidos nestas razões de veto também servem para as saídas especiais de presos, segundo demostrou estudo realizado em 2008 pelo grupo de pesquisa que lideramos (GPPC, 2011).
21. [http://www.spacecom.com.br/?s=mon]. Acesso em: 03.02.2018.
22. [http://www.spacecom.com.br/?s=mon]. Acesso em: 03.02.2018.
23. Normalmente os trabalhos que mencionam a redução de custos são superficiais neste ponto, comparando cifras de países diferentes, sem considerar a forma com que são

anuncia seguidamente esta redução. Podemos citar, como exemplo, o seguinte trecho de matéria de jornal: "Enquanto o custo mensal por monitorado varia de R$ 167 a R$ 660 (média de R$ 301), no sistema prisional o gasto por detento vai de R$ 1.800 a R$ 4.000."[24] O que o jornalista não contabiliza é o fato de que estes controles não são excludentes e sim sobrepostos[25]. Não se está deixando de gastar os valores mais altos, correspondentes ao custo dos internos. Normalmente estes valores se somam, o que significa que estamos gastando R$ 167,00 mais R$ 1.800,00, na melhor das hipóteses.

Zaffaroni, no livro A Palavra dos Mortos, compara o sistema penal a um zoológico. Diz que ele não é um museu porque aquelas antiguidades todas não são coisas do passado e sim coisas do presente. Ele destaca o fato de que as estratégias punitivas não são abandonadas, elas são acrescentadas e utilizadas juntamente às mais antigas. Ele está falando com o leitor do seu Curso de Criminologia e diz:

> "(...) não se deve confundir este curso de criminologia teórica ou de palavras da academia com uma história da disciplina. A história importa o registro de fatos passados cujas consequências se projetam no pressente, mas o curso de criminologia se refere a fatos do passado que diretamente continuam presentes.
>
> Que nenhum de vocês ache que, ao conduzi-los pelas diferentes palavras da academia nessas conferências, eu os conduza pelos corredores e salas de um museu de teorias mortas. Não, vocês devem estar prontos para percorrer os

calculadas essas cifras. Para além do problema do cálculo do custo de um detento no sistema prisional, que varia enormemente de acordo com o regime e com outros tantos fatores, há uma dificuldade considerável para estimar-se o custo da monitoração. Alguns países computam nesses custos somente o aparelho (e isso depende da tecnologia empregada) e a instalação (Estônia, Luxemburgo, Escócia, Suécia), outros computam equipamento, instalação e a própria monitoração (França, Irlanda), muitas vezes discriminada como salário dos empregados ou custo com pessoal (Bélgica, Noruega, e outros ainda levam em conta o trabalho social realizado com os monitorados (Alemanha, Áustria), custos de deslocamentos (Noruega) a economia do uso da prisão (Portugal). (FALCONERY, 2013, p. 92, 93 e 94). Além disso também se pode computar nesses cálculos, a depender do regime jurídico de cada país, os pagamentos efetuados pelos "beneficiários", como é o caso do que já está ocorre hoje nos Estados Unidos.

24. [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151208_tornozeleiras_diagnostico_tg]. Acesso em: 08.09.2017.

25. Acreditar que a monitoração vai reduzir o custo com prisões é o mesmo que acreditar que as passagens aéreas vão baixar de preço com a cobrança adicional por bagagem, que foi a desculpa utilizada recentemente no Brasil para mais esta cobrança.

> caminhos de uma selva de discursos vivos e constantemente renovados, produzidos por corporações que lutam entre si para dar-lhes hegemonia, ao amparo de negociações com poderes sociais mais amplos." (2012, p. 72, 73)

Ainda sobre os custos, um aspecto da monitoração que não é referido na mídia, mas que aparece em trabalhos de pesquisa, é o fato de que no Brasil se utiliza a tecnologia mais cara, que é o GPS (*Global Positioning System*) ativo (data de 1997), enquanto a maior parte dos países europeus usa Radiofrequência, que é mais barata (FALCONERY, 2013, p. 92 e 93). A Radiofrequência é a primeira geração de dispositivos (data de 1988) e é usada em todo o mundo, geralmente em casos de prisão domiciliar, consistindo no uso de bracelete e tornozeleira associado a outro dispositivo fixo na casa, que capta os sinais do dispositivo e os envia à central, conectada à linha telefônica. Fica claro, portanto, que não é necessário o GPS ativo se a área de restrição é a residência do monitorado[26], como é o caso de 47,77% dos casos no Brasil, como veremos adiante.

No ano seguinte a Lei 12.403/2011 alterou vários artigos do Código de Processo Penal e inseriu entre as cautelares diversas da prisão a monitoração eletrônica[27]. A partir de então pode ser aplicada isolada ou cumulativamente – art. 282 – observados os requisitos constantes nos incisos do artigo citado:

---

26. Existe o GPS ativo e o GPS passivo, que também é uma opção, pois as informações não são transmitidas em tempo real, sendo armazenadas durante o dia. Um relatório é transmitido no dia seguinte por meio de uma linha telefônica. Pode-se saber onde o usuário esteve, fazer alertas e regular a medida. (OPPAGA, 2005, p. 2)

27. "Art. 319 – São medidas cautelares diversas da prisão:

    I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX – *monitoração eletrônica.*[grifos nossos]. (...)."

> "I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
>
> II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado."

É perceptível a preocupação com o enorme contingente de presos sem condenação, pois logo no primeiro artigo da Lei 12.403/2011 podemos notar a intenção do legislador em reforçar a ideia de que a prisão preventiva é um recurso extremo. Em seu parágrafo 6º consta a seguinte redação: "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." Porém, o artigo 312 continua permitindo aos juízes sustentar prisões invocando uma categoria notoriamente sem conteúdo, que é a garantia da ordem pública (LENGRUBER, 2013, p. 46).

> "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
>
> Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)".

Não há prazo fixado em lei para prisão preventiva no Brasil, mas o Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, elaborado pelo Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituído pela Portaria 606/2009, estabeleceu 105 dias como o prazo estimado para a duração razoável do processo. Ultrapassado este prazo sem que tenha havido a sentença condenatória, a prisão preventiva passaria a ser considerada ilegal e deveria ser providenciado o seu relaxamento (CNJ, 2009, p. 43). Também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CID) recomenda que as pessoas que não forem levadas a julgamento "em prazo razoável" devem ser colocadas em liberdade enquanto o processo continua. No entanto, ainda há muita dificuldade em se dizer o que é um prazo razoável. As 16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa, elaboradas por várias instituições que lutam pelos direitos humanos no Brasil, trazem uma proposta de 60 dias para a duração da prisão provisória, prorrogáveis, mas sem que se atinja a quantidade máxima de 6 meses (IBCCrim, 2017, p. 37), que é o mesmo patamar utilizado na Alemanha.

As mudanças na lei de outros países da América Latina podem oferecer algum parâmetro, como é o caso do México onde o prazo era de dois anos e foi reduzido

para um ano. Também a Colômbia opera com o prazo máximo de um ano e na Bolívia este é o prazo limite para denúncia, sendo o prazo limite para a sentença o de dois anos. No que tange à Bolívia, iniciativa que consideramos interessante para descongestionar o sistema foi a de acabar com as férias coletivas do Judiciário e arquivar inquéritos tramitando a um ano sem conclusão (CIDH, 2017, p. 37-49).

O Acordo de Cooperação assinado em abril de 2015 entre o CNJ e o Ministério da Justiça [28] estabeleceu uma série de cautelas e princípios que a monitoração deve respeitar, como o menor dano, a necessidade, a adequação e a provisoriedade. De acordo com termos deste acordo teriam prioridade a monitoração nas medidas cautelares diversas da prisão e nas medidas protetivas de urgência. Neste mesmo ano de 2015 já havia um grande número de pessoas monitoradas simultaneamente no Brasil. Ao todo eram 18.172, sendo que a previsão contratual era para uma capacidade de monitoração simultânea de 40.431 pessoas (BRASIL, 2015, p. 35).

Especificamente sobre o uso com vistas a reduzir as prisões provisórias, na medida da disponibilidade dos dados, percebemos que a monitoração não tem cumprido esta função, sendo mais aplicada àqueles que já foram condenados (86,18%). Para cumprimento de prisão domiciliar no regime aberto ela está imposta em 25,9% dos casos, para o regime semiaberto em prisão domiciliar, 21,87%, para o trabalho externo no regime semiaberto, 19,89%, nas saídas temporárias, 16,57%, no regime fechado cumprido em prisão domiciliar, 0,17%. Para as medidas cautelares diversas da prisão a monitoração foi observada em 8,42% dos casos. Percentual menor ainda se constatou para as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, 4,21% (BRASIL, 2015, p. 36).

De acordo com o próprio governo brasileiro:

> "Fica evidente que a monitoração eletrônica vem sendo utilizada de maneira tímida nas medidas cautelares diversas da prisão (8,42%). Isso indica que há 1.450 pessoas monitoradas em cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, *apresentando pouco impacto na redução do número de presos provisórios no país*." [grifos nossos]. (BRASIL, 2015, p. 37)

O Decreto 7.627/2011, que visou regulamentar a monitoração eletrônica no país pouco contribuiu para o seu objetivo declarado. Contudo, uma Resolução do Conselho de Política Penal e Penitenciária (CNPCP) – N. 5, de novembro de

28. [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/c302b2220bf84c22667d850a79d034b4.pdf]. Acesso em: 02.02.2018.

2017 – estabeleceu 12 princípios extremamente relevantes a serem observados no uso da monitoração[29], reiterando em grande parte o conteúdo do Acordo su-

29. "Art. 4º – São princípios que regem a aplicação e o acompanhamento da monitoração eletrônica:

I – Reserva da lei ou legalidade, pelo qual a medida de monitoração eletrônica não poderá ser aplicada em hipótese não prevista na legislação que implique em agravamento na condição processual ou de cumprimento de pena da pessoa submetida à medida, nem determinar restrições adicionais não previstas na legislação às pessoas monitoradas;

II – Subsidiariedade e intervenção penal mínima, pelo qual tanto a prisão quanto a monitoração eletrônica devem ser entendidas como medidas excepcionais, restringindo-se às mais graves violações de direitos humanos e ao mínimo necessário para fazer cessar a violação, privilegiando-se sempre que possível a aplicação de medidas menos gravosas;

III – Presunção de inocência, pelo qual a aplicação da medida cautelar não pode assumir o sentido de punição, devendo-se garantir a plena defesa e o devido processo legal antes da aplicação de sanções;

IV – Dignidade, pelo qual a aplicação da medida não poderá ensejar formas degradantes de cumprimento ou o desrespeito a direitos fundamentais;

V – Necessidade, pelo qual a medida somente poderá ser aplicada quando a vigilância eletrônica da pessoa for considerada imprescindível, a partir da avaliação no caso concreto, demonstrada a insuficiência de medidas menos gravosas para a tutela judicial pretendida;

VI – Adequação social, pelo qual deve-se avaliar a plena capacidade e as condições de cumprimento pela pessoa a cumprir, considerando horários e demais elementos relativos a condições sócio- familiares e de trabalho, saúde, crença religiosa, estudo, entre outros;

VII – Adequação jurídica, pelo qual a medida cautelar de monitoração eletrônica não deverá ser aplicada em casos nos quais eventuais condenações futuras não ensejarão o cumprimento de pena privativa de liberdade;

VIII – Provisoriedade, pelo qual as medidas devem perdurar por prazo razoável quando aplicadas na fase de conhecimento, devendo ser revogadas sempre que se mostrarem inadequadas ou desnecessárias".

IX – Individualização da pena ou da medida, pelo qual deve-se considerar as particularidades de cada pessoa a cumprir, com reconhecimento de trajetórias e potencialidades individuais;

X – Normalidade, pelo qual as restrições impostas nas medidas devem se ater ao mínimo possível e necessário à tutela do provimento judicial, assegurando-se o menor de prejuízo possível à rotina normal da pessoa monitorada eletronicamente;

XI – Proteção de dados, pelo qual os dados coletados nos serviços de monitoração eletrônica são considerados dados pessoais sensíveis, em virtude de seu potencial lesivo e discriminatório, devendo receber tratamento e proteção adequados; e

pracitado. Além disso, com a resolução, regulamentou-se o funcionamento das centrais e enfrentou-se o problema do sigilo dos dados das pessoas monitoradas, a fim de que a monitoração não seja um elemento de seletividade e risco para elas.

4. Considerações finais

No decorrer de nossa investigação sobre o problema prisional e sobre a aparente alternativa da monitoração eletrônica, observamos alguns aspectos que são no mínimo desconfortáveis para os arautos desta forma de controle, e deles trataremos nestes últimos parágrafos.

A monitoração é invocada como uma solução para três décadas de acúmulo de problemas no sistema prisional brasileiro, mas raramente os seus defensores explicitam sua finalidade e seus resultados. Neste sentido nossa advertência aqui é de que não se pode pretender resolver um problema de política criminal com uma "solução" técnica. Do que serve, na verdade, saber da localização de uma pessoa? Esta pergunta deve ser respondida toda vez que um juiz estiver diante da decisão de utilizar a monitoração eletrônica.

Desde 2011 há possibilidade de monitoração entre as medidas de cautelares diversas da prisão, mas o percentual de utilização para esta finalidade em 2015 era de apenas 8,42%. É perceptível, portanto, a não adequação da estratégia para a redução dos presos provisórios, que aliás permanecem no mesmo patamar de 40%, mas isso não diz respeito somente à monitoração, pois depende também das prisões realizadas pela polícia, que é mais produtiva para "crimes" mais visíveis e já tem um público bem definido no Brasil, que é a juventude pobre e negra das periferias urbanas. Contudo, a compreensão deste resultado depende de uma análise mais detalhada das medidas cautelares que estão sendo aplicadas, porque a monitoração não é a única resposta, e ela pode ser aplicada sozinha ou cumulativamente. Ou seja, as outras medidas cautelares quando aplicadas podem ser suficientes sim, dispensando-se a monitoração.

O grande percentual de presos provisórios que observamos viola o princípio da presunção de inocência, e até o momento isso só se explica pela dificuldade de superação do senso comum encarcerador dos operadores do sistema. Além disso, as estratégias desencarceradoras costumam incendiar o discurso da impunidade e do medo, como ocorreu quando a Nova Lei das Cautelares foi

XII – Menor dano, pelo qual os serviços de monitoração eletrônica deverão buscar minimizar os danos físicos, psicológicos e sociais causados pela utilização do equipamento e pelas restrições que as medidas impõem."

promulgada, quando foi anunciada pela mídia, apressadamente, a soltura de milhares de presos que, é claro, nem se confirmou.

Notamos que, ao mesmo tempo em que o sistema brasileiro possui regras e procedimentos bem definidos, voltados para a contenção dos problemas já identificados, algumas convenientes imprecisões persistem, como é o caso da não definição de prazos para as prisões provisórias, o que não se coaduna com a anunciada busca da razoável duração do processo. Esse problema é do Poder Legislativo, mas é também do Poder Judiciário, que mantém súmulas que impedem a soltura por excesso de prazo.

Contudo, a expansão do controle é uma realidade no que se refere aos presos condenados, e representa a consolidação da lógica privada nas respostas públicas ao problema delitivo. Há que se respeitar o aspecto público estatal do controle dos conflitos, pois a iniciativa privada visa lucro e este não pode ser auferido da sanção criminal.

No texto das 16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa (IBCCrim, 2017) a primeira medida é a análise do impacto econômico de alterações legislativas penais. Seria muito importante que estudos de avaliação e controle da estratégia que estamos discutindo fossem realizados. Na sua falta ou escassez, chama atenção o fato de que estados brasileiros no ano de 2016 já estavam com dívidas milionárias com a empresa SPACECOM, como é o caso do Rio de Janeiro e de Goiás[30].

Também é importante destacar que os defensores da monitoração e os discursos públicos sobre ela normalmente são cheios de cuidados e adaptações que tornariam o dispositivo menos agressivo[31], porém, tais cuidados vão tornando a estratégia

30. Fornecedor de tornozeleiras diz que só entrega se RJ pagar o que deve. [http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/fornecedor-de-tornozeleiras-diz-que-so-entrega-se-rj-pagar-o-que-deve.html]. Sem tornozeleiras, mais de 900 pessoas voltam para as ruas no RJ [http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/sem-monitoramento-mais-de-900-pessoas-voltam-para-ruas-no-rj.html]. Presos em Goiás também estão sem tornozeleira eletrônica: assim como Rio de Janeiro e São Paulo, presos beneficiados com liberdade monitorada não tem acesso aos equipamentos. Motivo é a falta de pagamento para empresa [http://www.opopular.com.br/editorias/cidade/presos-em-goi%C3%A1s-tamb%C3%A9m-est%C3%A3o-sem-tornozeleira-eletr%C3%B4nica-1.1113559].

31. "Basta que os fabricantes façam pequenas adaptações aos artefatos utilizados para a monitoração para que eles se tornem praticamente imperceptíveis ao convívio social. Isso para não mencionar a nanotecnologia, a qual pode reduzir materiais a proporções invisíveis ao olho humano" (OLIVEIRA, 2012, p. 118).

mais cara e, assim, menos atraente. Também não se pode conduzir um processo de vigilância pensando-se em produtividade, como foi registrado no primeiro diagnóstico realizado no Brasil após a implantação do controle eletrônico de liberdade[32].

A monitoração representa, também, uma expansão dos mecanismos punitivos para o universo extramuros. Isso pode significar, inclusive, alcançar novos grupos de desviantes, como se vê no Brasil hoje, em tempos de Operação Lava Jato. Este controle que se expande rapidamente em nosso país tem sido chamado, inclusive, de "prisão virtual". Bauman e Lyon (2013) trabalham, a propósito, o conceito de vigilância líquida, pois além das fronteiras físicas existem agora as fronteiras virtuais. É a fluidez dos limites do controle.

A monitoração cria, então, uma categoria intermediária entre a prisão e a soltura que pode ter um efeito de acalmar os ânimos daqueles que reclamam de que não há nenhuma providência sendo tomada – os famosos "cidadãos de bem". Esta categoria intermediária incrementaria uma função simbólica do Direito Penal – prevenção geral positiva – enquanto há, de outra parte, uma enorme carência de funções reais, como evitar agressões a pessoas ameaçadas.

Para além dos limites da monitoração descritos neste texto subsiste ainda uma dimensão aflitiva, que é a própria presença do controle e, até onde sabemos, de seus "inconvenientes" reais, como são os choques, as queimaduras, os constantes apitos das tornozeleiras e a necessidade de se ficar preso a tomadas para dar carga aos dispositivos. Desta dimensão aflitiva não parecem estar isentos, nem os presos condenados, nem os provisórios.

5. Referências

ALBRECHT, Hans-Jörg. *Seminário internacional: resolução alternativa de litígios em uma era de encarceramento e supervisão em massa*. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2016.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Vigilância líquida*. Buenos Aires: Paidós, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Nova lei peca nas chances de detração penal. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2011-jul-01/nao-detracao-casos-cautelar-aplicada-distinta-prisao]. Acesso em: 15.04.2012.

32. "Algumas centrais também trabalham com metas. O plantão que cuida do monitoramento pode ser avaliado por produtividade. (...) Em algumas situações, um bom dia de trabalho em termos de produtividade pode ser aquele que apresenta muitas violações e, portanto, muitos acionamentos da polícia." (BRASIL, 2015, p. 46)

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, jun.-2014. Brasília: DEPEN, Ministério da Justiça. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 18.08.2014.

BRASIL. A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

BRASIL. Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN, dez.-2014. Brasília: DEPEN, Ministério da Justiça. Disponível em: [http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/fcba53db-0aee-46fa-a49d--ff22326f9781] . Acesso em: 23.01.2018.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, dez.-2015. Brasília: DEPEN, Ministério da Justiça, 2017. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 23.01.2018.

BRASIL. Manual de Gestão para Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas. Brasília: Ministério da Justiça, 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Plano de gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal. Brasília: CNJ, 2009. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/plano-gestao-varas-criminais-cnj.pdf]. Acesso em: 30.10.2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Reunião especial de jurisdição. Brasília: CNJ, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Choque de justiça. Reunião especial de jurisdição. Relatório final. Brasília: CNJ, 2017a.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017b.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/4269e81937d899aa6133ff6bb524b237.pdf]. Acesso em: 02.02.2018.

GLOBO. Fornecedor de tornozeleiras diz que só entrega se RJ pagar o que deve. Disponível em: [http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/fornecedor-de-tornozeleiras-diz-que-so-entrega-se-rj-pagar-o-que-deve.html].

GLOBO. Sem tornozeleiras, mais de 900 pessoas voltam para as ruas no RJ. Disponível em: [http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/sem-monitoramento-mais-de-900-pessoas-voltam-para-ruas-no-rj.html].

GRUPO DE PESQUISA POLÍTICA CRIMINAL (GPPC). ZACKSESKI, Cristina; VIEIRA, Carolina Luiza Sarkis; POLACO, Jussara; FERREIRA, Edson; PACHECO, Joselito; MAIA, P.; BEDENDO, Luís Carlos; COSTA, Sílvia Maria Brito; PORTO, Renata; JAMAR, I. O uso da tecnologia na segurança pública: um estudo sobre monitoramento eletrônico de liberdade nos saidões de presos no Distrito Federal. *Discursos Sediciosos*, v. 17/18, p. 91-111. Rio de Janeiro, 2011.

IBCCRIM; Juízes para a democracia; CEDD/UNB; Pastoral carcerária. *Caderno de Propostas Legislativas*: 16 medidas contra o encarceramento em massa. 2017.

LENGRUBER, Julita et. alli. *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro*. Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: CESEC, 2013.

LOTKE, Erick. A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 24. São Paulo: Ed. RT, out.-dez., 1998.

MACIEL, Welliton Caixeta. Os "Maria da Penha": uma etnografia de mecanismos de vigilância e subversão de masculinidade violentas em Belo Horizonte. *Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)*. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

MALAGUTI, Vera. São as prisões que produzem as facções. Disponível em: [http://anovademocracia.com.br/no-184/6825-vera-malaguti-sao-as-prisoes-que-produzem-as-faccoes]. Acesso em: 05.09.2017.

OLIVEIRA, José Roberto Rochel de. *A monitoração eletrônica como medida cautelar no processo penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012.

OPPAGA – Office of Program Policy Analysis & Government Accountability. Electronic Monitoring Expanded to Target Communities' More Dangerous Offenders. Boletim n. 05-19. Disponível em: [www.oppaga.state.fl.us/reports/pdf/0742rpt.pdf]. Acesso em: 23.08.2017.

PASTORAL CARCERÁRIA. Prisões privatizadas no Brasil em debate. São Paulo: ASAAC, 2014. Disponível e: [http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Relatório-sobre-privatizações.pdf]. Acesso em: 20.12.2017.

POPULAR. *Presos em Goiás também estão sem tornozeleira eletrônica*: assim como Rio de Janeiro e São Paulo, presos beneficiados com liberdade monitorada não tem acesso aos equipamentos. Motivo é a falta de pagamento para empresa. Disponível em: [http://www.opopular.com.br/editorias/cidade/presos-em-goi%C3%A1s-tamb%C3%A9m-est%C3%A3o-sem-tornozeleira-eletr%C3%B4nica-1.1113559].

SALLA, Fernando. Rebelião na Ilha Anchieta em 1952 e a primeira grande crise na segurança pública paulista. *Dilemas*, vol. 8, n. 4. Rio de Janeiro: UFRJ, 2015, p. 633-658.

TRALDI, Maria Teodora de Farias; ZACKSESKI, Cristina. A prisão preventiva como fundamento na garantia da ordem pública: o caso Nardoni. In: LEUZINGER, Márcia Dieguez; HORBACH, Carlos Bastideh (Orgs.). *Estudos de Direito e Políticas Públicas*. 1. ed. Brasília: Uniceub, 2013, v. 1, p. 125-150.

TEIXEIRA, Gabriela Haddad. *O Projeto de Lei 554/2011 do Senado Federal brasileiro e a regulamentação da audiência de custódia*. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília. Orientador: Cristina Maria Zackseski. 2015.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; PAXÁ, Emerson P. de Oliveira. Não há masi como sustentar a aplicação das Súmulas 21 e 52 do STJ. *Consultor Jurídico*, 16.08.2016. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/nao-sustentar-aplicacao-sumulas-21-52-stj]. Acesso em: 22.01.2018.

ZACKSESKI, Cristina. O *problema dos presos sem julgamento no Brasil*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2010.

ZACKSESKI, Cristina. Sistema prisional brasileiro: uma análise dos dados sobre as condições de encarceramento no início do século XXI. *Anais do XX CONPEDI* Vitória-ES, 2011.

ZACKSESKI, Cristina. Fragmentos do jogo político-criminal brasileiro. In: MACHADO, Bruno Amaral (Org.). *Justiça criminal e democracia*. 1. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2013, v. 1, p. 263-288.

ZACKSESKI, Cristina; GOMES, Patrick Mariano. O que é ordem pública no sistema de justiça criminal brasileiro? *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 10, p. 110-127. São Paulo, 2016.

ZACKSESKI, Cristina Maria; MACHADO, Bruno Amaral; SOARES, Gabriela Moreira de Azevedo. O encarceramento em massa no Brasil: uma proposta metodológica de análise. *Critica Penal y Poder*, v. 12. Barcelona: Universidade de Barcelona, 2017. p. 269-289.

ZACKSESKI, Cristina Maria. Relatos sobre a Consultoria Giuliani na Cidade do México. Um exemplo para o Rio de Janeiro? *Anais do CONPEDI XIX*. Fortaleza-CE, 2010. p. 860-889.

ZACKSESKI, Cristina Maria; REZENDE, Beatriz Ramos Vargas de. Prisões brasileiras: Elementos para reflexão sobre o descumprimento da lei pelo próprio Estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 139, p. 143-170. São Paulo: Ed. RT, jan. 2018.

ZACKSESKI, Cristina. Relações de trabalho nos presídios. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, v. 23, p. 31-53. Brasília, 2002.

ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro C. Piza. Garantismo e eficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana. In: Universidade Federal de Uberlândia (Org.). *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI UFU*. XXI ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 7112-7143.

ZACKSESKI, Cristina. A *construção do conceito de ordem pública nas políticas de segurança dos Distritos Federais do Brasil e do México* (1980-2005). Tese de Doutorado. Brasília: UnB, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento, de Carlo Velho Mais – *RT* 960/77-120 (DTR\2015\13234);
- A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da Comarca de Porto Alegre, de Vanessa Chiari Gonçalves – *RBCCrim* 143/221-244 (DTR\2018\12751);
- O monitoramento eletrônico e os direitos e garantias individuais, de Juliana Burri – *RT* 904/475-493 (DTR\2011\1186); e
- O sistema de monitoramento eletrônico à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, de Gisele Mendes de Carvalho e Thaís Aline Mazetto Corazza – *RT* 945/197 (DTR\2014\3028).

Imposición y determinación de la pena juvenil en Alemania

Imposition and determination of juvenile punishment in Germany

Jaime Couso Salas

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales (Chile), e Investigador y Director del Programa de Justicia Juvenil del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI).
jaime.couso@mail.udp.cl

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Infância e Juventude

Resumen: El artículo analiza los criterios de imposición y determinación de la extensión de la pena juvenil en el derecho penal juvenil alemán. Su interés deriva de que, para buena parte de los sistemas de justicia penal de adolescentes de América Latina, el derecho alemán es en alguna medida el *derecho madre*, cuya dogmática y jurisprudencia se ha elaborado y perfeccionado a lo largo de más de un siglo de reflexión académica y práctica. El análisis se centra en la pena juvenil privativa de libertad, cuya imposición supone la decisión más sensible para cualquier sistema de derecho penal juvenil, una vez abolida la pena de muerte.

Palabras clave: Derecho penal de adolescentes – Sanción privativa de libertad – Derecho comparado – Derecho alemán.

Abstract: The piece analyzes the criteria for sentencing a juvenile to incarceration and for determining the length of this sentence, under German juvenile criminal law. Its interest lays in the fact that, for most of Latin American juvenile justice systems, German law stands to some extent as their *mother law*, whose legal doctrine and case law has been developed and refined for more than a century of scholarship and practice. The analysis is focused on juvenile incarceration, the most sensitive decision on sentencing for any juvenile justice system, once the capital punishment has been abolished.

Keywords: Juvenile criminal law – Incarceration sentence – Comparative law – German law.

Sumário: 1. Introducción. 2. La pena juvenil y su especialidad, desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena. 3. Dos criterios independientes y contrapuestos de imposición de la pena juvenil (§ 17 JGG). 4. Límites y criterios de determinación de la duración de la pena juvenil (§ 18 JGG). 5. Práctica judicial. Bibliografía.

1. Introducción

Este[1] trabajo se propone dar cuenta, de forma sintética, del tratamiento que el derecho penal juvenil alemán da a los criterios de imposición y de determinación de la cuantía de la pena juvenil. Esa sanción, contemplada en la Ley de Tribunales Juveniles (JGG), consiste en la privación de libertad en un centro de carácter cerrado y, siendo la única consecuencia jurídica a la que se considera "pena criminal", cuenta con criterios de imposición y determinación concreta específicos, que no se aplican a las demás consecuencias que la JGG contempla para la responsabilidad penal juvenil (las medidas educativas y los medios disciplinarios).

Dada la influencia que la dogmática penal alemana tiene en el derecho penal de los países de Iberoamérica, y considerando que cuenta con casi un siglo de desarrollo doctrinario y jurisprudencial, su estudio parece de interés para iluminar el debate doctrinario sobre la determinación de las penas de adolescentes en los países del espacio iberoamericano, considerando además que para varios de ellos el derecho penal juvenil alemán representa en alguna medida el *derecho madre* de varias de sus instituciones.

2. La pena juvenil y su especialidad, desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena

No obstante su carácter autónomo frente a las reglas del derecho penal aplicable a los mayores de edad, la pena juvenil, consistente en la privación de libertad en un establecimiento penitenciario juvenil (es decir, en régimen cerrado), es una consecuencia jurídica que cabe calificar como "pena criminal", lo que la acerca en buena medida a la pena de prisión, propia del ordenamiento penal general (BUCKOLT, 2009: 34-35). La autonomía se expresa en sus presupuestos y reglas de ejecución propios, y se vincula con la *concepción educativa* (*Erziehungsgedanken)* que, de conformidad con la ley (§ 2.1 JGG), debe orientar todas las consecuencias jurídicas impuestas a un adolescente, con el objetivo de que no perpetre nuevos delitos (EISENBERG, 2017: § 17 nm 4); pero su condición de "pena criminal" vuelve relevantes – si bien no plenamente trasplantables – los planteamientos generales de la teoría sobre los fines de la pena, desarrollada para el derecho penal general (BUCKOLT, 2009: 35).

Con todo, precisamente es objeto de debate en la doctrina penal alemana en qué medida los diversos fines de la pena predicados para la prisión (como pena

1. Trabajo preparado en el marco del proyecto "Estándares Comunes y Regulación Modelo para Iberoamérica sobre Determinación y Revisión Judicial de Sanciones", impulsado por el Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI).

del derecho penal general) son aplicables a la pena juvenil. Si bien no cabe duda de que la prevención especial positiva, asociada a los propósitos de la *concepción educativa* en que se fundaría esta rama, desempeña un papel en el derecho penal juvenil, tal como también ocurre – si bien, en menor medida – con el derecho penal de adultos (pese a la crisis de la idea de resocialización), hay discusión acerca de si la retribución y la prevención general (a las que habría que añadir la prevención especial negativa) pueden considerarse fines de la pena juvenil (EISENBERG, 2017: § 17 nm 5 y ss.).

La compensación de la culpabilidad, propia de la concepción retributiva, desempeñaría más bien una función de límite, para evitar una sanción que pudiere estar indicada desde el punto de vista de los fines de la concepción educativa pero que sería desproporcionadamente intensa en atención a la magnitud de la culpabilidad (EISENBERG, 2019: § 17 nm 25). Sin embargo, en casos muy graves, también estaría permitido tener en cuenta "de modo adecuado" el interés en la retribución o compensación de la culpabilidad para la determinación de la duración de la pena juvenil (ibíd.: § 18 nm 38).

En relación con la prevención general, la opinión ampliamente mayoritaria en Alemania se pronuncia en contra de considerarla como un fin de la imposición y determinación de la pena juvenil, especialmente por lo que atañe a su variante *negativa*, de intimidación general; sin embargo una opinión relevante considera que la prevención general positiva, que asigna a la pena una función "estabilización de la norma" y de "preservación del derecho", tiene un papel, en general, detrás de apelaciones a la compensación de la culpabilidad y la retribución (STROBEL, 2006: 125 y ss.).

Por su parte, la prevención especial negativa, en su primera variante, de "aseguramiento de la sociedad" (asociada a la noción Liszteana de *inocuización*), ha sido invocada por parte de la literatura como un criterio de imposición de la pena juvenil basada en las *tendencias nocivas*,[2] dado que la justificación preventivo especial-positiva – conforme a la cual la pena juvenil buscaría rehabilitar al adolescente eliminando esas tendencias – ya no podría ser invocada tras el reconocimiento del fracaso del ideal de rehabilitación en establecimientos carcelarios (STROBEL, 2006: 83 y ss., citando críticamente a Dünkel). Sin embargo, esa finalidad, que en realidad solía operar más bien en el ámbito de la ejecución de la pena, como un razón para evitar conceder una *medida de relajación* (*Lockerungsmaβnahme*) de la ejecución penal, sufrió una relativa degradación a partir de la decisión

2. Ésta es, en el § 17 de la JGG, una de las dos hipótesis alternativas que permiten imponer la pena juvenil; siendo la otra, la *gravedad de la culpabilidad*; v. *infra*, en el texto principal.

del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) de 31 de mayo de 2006, que reconoció como único *fin* de la ejecución la *integración social* (*Integrationsziel*) – es decir, que el adolescente alcance "una vida futura sin delitos, en libertad" – y calificó al aseguramiento de la colectividad sólo como una *tarea* (no un *fin*) que únicamente es lícito pretender alcanzar precisamente a través de la búsqueda consistente de la integración social del adolescente condenado (v. COUSO, 2013: 389 y ss.). El papel de la *tarea* de aseguramiento de la sociedad, en todo caso, seguramente seguirá siendo debatido, dado su reconocimiento como *fin* en varias de las nuevas leyes estaduales de ejecución penal juvenil,[3] y atendido que el BVerfG no resolvió, en la práctica, su papel concreto durante la ejecución.[4]

Por último, por lo que respecta a la segunda variante de la prevención especial negativa, de la intimidación individual del condenado, si bien en alguna decisión del Tribunal Supremo Federal se la ha considerado para determinar la duración de la pena juvenil, prácticamente no desempeña un rol directo como criterio para la imposición y determinación de esa sanción en la doctrina ni en la jurisprudencia, pero precisamente sí parece desempeñarla – con una función de advertencia – como criterio para decidir si acaso suspender la ejecución de la pena juvenil a prueba (STROBEL, 2006: 159-160).

3. Dos criterios independientes y contrapuestos de imposición de la pena juvenil (§ 17 JGG)

De acuerdo con el § 17 de la JGG, el tribunal puede imponer la pena juvenil, sea "cuando debido a las tendencias dañinas del adolescente, puestas de relieve en el hecho, no son suficientes medidas educativas o medios disciplinarios", o bien "cuando la pena es necesaria debido a la gravedad de la culpabilidad" (lo que supone también un delito muy grave). Además de estar facultado para imponerla por cualquiera de esas dos razones, alternativamente, el tribunal con frecuencia impone la pena juvenil en base a ambas razones, conjuntamente. De acuerdo con

3. Dictadas en cumplimiento de la exigencia que la sentencia del BVerfG impuso a los estados federados (competentes, desde la reforma al federalismo del mismo año 2006, para legislar sobre la ejecución penal de adultos y adolescentes) de promulgar leyes de ejecución penal juvenil autónomas, que debían estar vigentes a más tardar el 1º de enero de 2008, obligación con la que efectivamente cumplieron.

4. Y es que el *ruling* del BVerfG sólo se refiere al *fin* de la ejecución hacia el futuro, perspectiva en la que efectivamente coinciden el fin de la resocialización del adolescente y la *tarea* de proteger a la colectividad, convirtiéndose la resocialización en la manera de dar protección a las víctimas (potenciales). Sin embargo, en relación con el papel del *fin* y de la *tarea* en la perspectiva actual, del momento en que la pena se está ejecutando, el BVerfG nada dice (así, críticamente, OSTENDORF, 2007: 110).

una investigación publicada el año 2009, en el 70% de los casos, la pena juvenil se imponía por tendencias dañinas; en un 15%, por la gravedad de la culpabilidad; y en el 15% restante de los casos, por ambas razones (BUCKOLT, 2009: 36).

El criterio de imposición de la pena juvenil de las *tendencias nocivas* (*schädliche Neigungen*),[5] que da lugar a lo que se denomina la *pena educativa*, dice relación con el peligro de que sin una *educación integral* de más larga duración el adolescente "seguirá perturbando a la comunidad jurídica a través de nuevos delitos" (BUCKOLT, 2009: 36[6]). Si bien esa fundamentación original aún se mantiene, a partir del año 2002 se impuso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) la exigencia de que se trate de delitos *considerables* (*erheblich*) de modo que el mero peligro de reiteración no bastaría si se trata de delitos leves (BUCKOLT, 2009: 37), lo que viene a innovar en relación con el criterio aplicado hasta hace unas tres décadas por los tribunales alemanes, sobre todo en el caso de adolescentes autores de hurtos con (varias) condenas anteriores por delitos similares, quienes podían quedar sujetos por ese motivo a la *pena educativa* (STROBEL, 2006: 71-72). Así, la pena juvenil fundada en este primer criterio del § 17 no es admisible, no obstante la presencia de un déficit de personalidad que dé cuenta de una mayor *necesidad educativa* (por ejemplo por existir un claro pronóstico de reincidencia), si su imposición (o duración concreta) habría de superar la medida de la culpabilidad por el hecho (BURSCHEIDT, 2000: 88; KEISER, 2008: 54-55, citando en ese sentido un fallo del BGH).

Aún con esa limitación, desde hace años la *pena educativa* es objeto de una muy enérgica y extendida crítica en Alemania, y existe a estas alturas un amplio acuerdo sobre la necesidad de su modificación (que ya sería ineludible tras las nuevas directrices europeas de 2016[7]; así, EISENBERG, 2017: § 17 nm 18[8]) o, derechamente, de su derogación[9]. Esta última disyuntiva, que puede tener interés para la discusión acerca de los estándares normativos que sería recomendable que los países iberoamericanos siguieran en la materia, se plantea en los

5. Tomado del derecho austríaco e incorporado en la JGG en 1943, en los últimos años del nacionalsocialismo (BUCKOLT, 2009, 36).
6. Citando la vieja directriz ministerial para la aplicación de la respectiva disposición de la JGG del Imperio.
7. Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.
8. Pero sin dar detalles sobre qué regla de la Directiva se vería incumplida con la persistencia del criterio de las *tendencias nocivas*.
9. Propuesta desde hace años en los Congresos de la Asociación de Jueces Juveniles y de la Asistencia Judicial Juvenil (Albrecht, H.-J., 2002: 153).

siguientes términos: parte de la doctrina sostiene que, habida cuenta del carácter "científicamente insostenible, jurídicamente indeterminado y socialmente estigmatizante" (ALBRECHT, P.-A., cit. por Buckolt, 2009: 39) de esta primera hipótesis de imposición de la pena juvenil, ésta sólo debe ser impuesta en base a la segunda hipótesis, es decir, como una *pena de culpabilidad* – basada en la gravedad de la culpabilidad del adolescente por el (grave) delito perpetrado – dejando así a la concepción educativa, con su orientación a fines preventivo-especial positivos sólo como un límite de la pena, por ejemplo, como una razón a favor de la suspensión condicional de su ejecución (así, ALBRECHT, H.-J., 2002: 153 y ss.). Otra parte de la doctrina entiende que, habida cuenta de que "es indispensable interrumpir las carreras criminales a través de [alguna forma de] internación en régimen cerrado, cuando el autor no se somete a instituciones ambulatorias", entonces debe mantenerse la *pena educativa*, pero modificando sus condiciones de ejecución y los centros en que se cumplan, de modo que se correspondan mejor – que los centros penitenciarios – con el cometido pedagógico de la ayuda social y la resocialización (STRENG, cit. por Buckolt, 2009: 41).

Con todo, mientras no se dé lugar a esa reforma legal, la persistencia de la "pena educativa" en establecimientos penitenciarios plantea a los tribunales en el plano de la interpretación de *lege lata* una cuestión de fondo: si acaso pueden y deben poner en duda, en casos concretos, el presupuesto básico de la pena educativa, a saber, la idoneidad del encierro para promover una vida futura sin delitos. Si bien ello en último término se traduce en una cuestión empírica, se ha criticado la pertinencia de negar de modo absoluto, en sede judicial, la capacidad de la privación de libertad para reducir la reincidencia, bajo el supuesto de que los tribunales estarían obligados "en el marco del principio de proporcionalidad... en cada *caso particular* de una condena, a revisar la idoneidad y necesidad de ese tipo de pena" (STROBEL, 2006: 103). En tal sentido, se debería deferencia a la "ficción de eficacia educativa" de la pena juvenil asumida por el legislador (STROBEL, 2006: 98-99),[10] ficción que fue considerada constitucional por una controvertida decisión del Tribunal Superior de Schleswig.[11]

10. Ficción implícita en el parágrafo 18 JGG, conforme al cual "la pena juvenil debe medirse de tal manera que haga posible el necesario efecto educativo" ["Die Jugendstrafe ist so zu bemessen, daß die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist"], así como también en el parágrafo 17 JGG que faculta al tribunal para imponer la pena juvenil "educativa" cuando a causa de las tendencias dañinas del adolescente, las "medidas educativas" y los "medios disciplinarios" "...no son suficientes para la educación (del adolescente)" ["zur Erziehung nicht ausreichen"].

11. Según la cual, no corresponde a los tribunales "negar la eficacia vinculante de un mandato inequívoco del legislador por el hecho de que el Ejecutivo no haya adoptado las

Por su parte, la segunda hipótesis del § 17, que da lugar a la *pena de culpabilidad*, si bien no es objeto de crítica de *lege ferenda*, sí ha dado lugar a una importante discusión de *lege lata*. El punto de partida, apoyado en la expresa referencia a la subsidiariedad de la pena de culpabilidad – esta sanción sólo puede imponerse cuando la gravedad de la culpabilidad lo haga *indispensable* – es el reconocimiento de que su imposición debe atender, además de a la medida de la culpabilidad, a fines adicionales. En este contexto se plantea, en primer lugar, la pregunta de si la concepción educativa, con su apelación a fines preventivo-especial positivos, es un criterio a tener en cuenta de modo central también en esta segunda hipótesis del § 17, como lo era en la primera (STROBEL, 2006: 118-119). La opinión mayoritaria se pronuncia en contra de ello, dado que el tenor literal de la disposición establece una clara disyuntiva entre la pena educativa – orientada a fines preventivo-especial positivos – y la pena de culpabilidad – indicada sólo cuando la medida de la culpabilidad lo hace indispensable (STROBEL, 2006: 120); es decir, en tal caso puede o debe imponerse la *pena de culpabilidad* aún si no es necesaria por razones educativas. Pero otra corriente doctrinaria, siguiendo la tendencia de la jurisprudencia de los tribunales superiores (EISENBERG, 2017: § 17 nm 34) considera que la concepción educativa sí debe tenerse en cuenta al decidir si es necesario imponer la pena de culpabilidad, opinión que seguramente crecería en importancia si una reforma legal eliminase la *pena educativa*.[12]

Más allá de las referencias – minoritarias, en este contexto – a la *concepción educativa*, y sobre todo para la opinión contraria a su pertinencia como criterio

medidas necesarias para su implementación", a menos que la decisión fundamental del legislador sea inconstitucional, es decir, que "el sentido y finalidad de una norma, subyacentes al propósito del legislador, en la práctica no sean realizables en absoluto en el largo plazo, a causa de la omisión de las medidas ejecutivas necesarias para alcanzarlos en un grado suficiente, de modo que [ese sentido y finalidad] quedan en el vacío como un programa utópico, irreconciliable con la realidad" (Strobel, 2006: 98-99) [el texto original de los fragmentos de la decisión, antecedidos e intercalados por las aclaraciones de la autora, es el siguiente: "Es ist nicht Sache der Gerichte, 'einem eindeutigen Gesetzbefehl deshalb die Gefolgschaft zu versagen, weil die Executive nicht die zu seiner Durchführung erforderlichen Mittel bereithält'. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn insoweit eine verfassungswidrige Grundentscheidung des Gesetzgebers vorläge, d.h., 'der mit der gesetzgeberischen Idee vorgegebene Sinn und Zweck einer Norm mangels hierfür erforderlicher ausreichender executiver Ma nahmen auf Dauer schlechthin nicht in die Tat umgesetzt werden kann, also als utopischer Programmsatz realitätsfeindlich gleichsam im lufteren Raum stehen bleibt'"]. Este estándar para declarar la inconstitucionalidad – de la penal juvenil *educativa* – es considerado demasiado alto por parte de la doctrina; así, por ejemplo, Schüler-Springorum (cit. por Strobel, 2006: 99).

12. V. la referencia a Schöch, en Buckolt (2009: 41 n.63).

para decidir la imposición de la *pena de culpabilidad*, una segunda discusión se refiere a qué otros fines deben ser tenidos en cuenta, fuera de la gravedad de la culpabilidad. Una dirección doctrinaria considera que esos fines son los que afirman las doctrinas de la prevención general positiva (STROBEL, 2006: 135). De acuerdo con esta perspectiva, la gravedad de la culpabilidad hace imprescindible la pena juvenil cuando renunciar a ella en favor de medidas educativas o medios disciplinarios plantearía en una contradicción insoportable con el sentimiento de justicia general, o bien, sería del todo incompresible para la sensibilidad jurídica (así, SCHAFFSTEIN/BEULKE y OSTENDORF, respectivamente, citados por Buckolt, 2009: 42); ello ocurriría, por ejemplo, en el caso de "la perpetración de un homicidio brutal a una persona indefensa [...], aun si el adolescente por lo demás se encuentra bien socializado y habilitado, pues el significado del comportamiento que infringe la norma es de tales dimensiones, que el crimen del hechor adolescente – aun cuando a él, por sus condiciones de desarrollo, se le puede efectuar un menor reproche de culpabilidad que a un hechor adulto – exige una compensación por la conmoción de la confianza en el derecho" (STROBEL, 2006: 130, con ulteriores referencias).

En contra de esa tesis, cuyos criterios además serían indeterminados, y apelando a la jurisprudencia del BGH, otra corriente intenta interpretar el criterio de la *indispensabilidad* de la pena juvenil de un modo más *orientado al autor*, es decir, en consonancia con la concepción educativa (BUCKOLT, 2009: 42). En este caso, la gravedad de la culpabilidad se referiría "más a las relaciones subjetivas y basadas en la personalidad, entre el adolescente y su hecho, que a su gravedad exterior" (BGH 15, 224), de modo que no depende, por ejemplo, de su calificación como "crimen" (*Verbrechen*), si otras circunstancias sugieren que aun así la culpabilidad no es *grave*: por ejemplo, la intervención del adolescente en dicho crimen no es significativa, o se trata de un delito sexual impropio contra una menor de edad – que en la legislación penal general es un grave crimen – (BGH, cit. por Eisenberg, 2017: § 17 nm 29). De acuerdo con ello, lo determinante es la "medida de la culpabilidad personal" del adolescente, dependiente de hasta qué punto el contenido de injusto externo del hecho se ha visto expresado de un modo reprochable en su comportamiento, de acuerdo con la disposición de carácter del adolescente y el desarrollo de su personalidad" (BHG, cit. por Eisenberg, 2017: § 17 nm 29). A esta concepción se le critica que "refuerza el peligro de un reproche de culpabilidad por el carácter o de la actitud interna frente al derecho penal, inconciliable con nuestro sistema jurídico" (SCHÖCH, cit. por Buckolt, 2009: 43); afirmándose que una alta medida de reprochabilidad individual no sería adecuada para justificar por sí sola la imposición de una pena juvenil (LAUBENTHAL y BEIER, 2006: nm 688). Pero sí estaría justificado alejarse a nivel de

la culpabilidad de la orientación tan fuerte que tiene el derecho penal de adultos al desvalor del resultado, prestando más atención a la capacidad individual de comprender (lo injusto del hecho) y de autodeterminarse (STRENG, cit. por Buckolt, 2009: 43).

Concretamente, según se desprende de la literatura especializada, serían criterios para determinar la gravedad de la culpabilidad a efectos de decidir la posible imposición de la pena juvenil:

i) una consideración diferenciada de la culpabilidad individual de los adolescentes que, más allá de la inadmisibilidad de un tratamiento indiferenciado con un adulto por un hecho similar (conforme a la cual no bastaría con la circunstancia de que a un condenado adulto habría de imponérsele una pena de prisión por tal hecho), además tenga en consideración a la hora de valorar cuán grave es la culpabilidad las especiales necesidades del adolescente condicionadas por su situación evolutiva, desde el punto de vista psicológico (EISENBERG, 2017: § 17 nm 32);

ii) la gravedad del injusto penal cometido, especialmente (según la jurisprudencia del BGH) si se trata de crímenes capitales, pero también en el caso de otros delitos graves (como la reiteración de una violación impropia sin protección con una menor de 12 años, o un asalto en la calle a un completo desconocido), sin perjuicio de que la realización objetiva del delito por sí sola no otorga al hecho una caracterización personal valorable individualmente, ni da al tribunal información sobre la personalidad del imputado, de modo que el presupuesto – *gravedad de la culpabilidad* – se ha negado por los tribunales, por ejemplo, en casos de tráfico de drogas, de robo o de lesiones corporales "simples" (EISENBERG, 2017: § 17 nm 32); en cambio, sí sirve como un criterio suficiente para descartar que la culpabilidad sea grave, con independencia de su reflejo en la personalidad del autor, la circunstancia de que el hecho imputado constituya tan sólo un simple delito (*Verhegen*) (EISENBERG, 2017: § 17 nm 32a);

iii) la circunstancia de que el delito, o su consecuencia más grave – típicamente, la muerte de otra persona – sólo esté abarcada por la culpa del adolescente y no por el dolo, lo que por regla general determina que la *gravedad de la culpabilidad* debe negarse, por más grave que sea el resultado, salvo cuando hay reflejo del desvalor del resultado en la disposición subjetiva del autor, por ejemplo, bajo la forma de una probada desvaloración de la vida ajena o indiferencia frente a los bienes jurídicos ajenos; ello daría cuenta de la autonomía valorativa del derecho penal juvenil, aportando una razón para excluir reglas de determinación de la pena del derecho penal general, como la que considera doloso el hecho preterintencional (§ 11, 2 del Código penal alemán) o la que se conforma con culpa respecto

del resultado más grave para aplicar una figura calificada por el resultado (§ 18 CP alemán) (EISENBERG, 2017: § 17 nm 32b- 32c); y

iv) la corta edad del agente, que también puede determinar que la culpabilidad deje de considerarse suficientemente grave, sobre todo si se encuentra cerca del límite mínimo de responsabilidad (14 años) (BUCKOLT, 2009: 125).

Por último, aunque no constituye propiamente un criterio de imposición de la pena juvenil, sea de la pena educativa o de la de culpabilidad, de todos modos tiene importancia en este contexto la regulación de la Ley de Drogas, que permite el aplazamiento de la ejecución de la pena juvenil de hasta dos años de duración (o de un resto de pena que no exceda de dos años – si, por ejemplo, una parte de la pena de mayor duración fue objeto de abono del tiempo cumplido en prisión preventiva –) cuando el adolescente se somete a un tratamiento para superar la dependencia de las drogas, si justamente había perpetrado el delito por dicha dependencia, unido al posterior abono del tiempo de terapia a la duración de la pena, y a la suspensión del resto de pena a prueba si el tratamiento efectivamente tuvo lugar (§§ 35 a 38 BtMG). De esta forma, la dependencia de las drogas (con incidencia en el delito) y la voluntad del adolescente de someterse a tratamiento sirven como criterios, en la práctica, para evitar, si bien no la imposición de la pena juvenil, sí su ejecución. Pero ello no habilita al tribunal, como se verá, para ajustar la duración de la pena juvenil al rango que permitirá luego ejercer esta facultad (BUCKOLT, 2009: 128-129).

4. Límites y criterios de determinación de la duración de la pena juvenil (§ 18 JGG)

La JGG dispone expresamente que para la determinación de la duración de la pena juvenil no rigen los marcos penales que el derecho penal general contempla en cada conminación penal de la Parte Especial, de modo que aquella decisión debe basarse en criterios propios del derecho penal juvenil, dentro de los límites mínimo y máximo fijados por la propia JGG, 6 meses y 5 años, por regla general, o 10 años para los casos más graves – tratándose de crímenes que en el derecho penal general tienen asociada una pena de prisión superior a los 10 años – (§ 18,1).

Sin perjuicio de que los marcos penales del derecho penal general no rigen, ellos pueden tener relevancia, a favor del adolescente. Así, mientras la circunstancia de que el hecho perpetrado se haya presentado bajo la forma de un *caso especialmente grave* a los que el CP asocia un marco penal agravado (como en el hurto agravado) no tiene consecuencias directas para el adolescente, sí las tiene la circunstancia de que el hecho se presente bajo la forma de un caso *menos grave*,

de aquéllos a los que la legislación penal general asocia un marco penal atenuado (como la cantidad de droga sobre la que recae la conducta), pues de lo contrario podría llegar a infringirse la prohibición de imponer un trato penal más severo al adolescente que al adulto en situaciones equivalentes, o bien, a lo menos, la exigencia de reflejar en la pena la menor culpabilidad del adolescente, en comparación con la del adulto (EISENBERG, 2017: § 18 nm 3). Lo propio ocurre con las rebajas de pena previstas para la tentativa y las formas de intervención menos graves que la autoría, así como con distinciones relevantes para la Parte Especial del derecho penal general, como la que diferencia entre drogas *duras* y *blandas* (EISENBERG, 2017: § 18 nm 23, 27b).

Por lo que respecta a los criterios para determinar la duración de la pena juvenil, la JGG sólo se refiere expresamente a uno, estableciendo que "la pena juvenil debe determinarse de tal modo que su necesario efecto educativo sea posible" (§ 18,2). Sin perjuicio de ello, la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales superiores reconocen otros criterios, negativos y positivos.

Así, en primer lugar, algunos criterios operan virtualmente como prohibiciones, reconocidas por la jurisprudencia del BGH: a) no es posible considerar las condenas previas que ya fueron eliminadas del registro de condenas (de acuerdo con las reglas que permiten tal eliminación para favorecer la reinserción del adolescente); b) también rige la prohibición general de doble valoración en contra del condenado, es decir de considerar en la fase de determinación de pena circunstancias ya consideradas en el juicio de culpabilidad; c) no cabe considerar si la pena será o no objeto de suspensión de la ejecución a prueba – o del aplazamiento contemplado en la Ley de Drogas[13] – como un criterio para ajustar la duración a esa consecuencia, de modo que aquellas decisiones sólo podrían ser adoptadas una vez concluida la fase de determinación de la duración; d) no cabe considerar condenas anteriores no ejecutoriadas; e) no puede sin más considerarse la institución del "testigo de la corona" (delación compensada); ni pueden considerarse en el caso concreto las necesidades preventivo-generales que el hecho plantea (EISENBERG, 2017: § 18nm13-17). También se ha sostenido una prohibición de tener en cuenta el "comportamiento defensivo" del adolescente en el proceso y el juicio, como su no colaboración con el esclarecimiento del hecho, para determinar una pena de mayor duración, pero las decisiones del BGH son, a este respecto, ambivalentes, pues con alguna frecuencia el BGH ha concedido un efecto atenuante de la pena a la confesión del adolescente,

13. Aunque "es evidente que el juez juvenil dispone a este respecto de un cierto espacio de juego" (BUCKOLT, 2009: 129).

particularmente si va acompañada de un esfuerzo por colaborar en el esclarecimiento de los hechos (BUCKOLT, 2009: 101). Ello se relaciona con la polémica referida a si acaso cabe "negociar" la duración de la pena a cambio de la confesión. El BGH ha rechazado la posibilidad de que la imposición de una pena juvenil sea objeto de negociación; y respecto de negociar su duración, considera que la situación no es comparable con la del imputado adulto. La doctrina tiende a considerar que esa confesión, en la medida que es interesada, no da cuenta de una toma de distancia respecto del injusto penal perpetrado, de modo que no debería tener por efecto una disminución de la duración – fundada en que el adolescente que confiesa daría cuenta de menor necesidad educativa – (BUCKOLT, 2009: 131); pero otra doctrina alerta sobre la discriminación negativa que ello supondría en contra del adolescente, en comparación con el trato dado al adulto en situaciones semejantes (EISENBERG, cit. por Buckolt, 2009: 130-131).

Ahora bien, por lo que respecta a la exigencia de determinar una duración que posibilite el necesario *efecto educativo* de la pena, no obstante la crítica que una parte de la doctrina dirige en general a la consideración de la *concepción educativa* como criterio de determinación de la pena – por su falta de claridad y racionalidad (ALBRECHT, P.-A. 2000: § 31 A 1) –, la jurisprudencia del BGH defiende su aplicación, sosteniendo incluso que debe tener primacía sobre la consideración de la culpabilidad y el injusto (BUCKOLT 2009: 96), y ha formulado algunos criterios que deberían tenerse en cuenta para efectuar una estimación en el caso concreto acerca de la duración que permitiría un efecto educativo de la pena (que no son del todo distinguibles de los criterios que podrían servir de base para decidir no imponer la pena, sino otra medida). Uno de ellos, especialmente influyente en la decisión, es la circunstancia de que el adolescente haya experimentado con posterioridad al hecho un desarrollo positivo o un cambio relevante en sus circunstancias de vida, por ejemplo, que haya encontrado empleo (BUCKOLT 2009: 97) o que, de otra forma haya logrado una situación de vida estable (EISENBERG, 2017: § 18 nm 19). También son criterios a considerar, según la jurisprudencia del BGH: la perspectiva de que en libertad el adolescente podrá continuar su formación escolar y capacitación laboral; los efectos que sobre él haya tenido la prisión preventiva o una pena juvenil ejecutada con anterioridad; y el hecho de que aquél haya tomado distancia del grupo de sus co-imputados (BUCKOLT 2009: 98-100; EISENBERG, 2017: § 18 nm 19). Adicionalmente, en la jurisprudencia del BGH las especiales dificultades del condenado, condicionadas por su grado de desarrollo, han operado con un efecto atenuante en la determinación de la duración de la pena juvenil, particularmente si esas dificultades reducen la capacidad para resistir el impulso a perpetrar el hecho (EISENBERG, 2017: § 18 nm 20). El mismo efecto se ha reconocido a rasgos personales

(de carácter) por cuya presencia no se puede reprochar al adolescente (EISENBERG, 2017: § 18 nm 20). Y, entre adolescentes extranjeros, debe considerarse si el hecho se ve condicionado por el serio peligro de ser deportado, o que lo sea un familiar (ibídem).

La consideración del necesario efecto educativo también ha incidido en la formulación específica de las duraciones mínima y máxima que serían compatibles con él. Así, se considera que no cabe buscar tal efecto en una pena juvenil de menos de un año de duración; mientras que en una que supere los cuatro o cinco años los efectos desocializadores ya serían mayores que los resocializadores; por eso, una pena juvenil superior a los cinco años – como también lo han establecido las salas primera, segunda y tercera del BGH – ya no puede fundamentarse en la necesidad educativa: ella debe servir a la *compensación de la culpabilidad* (BUCKOLT 2009: 102-103). Pero los cálculos parecen en gran medida especulativos, pues parte de la doctrina considera que más allá de un año o, como máximo, de un año y medio, la pena juvenil ya no es apropiada para producir un efecto educativo; mientras que otros autores – y la cuarta sala del BGH – consideran posible un efecto educativo en penas superiores a los cinco años, e incluso dan cuenta de que la tasa de reincidencia en quienes han cumplido esas penas sería menor que la de quienes cumplen penas más bajas (BUCKOLT 2009: 103); dato que parece ignorar, en todo caso, que aquel efecto – si se confirmase – bien puede estar determinado simplemente por el hecho de que en el intertanto muchos *adolescentes* han dejado de serlo, abandonando la fase vital que está asociada a una mayor frecuencia delictiva (y, paulatinamente, concluyendo su proceso de maduración).

Por su parte, no puede jugar un papel de primer orden en la determinación de la duración de la pena juvenil el comportamiento "fuera de lugar" del adolescente durante el proceso, que en gran medida puede estar condicionado por la fuerte impresión y las diversas presiones a que se puede sentir sujeto; tampoco debe hacerlo el comportamiento que mantuvo mientras cumplía una medida cautelar de prisión preventiva o durante la ejecución de una pena juvenil anterior, dado que la capacidad de adaptarse a una situación de vida en encierro debe diferenciarse claramente de los desarrollos y aprendizajes que son relevantes para un comportamiento futuro sin delitos en libertad; ni puede asumirse, por último, una "no-educabilidad" del adolescente por la falta de éxito de sanciones previas, si no se fundamenta más en detalle su adecuación (EISENBERG, 2017: § 18 nm 21-22).

Además, todas las circunstancias relevantes para disminuir la culpabilidad del agente en el derecho penal general también deben ser tenidas en cuenta para

determinar la duración de la pena juvenil, como la imputabilidad disminuida por intoxicación alcohólica (que ya se afirma con una concentración de alcohol en la sangre menor que la exigida para los adultos – para el caso de los adolescentes no sería necesario llegar a 2 0/00 –); el hecho de que el adolescente – sobre todo si hasta entonces tenía un buen comportamiento, pero por su inmadurez era fácilmente influenciable – haya sido incitado por una persona cercana, especialmente si es mayor de edad o si tal incitación lo llevó a someterse a una dinámica de grupo (difícil de resistir) (BUCKOLT, 2009: 100). También es relevante, en este contexto, la edad del agente: aún si la culpabilidad fue considerada suficientemente grave como para justificar la imposición de la pena juvenil, su graduación, a efectos de determinar la duración concreta, debe tener en cuenta que la culpabilidad de un adolescente de 14 años, incluso por un delito capital, es menor que la de un adolescente de más de 14 años, y menor aún que la de un joven adulto – al que bajo ciertas circunstancias también es aplicable el derecho penal juvenil, en Alemania – (BUCKOLT, 2009: 125).

Por último, de conformidad con las garantías del debido proceso, y en consonancia con el Art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cualquier demora significativa en el enjuiciamiento que no sea defendible en el interés del adolescente acusado, debe ser considerada a favor suyo en la determinación de la duración de la pena juvenil, o conjuntamente con las causas que atenúan la culpabilidad (EISENBERG, 2017: § 18 nm 29, con referencias a la jurisprudencia).

5. Práctica judicial

Más allá de la información aportada por el análisis de la jurisprudencia de los tribunales superiores (particularmente el BGH) acerca de los criterios de imposición y determinación de la duración de la pena juvenil, la práctica judicial, cuando ha sido objeto de estudio, ofrece un cuadro de gran interés sobre los criterios y factores que, de hecho, influyen en esas decisiones (BUCKOLT, 2009).[14]

En todo caso, en una primera apreciación, el comportamiento de la práctica judicial confirma, con matices, las definiciones de la jurisprudencia. Así, en primer lugar, en la imposición y determinación de la pena juvenil los criterios relativos al hecho (*tatbezogen*) desempeñan un papel esencial, sobre todo para la pena

14. Quien condujo una amplia investigación empírica sobre la práctica judicial en la materia, en diversos estados alemanes, a través de una encuesta a cientos de jueces, basadas en preguntas y en resolución de casos hipotéticos, junto a decenas de entrevistas en profundidad (Buckolt, 2009).

basada en la *gravedad de culpabilidad*, pero también en alguna medida para la basada en las *tendencias nocivas*. Además, la circunstancia de que el hecho haya producido graves consecuencias también se considera para rechazar la suspensión de la ejecución de la pena a prueba (BUCKOLT, 2009, 441).[15] Pero los criterios relativos al autor (*täterbezogen*) y a la concepción educativa, tal como lo sostiene la jurisprudencia, pesan más que los relativos al hecho y a la prevención general o la retribución, con los que están en antinomia y en relación de proporcionalidad inversa, en la determinación de la pena. En la pena basada en las *tendencias nocivas* del adolescente, aquellos criterios operan aumentando la duración de la pena. A la inversa, los criterios de gravedad de la culpabilidad tienden a aumentar la pena en casos donde pesan más las circunstancias objetivas (BUCKOLT, 2009: 441-442).

Pero, junto con esos criterios, que en alguna medida ya se ven reflejados en la jurisprudencia, la práctica judicial da cuenta de otros criterios y factores – más *estructurales* – que aparecen influyendo las decisiones. A continuación se enuncian los principales (BUCKOLT, 2009: 438 y ss.):

Un primer elemento estructural que incide en la duración de la pena juvenil es el grado de especialización de los jueces que toman la decisión. Así, en los casos con elementos personales más salientes – es decir, aquellos en que concurren especiales condiciones en el adolescente y su entorno – la pena fijada resulta de menor duración si los jueces son de dedicación exclusiva para causas penales juveniles (al año 2008, un 27% de los jueces juveniles estaban en esta situación). En cambio, los jueces que comparten esta competencia con el conocimiento y decisión de causas penales de adultos tienden a imponer penas mayores, en los mismos casos (de acuerdo con los resultados de una amplia encuesta aplicada a unos y otros, con una metodología de comparación basada en casos).

Un segundo factor de carácter estructural es la postura personal de cada juez sobre la eficacia o ineficacia de la pena privativa de libertad para el objetivo educativo: quienes tienen mayor confianza en la eficacia, tienden a imponer sanciones más extensas que quienes son escépticos al respecto.

15. Advirtiendo que, de acuerdo con la doctrina, más allá de la necesaria referencia al injusto, la pena por gravedad de la culpabilidad sólo debería ser impuesta y tendría que determinarse cuando (y en la medida que) la relación subjetiva entre el autor (sobre todo, su personalidad) y el hecho perpetrado así lo justifica. Lo determinante debe seguir siendo el reproche de culpabilidad personal que puede dirigirse al adolescente, también teniendo en cuenta consideraciones de la dinámica grupal y de criminología adolescente (ibíd.).

En tercer lugar, y pese a las objeciones dogmático-jurídicas subsistentes, la perspectiva de suspender la ejecución de la pena juvenil a prueba también influye tanto en decisión de su imposición como en la determinación de la cuantía concreta; así, por ejemplo, cuando esa perspectiva está siendo considerada por el juez, se tiende a imponer una pena baja de modo que, incluso sumada a una posible nueva pena, se mantenga por debajo del rango que permite la suspensión a prueba (1 o 2 años, según el caso).

Otro factor de relevancia – advertido en a lo menos un quinto de los jueces – para la imposición de un "suplemento educativo" en la determinación de la cuantía de la pena juvenil, sobre todo de la fundada en las "tendencias nocivas" del adolescente, es la circunstancia de que a la mayor "necesidad educativa" del adolescente se una la presencia de buenas posibilidades formativas y terapéuticas en la respectiva institución. La calidad de la oferta de la institución incide en una pena de más larga duración (si bien sin llegar a alcanzar una magnitud que suponga un tratamiento más severo que el que recibiría un adulto por un mismo delito).

Adicionalmente, y en contraste con los planteamientos de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales superiores, los jueces sí emplean consideraciones de prevención general (sin distinción entre su variante positiva y negativa) para decidir la imposición y para determinar la duración de la pena juvenil, si bien en menor medida que las consideraciones de prevención especial (pero en mayor medida que las consideraciones retributivas).

Bibliografía

ALBRECHT, Hans-Jorg, *Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?*, C.H. Beck, München, 2002.

ALBRECHT, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht*, 3a edición, C.H. Beck, München, 2000.

BUCKOLT, Oliver, *Die Zumessung der Jugendstrafe. Eine kriminologisch-empirische und rechtsdogmatische Untesuchung*, Nomos, Baden-Baden, 2009.

BURSCHEIDT, Ulrike, *Das Verbot der Schlechterstellung Jugendlicher und Heranwachsender gegenüber Erwachsenen in vergleichbarer Verfahrenslage*, Nomos, Bade-Baden, 2000.

COUSO, Jaime, *Los estándares de excepcionalidad y de brevedad de la sanción privativa de libertad para adolescentes en el derecho comparado*, en Couso y Duce, Juzgamiento Penal de Adolescentes, LOM, Santiago, 2013, pp. 343-417.

EISENBERG, Ulrich, *Jugendgerichtsgesetz*, 19a edición, C.H. Beck, München, 2017.

KEISER, Claudia, *Jugendliche Täter als strafrechtlich Erwachsene? Das Phenomen der "Adulteration" im Lichte internationaler Menschenrechte*, ZStW, 120, (2008), pp. 25-67.

LAUBENTHAL, Klaus; BAIER, Helmut, *Jugendstrafrecht*, Springer, Berlín - Heidelberg, 2006.

OSTENDORF, Heribert, *Das Ziel des Jugendstrafvollzugs nach zukünftigem Recht*, en: Goerdeler y Walkenhorst (Eds.), Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2007, pp. 100-111.

STROBEL, Sonja, *Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe – Eine Analyse unter besonderer Berucksichtigung der Strafzwecke*, Shaker Verlag, Aachen, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A justiça juvenil pós declínio do modelo tutelar: discussões globais a partir de literatura comparada, de Flora Sartorelli Venâncio de Souza e Riccardo Cappi – *RBCCrim* 158/203-232 (DTR\2019\37527); e
- Busca por compreender as origens e os fundamentos da justiça juvenil global, de Franklin E. Zimring e Máximo Langer – *RBCCrim* 158/233-261 (DTR\2019\35715).

A perspectiva abolicionista

The abolitionist perspective

Sebastian Scheerer

Diretor do Instituto de Criminologia da Universidade de Hamburgo (até o ano de 2014).
Professor Emérito do Departamento de Criminologia da mesma Universidade.
Sebastian.Scheerer@uni-hamburg.de

Tradução:
Raphael Boldt

Pós-Doutorado em Criminologia pela Universität Hamburg (bolsa DAAD). Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da FDV. Advogado. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1625-9856.
raphaelboldt@hotmail.com

Vinicius Alberto Fonseca

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e
Graduando em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München.
vinicius7fonseca@hotmail.com

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O abolicionismo é visto como uma "teoria sensibilizadora" e analisado com relação a (1) implicações metodológicas, (2) sua visão da natureza humana e (3) compatibilidade com os chamados princípios fundamentais das sociedades modernas. Críticas a respeito de seu caráter "voluntarista" estão sendo refutadas com referência às mudanças nos setores produtivo e reprodutivo da sociedade (especialmente o surgimento de uma cultura alternativa), das quais a perspectiva abolicionista pode ser interpretada como um resultado superestrutural.

Palavras-chave: Abolicionismo – Movimento – Teoria – Método – Modernidade.

Abstract: Abolitionism is seen as a "sensitizing theory" and analyzed with regard to (1) methodological implications, (2) its view of human nature, and (3) compatibility with so-called fundamental principles of modern societies. Criticisms regarding its "voluntaristic" character are being refuted with reference to the changes in both the productive and reproductive sectors of society (especially the emergence of an alternative culture), of which the abolitionist perspective can be interpreted as a superstructural outgrowth.

Keywords: Abolitionism – Moviment – Theory – Method – Modernity.

Sumário: Introdução. 1. Relembrando a vitória do abolicionismo. 2. Movimento, teoria, método. 3. Política criminal como crítica: o princípio mefistofélico. 4. A concepção do ser humano e o estado de natureza. 5. O abolicionismo e a chamada ordem social moderna. Referências.

Introdução

Os[1] últimos anos e décadas não apenas libertaram a Criminologia de sua função subserviente ao Direito Penal, através, por exemplo, da análise crítica da configuração de normas penais e instituições de controle social; eles também trouxeram consigo profundas transformações na apreciação do Direito Penal e de sua utilidade como meio de controle social[2]. Recentemente, multiplicam-se os sinais de que a corrente dominante na política criminal, a qual se poderia definir, em um contexto internacional, como o ideal do tratamento (ou ideologia do tratamento), está perdendo forças. Na Escandinávia e nos Estados Unidos, antigos baluartes da ideologia do tratamento, não mais se vê com bons olhos relacionar a reação da justiça penal com qualquer modo de "terapia". "Neoclássicos" exigem o regresso à reação puramente repressiva, a qual, sendo dirigida apenas ao ato e não ao agente, deve ser depreendida do Código Penal. Ao mesmo tempo, uma corrente mais antiestatista de "abolicionistas" pretende, fundamentalmente, tirar outras conclusões das experiências contraprodutivas de combinar penas e terapias. Pode-se interpretar, portanto, no campo da História das Ideias, tanto a recente expansão dos assim chamados neoclássicos[3] como também sua rival, a perspectiva abolicionista[4], como reações às esperanças frustradas e erros estratégicos no histórico do direito penal e do sistema penitenciário. Em vez de romper com as estruturas repressivas do sistema penitenciário de dentro para fora, a introdução das Ciências Humanas na gerência estatal da execução penal possibilitou dimensões jamais vistas de manipulação de opiniões e comportamentos, perante as quais os tradicionais direitos de defesa do indivíduo contra as ofensivas estatais são inconcebíveis até mesmo no campo teórico. Seria injusto para com a abordagem neoclássica negar que sua força se deva também ao

1. Título original: Die abolitionistische Perspektive.*Kriminologisches Journal*, Nr. 16, 1984, S. 90-111.
2. NAUCKE, W. Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, Karlsruhe, 1975. p. 20.
3. WEIGEND, T. "Neoklassizismus" – ein transatlantisches Mißverständnis.*ZStW* 94, 1982. p. 801-814.
4. COUNCIL OF EUROPE, Report on Decriminalisation, Straßburg, 1980. CHRISTIE, N. *Limits to pain*, Oslo, London, 1981. STEINERT, H. Das Ende der Rechtschaffenheit. Eine kriminalpolitische Utopie.*Kriminalsoziologische Bibliographie*, 36/37, 1982. p. 243-286.

aspecto de revitalização dos direitos de defesa individual e que, em algumas de suas vertentes, especialmente na Escandinávia, buscou restaurar o esquecido aspecto protetivo do Direito Penal, redirecionando o foco do agente para o ato: a isso correspondeu uma oposição à pena privativa de liberdade, um abandono da mentalidade de ressocialização e um forte apelo a legitimações de prevenção geral – O pensamento abolicionista, em contrapartida, dá ainda um passo além: embora concorde com o ceticismo dos neoclássicos em relação aos programas dominantes de pesquisa e transformação da personalidade, não se vê na condição de recorrer a (de modo algum não problemáticas) justificativas de prevenção geral apenas devido à derrocada da prevenção especial. Se teorias metafísicas da pena forem, de imediato, rejeitadas sob a bandeira da racionalidade, sem, contudo, conseguir apresentar uma comprovação adequada e fundamentada dos efeitos de prevenção geral ou especial da pena, então deve-se sinceramente lidar com a questão de se o Direito Penal não seria dispensável ou se inclusive não se estaria melhor sem ele.

"Deve-se então queimar o Código Penal?", perguntou também o notório jornal francês *Le Monde* em sua edição de 04 de outubro de 1984, com o encerramento dos debates sobre o Abolicionismo, por ocasião do último Congresso Internacional de Criminologia, muito embora tenha concluído seu comentário com o cético questionamento pela alternativa concreta que os abolicionistas teriam a oferecer: "abolir o Direito Penal, tudo bem, mas o que poderia substituí-lo nas situações nas quais desemprego e desintegração social fazem disparar os índices de criminalidade?".

Antes de nos voltarmos a essas sempre recorrentes preocupações, é necessário realizar uma pormenorizada apresentação do próprio pensamento abolicionista, sua história e atualidade (I), sua classificação no contexto teórico e metodológico (II), a justificativa de uma política criminal puramente negativa (III), e a controvérsia ao redor da imagem do homem a ele subjacente (IV). Por fim, indagar-se-á se os pensadores atuais não estariam de fato, como suspeitava von Trotha, orientando-se por uma forma obsoleta de comunidade humana, a qual seria incompatível com as condições atuais das ordens social e econômica (V).

1. Relembrando a vitória do abolicionismo

Hoje quase esquecido, o maior e mais bem-sucedido movimento abolicionista de todos os tempos soube mobilizar a opinião pública também na Alemanha, embora o objeto de seus esforços nunca tenha existido aqui: a escravidão. Talvez esse fato tenha sido vantajoso, uma vez que, porquanto o movimento abolicionista (por volta de 1780-1890) se dirigia principalmente contra os pecados

dos ingleses em seus territórios nas Índias Ocidentais (abolição da escravidão em 1838) e contra as dos franceses na mesma região (abolição da escravidão em 1848), foi possível na Alemanha devotar-se ao filantropismo sem precisar temer grandes prejuízos. Em todo caso, o romance abolicionista *Uncle Tom'scabin* (A cabana do Pai Tomás) havia acabado de ser publicado nos EUA (1852) e já possuía uma tradução para o alemão disponível (*Onkel Toms Hütte*, também em 1852), tendo aquecido os ânimos da burguesia local como *bestseller* imediato. A indignação moral, na heroica época do Idealismo transcendental e sua proposição do indivíduo como sujeito da história, quando homens ainda tratavam homens como animais, conduziu bem cedo, na Europa Ocidental, à reivindicação de supressão definitiva da escravidão; contudo, nem todos que se consideravam contra a escravidão eram também abolicionistas. Sobretudo nos primórdios do movimento, predominavam os partidários de uma mudança gradual, a qual seria obtida por meio de um esforço de persuasão dos senhores de escravos. Tais gradualistas eram os que advogavam pela compra da liberdade de escravos, estimulavam alforrias e promoviam o retorno dos escravos libertos à África (Liberia, desde 1817). Os gradualistas, no entanto, não lograram impedir que o número de escravos crescesse cada vez mais vertiginosamente ou que o tráfico transatlântico de seres humanos (o qual, até a última escravidão clandestina desaparecer no Ocidente em 1900, diz-se ter compreendido 15 milhões de africanos) se intensificasse progressivamente. Incidentes dramáticos como a brutal repressão da insurreição liderada por Nat Turner (1831), a onda de sangrentas caças a escravos nos estados sulistas dos EUA instaurada após a promulgação da Lei dos Escravos Fugitivos (1850) e fatores similares de aceleração dos movimentos sociais convenciam cada vez mais gradualistas da necessidade de uma abolição instantânea, abrangente e rigorosa dessa instituição. De fato, houve, desde o princípio, quem acusasse os abolicionistas de estarem sabotando as suas próprias chances de ação política ao insistirem apenas em criticar a escravidão, ao invés de sugerirem medidas práticas após a sua abolição[5]. Como movimento social, no entanto, sua tarefa consistia não em construções burocráticas, mas em suscitar uma disposição politicamente eficaz a superar o *status quo*. A força e o sucesso do movimento abolicionista também se refletem no fato de que, sem ele, o "compromisso de 1850", negociado entre o "norte livre" e o "sul escravocrata" para permitir a escravidão no Sul e assim salvaguardar a unidade da república, provavelmente teria se mantido. Sem ele, Abraham Lincoln não teria, no final das contas, nem

5. A Enciclopédia Britânica atribui ainda hoje ao movimento abolicionista um suposto fracasso em sua tarefa (conferida por quem?) de apresentar "planos concretos para a reestruturação da sociedade" (sic!). Cf. Edição de 1979, v. I. p. 29.

mesmo chegado à ideia de tornar a demanda pela abolição da escravidão um esperançoso e mobilizador propósito de guerra.

Uma conquista genuína do abolicionismo comemorou-se, a propósito, também na Alemanha, mais precisamente no ano de 1927, quando os abolicionistas, após uma dura batalha contra os seus opositores, os regulamentaristas, obtiveram êxito em sua luta contra o encasernamento de prostitutas. Enquanto os regulamentaristas defendiam que o exercício da prostituição deveria ser restrito a determinados bordeis e casernas por meio de alvará policial, a fim de evitar a "comercialização da fornicação" e de manter doenças sexualmente transmissíveis sob controle, os abolicionistas, entre eles a própria imperatriz Augusta Vitória, advogavam a liberação das prostitutas de tantas regulamentações, registros e perseguições jurídicas e policiais quanto possíveis. Segundo a sua argumentação, não apenas a experiência ensinava que por meio do encasernamento registravam-se afinal, no máximo, apenas 10% das prostitutas, de modo que os problemas sociais mencionados nunca poderiam ser satisfatoriamente solucionados, como também seria injusto submeter as profissionais do sexo a normas abusivas, enquanto as assim chamadas livres não eram importunadas, além do fato de que todas as tentativas de regulamentação representavam também estímulos à criação de subculturas criminosas – acima de tudo, talvez o argumento mais incisivo residisse no fato de que não se poderia, por um lado, perseguir criminalmente a prostituição e, ao mesmo tempo, através da concessão pública de bordéis, ensejar o exercício da fornicação, sem, desse modo, entrar em contradição. Os abolicionistas eram, portanto, a favor de conferir às prostitutas as mesmas liberdades (por exemplo, liberdade profissional) que outros cidadãos também possuíam, e, por outro lado, oferecer a elas toda a assistência sanitária e laboral possível, a fim de evitar que incorressem no infortúnio de, contra a sua vontade, serem obrigadas a exercer essa profissão permanentemente. Segundo os abolicionistas, tais medidas de desestigmatização deveriam ao menos ser propícias a possibilitar uma maior aceitação social das prostitutas, as quais viviam, não raramente, em condições miseráveis. Em certo sentido, que em termos factuais é limitado, mas ainda significativo em comparação ao *status quo ante*, esse movimento abolicionista obteve, nas palavras de um cronista na Alemanha de 1927, "êxito nos locais onde não há regulamentação policial da prostituição, mas apenas a supervisão médica e o registro das pessoas com 'relações sexuais em constante alternância' junto ao Órgão Público de Saúde"[6].

6. Para mais detalhes: REDHARDT, R. Prostitution.*Handwörterbuch der Kriminologie*, 2. Aufl., Bd. 2, Berlin, New York 1977. p. 341.

Se há alguns anos novamente existe um movimento de abolição na Alemanha, que de igual modo ocupa-se com grupos marginalizados, classes subalternas e a completa abolição de instituições e leis repressivas, como, por exemplo, as prisões juvenis, a lei de entorpecentes, o sistema prisional como um todo ou o próprio direito penal pura e simplesmente[7], ainda assim, ao que tudo indica, o fio da tradição foi rompido. Certamente, a expressão "abolicionismo" pertence visivelmente tão pouco à linguagem coloquial dos alemães e à linguagem técnica reconhecida da criminologia quanto o adjetivo "abolicionista".

A busca pelo termo nas obras de referência é infrutífera, assim como no atual (1984) *Pequeno dicionário de criminologia*, no qual não o abolicionismo, mas (que etiológico!) a conduta desviante e o alcoolismo iniciam o catálogo. A terminologia é explicada nas Considerações de Thomas Mathiesen sobre a estratégia do trabalho político com as classes marginais da sociedade, na qual os termos supressão, revogação e eliminação são usados para "abolição" e os adjetivos supressivo e revogatório são utilizados como sinônimos do adjetivo (aqui praticamente abreviado) "abolicista"[8]. Ainda mais surpreendente é como o discurso abolicionista ganhou intensidade[9] justamente em uma época em que ao menos o clima político da direita aponta para uma guinada autoritária-estatizante. A suspeita de David F. Greenberg de que a fixação da estratégia abolicionista na supressão das instituições do direito penal seja uma forma de ilusão regressiva de alguns criminólogos demasiadamente frustrados com os atos do Poder Público[10] talvez adquira daqui a sua aparência de plausibilidade.

De fato, existe uma vertente marginal do discurso abolicionista que se localiza entre o desejo e a ciência e que abrange desde "As Viagens de Gulliver"[11] de

7. Para muitos: Schuman 1979, Papendorf 1979, 1982, Schumann/Voss/Papendorf 1981, Pilgram/Steinert 1981, Steinert 1982, Quensel 1982.
8. MATHIESEN, T. Überwindet die Mauern! Die skandinavische Gefangenen bewegung als Modell politischer Randgruppenarbeit, Neuwied und Darmstadt, 1979. p. 70.
9. Cf. entre outros: COUNCIL OF EUROPE, Report on Decriminalisation, Straßburg, 1980, CHRISTIE, N. *Limits to pain*, Oslo, London, 1981, 1983, Hulsman 1982, Hulsman/Bernat de Celis 1982, GARCIA MENDEZ, E. Dei Problemi Sociali e della Decriminalizzazio.*Dei delitti i e delle pene* 1, 1983, Heft 1, p. 211-219, MARCONI, P.La Strategia Abolizionista di Louk Hulsman.*Dei delitti i delle pene* l, 1983, Heft 1. p. 221-238, Greenberg 1983.
10. GREENBERG, D. F. Reflections on the Justice Model Debate.*Contemporary Crises* 7, 1983. p. 325.
11. Lemuel Gulliver encontra, junto aos habitantes de Lilipute – no livro publicado em 1726 sobre suas viagens – um sistema de sanções que baseava sua força reguladora mais

Swift até o "Walden II"[12] de Skinner. É preciso, no entanto, distingui-la da corrente criminológica majoritária. Isso porque ela nem reverencia uma visão mecanicista do homem e da sociedade, que caracteriza Swift e seus antecessores (como Hobbes) e sucessores (como alguns políticos), nem se ocupa de uma abolição do direito penal *após* a construção exitosa de uma "sociedade livre de agressões" (como Skinner), em um período histórico, portanto, em que nem é mais uma questão complicada.

De onde surge então a insistência com a qual a perspectiva abolicionista vem sendo recentemente discutida ou a grande quantidade de "apelos morais", como vem sendo amplamente (mal) interpretadas as ideias abolicionistas? Segundo meu entendimento, compensa tentar explicar a repercussão das perspectivas abolicionistas de uma maneira não idealista, mas materialista, ou seja, com base nas evoluções sociais. Aqui se levantam então duas hipóteses concorrentes: uma com maior ênfase nas variáveis socioestruturais (a qual, por exemplo, relaciona o surgimento e a popularidade de correntes abolicionistas na Escandinávia, em

em recompensas do que em penas: "Aqui, todo aquele que conseguir provar suficientemente que observou rigorosamente as leis do seu país durante setenta e três luas tem direito a certos privilégios, de acordo com a sua qualidade e nível de vida, e a uma quantia de dinheiro em proporção, proveniente de um fundo instituído com esse fim. Essa pessoa adquire ainda o título de Snilpall, ou Legal, que se acrescenta ao seu nome, mas não se transmite à sua posteridade. E, quando eu lhes disse que as nossas leis eram impostas sob castigos, sem recorrer às recompensas, esta gente considerou isso um defeito político tremendo. É por esta razão que a imagem da Justiça é representada, nas salas de tribunal, com seis olhos, dois à frente, outros tantos atrás e um de cada lado, a significar circunspecção; e com um saco de ouro aberto na mão direita, enquanto a esquerda segura uma espada embainhada, para mostrar que é mais propensa a recompensar do que a punir".

12. Em todo lugar onde a ideia da sociedade perfeita é cultivada, o direito penal se divorcia da estrutura de pensamentos: em "Walden II", de B. F. Skinner, como o próprio subtítulo indica, "Visão de uma sociedade livre de agressões", o autor questiona, abertamente, em um prefácio recentemente adicionado, "se um governo fundado em sanções penais ainda seria defensável, se nós também soubéssemos solucionar problemas sem punições" (SKINNER, 1976, p. 15). Quanto mais otimista uma visão do futuro é criada, mais facilmente torna-se um abolicionista, no sentido de que, onde não há crime, também não há pena. O abolicionismo não trata dessa forma de utopia, mas de uma espécie de desarmamento unilateral: já desse lado da fronteira com a "sociedade livre de agressões", ou seja, em uma sociedade como a nossa, pretende-se começar com o desmantelamento do sistema penal e, assim, eliminar ao menos um dos maiores fatores criminógenos do sistema. Se e como isso seria possível sem modificações fundamentais em toda a estrutura da sociedade – sobre isso divergem em muito, como veremos, as perspectivas entre os abolicionistas.

comparação com, por exemplo, os Estados Unidos, com base nos menores índices de frequência, gravidade e intensidade de delitos, fatores esses que são socioestruturalmente condicionados), e outra que enfatiza a recente evolução do contexto de (re)produção da sociedade como um todo, a "cisão da sociedade", o surgimento de um "movimento alternativo" e, desse modo, encara o abolicionismo como uma tendência de desjuridificação agravada pelas crises de legitimação e controle, e que reflete ou se alinha ao potencial de resistência contra o "Estado de Segurança".

O desenvolvimento seguinte deste trabalho se presta a uma substantivação dessa última tese. No entanto, inicialmente é necessário assegurar-se melhor do conceito de abolicionismo, de modo que ao menos uma concepção heurística dele seja possível. Até o momento, entendemos o abolicionismo primariamente como um movimento social ou uma "escola" político-criminal. A questão proposta, até mesmo pelo uso ocasional da expressão *abolitiontheory*[13], é, contudo, se o abolicionismo (se é que se deveria falar em um "ismo" dogmático) como movimento social estaria corretamente ou satisfatoriamente descrito.

2. Movimento, teoria, método

Não há dúvidas sobre a existência de um pequeno, porém refinado movimento abolicionista com epicentro na Escandinávia, o qual se revela mais claramente na crítica radical ao sistema prisional: ao menos a KROM norueguesa, a mais nova das irmãs escandinavas KRUM (Suécia) e KRIM (Dinamarca, Finlândia) – KROM foi fundada em 1968 – tornou-se mundialmente conhecida. À KROM atribui-se a abolição das casas de trabalho forçado (1970), o impedimento da criação de unidades de internação juvenil autônomas (1971) e o "desmascaramento" da ideologia do tratamento e a problematização do sistema punitivo como um todo[14]. Após a tão debatida abolição das prisões juvenis no estado americano de Massachussetts, parece que a guinada autoritária nas políticas criminais norte-americanas tem atualmente suscitado também forças de oposição, as quais – tais como os *Quakers* – veem na abolição das prisões algo como uma nova perspectiva histórica. Na Alemanha existem iniciativas por uma melhor política criminal inspiradas pela KRIM, propostas de reforma da política de drogas e da

13. MARCONI, P. La strategia abolizionista di Louk Hulsman.*Dei delitti i delle pene* l, 1983, Heft 1. p. 221-238.

14. PAPENDORF, K. Die abolistische Praxis – Ausgangspunkt und Perspektiven.In: MATHIESEN, 1979, p. 195-202.

execução penal juvenil, inspiradas pelo espírito abolicionista, e até mesmo um partido com representação parlamentar que se demonstra genuinamente aberto a tais pensamentos[15].

A literatura que surge nesse contexto se ocupa com estratégias não incrementadoras e radicais de reforma política, abrangendo desde a descrição sistemática de iniciativas individuais de reforma por meio de conclusões generalizadoras até análises teóricas de direito penal ou sugestões político-criminais. Isso ainda não torna o Abolicionismo em teoria, no sentido próprio da palavra, muito menos um novo paradigma. Trata-se, antes, de uma posição específica a respeito de questões de controle social, a qual envolve perguntas fundamentais desafiadoras e o esforço por estratégias inovadoras, revelando-se, assim, tanto como discurso jurídico teórico quanto atividade político-criminal.

Naturalmente, entre os autores existe muito pouco consenso: enquanto uns acreditam que o sistema penal apresenta-se hoje como uma relíquia objetivamente supérflua por completo, a qual poderia ser dispensada de imediato sem que a diminuição da imposição de sofrimento causasse alguma crise no sistema[16], outros veem no direito penal não o apêndice sem funcionalidade de uma época histórica há muito obsoleta, mas uma importante coluna da repressão estatal e das condições de exploração social[17]. Aqueles lutam pela abolição do direito penal aqui e agora, estes lutam por uma nova forma de sociedade como um todo, na qual o direito penal e a imposição de sofrimento pelo Estado sejam "revogados".

Por outro lado, nada impede que se designe o abolicionismo como uma "teoria sensibilizadora", para usar uma terminologia adotada por Thomas Scheff

15. Cf. Mathiesen 1981, a documentação das diferentes iniciativas em KrimJ 4/1981, p. 284-201, a resolução da AJK sobre a legislação de entorpecentes em KrimJ 1/1980, p. 72-74, sobre a reforma da execução de penas juvenis em KrimJ 2/1982, assim como os diversos manifestos dos partidos GRÜNEN e Alternative Liste.

16. Conforme, principalmente, Hulsman, cf. SCHEERER, S. Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben? Gespräch mit Louk Hulsman.*KrimJ* 15, 1983, p. 61-74.

17. Conforme Christie, que por isso chega à conclusão de que "the major tasks ahead of us are not a discussion of crime control. Nor are they a discussion on how to establish a social system that provides the utmost possibilities for the exposure and discussion of the total set of values in society. How can we create systems that ensure that all important values, and all important parties, are included in the considerations? How can we arrange it so that the conflict-setting mechanisms themselves, through their organization, reflect the type of society we should like to see reflected and help this type of society come into being?" (CHRISTIE, N. *Limits to pain*. Oslo, London, 1981. p. 112-113).

ao tratar da Teoria do Etiquetamento Social, ou seja, uma "teoria" que ainda não se ocupa com a comprovação rigorosa de determinadas relações através de detalhadas categorias descritivas e deduções lógicas, mas, antes, de relativizar o pensamento nos trilhos tradicionais, de transmitir novos motivos de reflexão e dinamizar uma comunidade científica congelada pela burocracia. Teorias sensibilizadoras (ainda) não assumem o discurso da verdade e não se submetem a tentativas rigorosas de falsificação, mas servem ao delineamento de novas problemáticas e estruturas de referência. Trata-se, importa entender, não da constante caracterização da perspectiva aqui apresentada em especial, mas antes de um degrau inicial de desenvolvimento, pelo qual toda nova "teoria" passou. Nesse "degrau sensibilizador", comporta-se com uma nova teoria como com o ovo e o pintinho: ainda que as asas estejam geneticamente estabelecidas no ovo da galinha, quem estiver interessado em seu futuro desenvolvimento não deveria realizar tentativas de voo com o ovo. Como "teoria sensibilizadora", à perspectiva abolicionista – assim como, outrora, à Teoria do Etiquetamento Social – deve-se o crédito pelo núcleo duro de pensamentos, "o qual, a longo prazo, ainda precisa cumprir suas promessas de pesquisa em termos práticos, mas que, primeiramente, já deve ser aceito como potencial para novas problematizações[18]. De igual modo seria sem sentido tentar descobrir no Abolicionismo novamente um novo paradigma: não se encontra nele o necessário "salto revolucionário" na evolução científica, tampouco o prenúncio da queda de uma aceita e amadurecida tradição de "ciência normal" e o indício de uma nova e incipiente tradição, incompatível com a antiga. Se o conceito kuhniano de paradigma[19] era uma construção, feita sob medida para as ciências exatas, então parece que seu emprego em ciências como Criminologia e Sociologia seria adequado, no máximo, no sentido de que tudo que ocorre nessas áreas precisaria ser definido como movimentos em nível pré-paradigmático. No entanto, existem crises pré-paradigmáticas e mutações das visões de mundo subjacentes ao conhecimento acumulado ocasionadas pelo questionamento de convicções presumidas, as quais são praticamente axiomáticas e ingênuas ou inconscientes. Entre os próprios abolicionistas a pergunta sobre seu estado (pré) paradigmático ou sobre o *status* teórico de seu próprio pensamento possui pouca importância: talvez porque não encontrem nada nesse sentido taxionômico que lhes ajude nessa tarefa, ou porque temem cair em uma nova armadilha escolástica. Uma vez definido, o adversário irritante já

18. KEUPP, H. *Abweichung und Alltagsroutine*. Die Labeling-Perspektive in Theorie und Praxis. Hamburg, 1976. p. 79.

19. KUHN, T. S. *Die Strukturwissenschaftlicher Revolutionen*, Frankfurt, 1967.

estará parcialmente neutralizado, parecem pensar aqueles que enxergam na inconveniente obstinação um fator produtivo da vida acadêmica e, no pensamento catalogarizador da dogmática jurídica, tudo menos uma ingênua obrigação de burocratas inofensivos: "quem define, não conhece a vida" (O. Spengler). Independentemente da aversão às definições limitantes, pode-se citar, entre as características gerais do discurso abolicionista – assim como de outras teorias sensibilizadoras – a predileção por analogias e metáforas, exemplos históricos e etnológicos, experimentos mentais. Isso também vale para as reflexões sobre o próprio discurso: o abolicionista não se vê como membro desta ou daquela crença específica, obcecado com a ordem, como seitas cristãs ou os micropartidos comunistas – os famosos K-Gruppen dos anos 1970 – mas como crítico do erro, sem ter que indicar positivamente o correto; se a tentativa de definição daquilo que uma futura sociedade livre fará ou deixará de fazer é uma contradição em si mesma, então, por esse mesmo motivo, não seria, afinal, impossível – e, de fato, nisso consiste a bem delimitada tarefa do ofício científico – identificar elementos repressivos do atual sistema social que mereçam ser abolidos por terem se tornado supérfluos com a evolução da sociedade, assim como trabalhar para a contínua e antirrepressiva transformação do sistema. A dificuldade de sustentar uma tal "política criminal negativa" (G. Radbruch), no sentido em que ela tem sido reivindicada e praticada, principalmente, por Thomas Mathiesen, diante das maciças forças que induzem a alternativas positivas, deve-se à atração pela abstração que delas surgem sob o manto de realismo e viabilidade, e ao trágico "Construtivismo" de Franz von Liszt e até mesmo de Gustav Radbruch. Assim como os humanistas se opuseram ao espartilho da escolástica e dos monastérios em nome do florescimento do indivíduo burguês, rejeitando alternativas concretas propostas em prol de jogos mentais aparentemente utópicos, também os abolicionistas hodiernos pregam ceticismo contra as formas enferrujadas de coerção jurídica em nome de uma regulação autônoma – de igual modo aparentemente utópica.[20]

20. "Não se pode determinar o que uma sociedade livre fará ou deixará de fazer" – assim como, para Horkheimer, a liberdade não pode ser objeto da Teoria Crítica, assim também a crítica abolicionista não pode oferecer um projeto detalhado para aquilo que virá após a negação da repressão e da coerção penal. Possível é apenas, no melhor dos casos, criar listas de condições para um menor nível de imposição de sofrimento, como em Christie. Que esta recusa cause fúria nos mais práticos é algo que pode ser solucionado apenas mediante o diálogo com eles, e não através da capitulação ante os supostos obstáculos práticos. Isto porque tais obstáculos práticos (leia-se: imperativos funcionais do sistema burocrático e econômico) possuem eles mesmos uma estrutura paradoxal, voltada para a colonização (judiciarização) justamente daquelas esferas da vida cuja

A tendência "antiescolástica" do pensamento abolicionista, especialmente assim defendida por Hulsman, possui, assim como o atual *status* da Teoria Abolicionista como teoria sensibilizadora, algumas implicações metodológicas, as quais não podem ser aqui ignoradas, sobretudo porque devem ser compreendidas em grande medida com as características do paradigma interpretativo ou reflexivo.

Enquanto a maior parte das teorias e escolas na criminologia possui um viés afirmativo, resgatado do pano de fundo estrutural-funcional das ciências sociais ou da essência normativa das ciências jurídicas, o qual se revela, entre outros modos, na maneira como elementos estruturais e de organização do sistema social, o abolicionismo demonstra uma tendência expressiva à vivissecção de processos sociais. Nesse sentido se assemelha ao desconstrutivismo da sociologia reflexiva, como descrito por Falk e Steinert[21] e que se caracteriza, entre outros fatores, pela recusa em abandonar a análise da criação interativa da ordem social (prematuramente) em prol de construções nomológicas de alicerces concretizados, pela busca das condições que possibilitam a construção da ordem social (ao invés de buscar primeiramente as razões de sua perturbação), pelo foco na (teoria da) situação (em vez de leis para o desenvolvimento), como também pelo foco nas teorias do cotidiano dos atores sociais. Assim, para os abolicionistas, carecem de explicação, principalmente, a estabilidade (e não a mudança), a ordem e o sentido descoberto (e não a desordem e a incompreensão), a unidade (e não a diversidade) e, primeiro, o óbvio, depois o surpreendente.

3. Política criminal como crítica: o princípio mefistofélico

A ideia de que a política criminal, sob as condições de uma sociedade repleta de agressão, não esclarecida e repressiva, não deve se dirigir primordialmente à construção de moinhos de vento ilusórios, mas à abolição de sofrimentos desnecessários, essencialmente uma "política criminal negativa", foi apresentada novamente por Thomas Mathiesen com a experiência da política de reforma norueguesa, tendo sido a sua demanda fundamentada nos imperativos funcionais

manutenção em um *modus* de socialização não colonizado e discursivo já foram amplamente provadas (Preuß, 1979) como "funcionalmente necessárias" (HABERMAS, 1981, p. 547) para o sistema como um todo.

21. FALK, G.; STEINERT, H. Über den Soziologen als Konstrukteur von Wirklichkeit, das Wesen der sozialen Realität, die Definition sozialer Situationen und die Strategien ihrer Bewältigung.*SymbolischeInteraktion*, hrsg. von STEINERT, H., Stuttgart 1973. p. 20 e ss.

da ordem existente e explicada em um modelo interessante de "mensagem estranha e sugerida"[22].

Toda alternativa formulada a uma parte da repressão existente, segundo Mathiesen, ou teria que se submeter às funções existentes (e então não seria mais uma contradição ao sistema) ou teria que se basear em parâmetros completamente diferentes (e seria levada por sua força política explosiva em virtude de seu quadro de referência distinto). Aqueles que constroem alternativas positivas esquecem com demasiada facilidade que dificilmente podem influenciar as condições de implementação e que certamente não podem controlá-las. As experiências que os reformistas otimistas como o AJK[23] ou suas contrapartes inglesas e americanas devem fazer com a transformação das suas exigências de tratamento na prática são uma confirmação tardia e tormentosa das advertências (não ouvidas, claro) de Mathiesen. Processos semelhantes contribuíram para o abandono da ideologia do tratamento e o sucesso do neoclassicismo na Escandinávia.[24]

Seria então o abolicionista o espírito que sempre nega e que, de forma mefistofélica, isto é, sem se expor aos perigos da reificação, da transformação e da dominação por meio da designação positiva, produz o bem? O resultado da constante negação frequentemente levanta dúvidas, pois as "forças que se afastam do inacabado", afirma Mathiesen, "são numerosas e fortes"[25]. Estas últimas surgem especialmente porque a demanda por "alternativas concretas" não só alavanca os efeitos conservadores dos representantes da ordem existente[26], mas porque os críticos de esquerda do abolicionismo de alternativas concretas também prometem um efeito mobilizador sobre as massas, de que deve ser rejeitada a crítica irritante da "reforma negativa". As pessoas, como Greenberg[27], querem ser mo-

22. MATHIESEN, T. *Überwindet die Mauern!* Die skandinavische Gefangenen bewegung als Modell politischer Randgruppenarbeit, Neuwied und Darmstadt, 1979. p. 172.
23. N. do T.: *Arbeitskreis Junger Kriminologen* ou Grupo de Trabalho de Jovens Criminólogos. O AJK é uma associação de criminólogos "críticos" fundada em 1969 que defendia em seus trabalhos uma criminologia "crítica" (em contraste com a "dominante").
24. CHRISTIE, N. *Limits to pain*. Oslo, London, 1981. p. 13-15; WEIGEND, T. Neoklassizismus" –ein transatlantisches Mißverständnis.*ZStW* 94, 1982. p. 801-814.
25. MATHIESEN, T. *Überwindet die Mauern!* Die skandinavische Gefangenen bewegung als Modell politischer Randgruppenarbeit, Neuwied und Darmstadt, 1979. p. 72.
26. MATHIESEN, T. *Überwindet die Mauern!* Die skandinavische Gefangenen bewegung als Modell politischer Randgruppenarbeit, Neuwied und Darmstadt, 1979. p. 70.
27. GREENBERG, D. F. Reflections on the Justice Model Debate. *Contemporary Crises* 7, 1983. p. 325.

tivadas por uma "visão convincente" para mudar a ordem existente e em vista de tantas experiências históricas, com belas promessas e estados pós-revolucionários sombrios, saber exatamente o que esperar – e dessa vez o quanto antes. Em virtude dos imponderáveis desenvolvimentos sociais, esse pedido por profetas concretos é duvidoso e as construções detalhadas dos belos novos mundos do futuro – do doutor Guillotin até Franz von Liszt – sempre foram abandonadas em prol do real desenvolvimento. A plausibilidade da objeção de Greenberg também sofre com o fato de que a crítica negativa persistente – ver os movimentos de abolição mencionados inicialmente – já provou a sua capacidade de mobilização.

4. A concepção do ser humano e o estado de natureza

Se a primeira grande objeção à perspectiva abolicionista estava na alegação de que não havia uma "visão convincente", então a segunda – ironicamente, do mesmo autor – poderia ser designada como uma declaração de uma "visão excessiva" na representação de uma confiança na natureza humana não fundada em fatos. O "positivo", almejado como meio de mobilização urgentemente necessário, agora aparece subitamente como uma indesejada ilusão. No primeiro caso, Greenberg chamou a abstenção da visão de "erro catastrófico", e agora considera os abolicionistas "equivocados" ao confiar na capacidade de autodeterminação e auto-organização das pessoas. Na visão de Greenberg, quem está sempre focado na abolição da coerção, sem planejar o futuro, mostra uma confiança injustificada de que, uma vez abolidas as restrições repressivas, o povo irá se organizar sem a repressão. Essa "visão" – explicita Greenberg – tem uma forte capacidade de atrair e também uma longa tradição na filosofia "anarquista e capitalista", mas baseia-se em uma confiança não comprovada na natureza humana. Segundo Greenberg, a inevitável necessidade de instituições burocráticas em grandes sociedades tecnicamente complexas – inclusive no futuro – torna necessário não apenas se opor às instituições, "mas refletir cada vez mais sobre as possibilidades de transformar as instituições no sentido de uma maior necessidade de justiça"[28]. A representação da natureza do homem e da necessidade de uma instituição de prevenção do caos não está intimamente relacionada apenas a Greenberg. Por uma questão de clareza, no entanto, queremos separar analiticamente os dois aspectos e inicialmente nos voltarmos para a questão da imagem do ser humano.

Em um quadro de ausência do poder central e do direito penal, não surgiria imediatamente uma situação de guerra de todos contra todos, a fim do mais forte

28. GREENBERG, D. F. Reflections on the Justice Model Debate.*Contemporary Crises* 7, 1983. p. 325.

se aproveitar dos mais fracos por todos os meios, para explorá-lo, escravizá-lo e explorá-lo? A brutalidade não seria recompensada e a tolerância punida? Aparentemente, por trás desse medo está o problema hobbesiano, seu "dilema da moralidade do mercado"[29], que ele incorpora ao institucionalizar um "poder que intimida a todos", um "poder capaz de manter o respeito de todos"[30]. Conforme a conhecida argumentação hobbesiana, tendo em vista que os indivíduos atravessariam inevitavelmente o caminho do outro em sua busca individual por autopreservação e prazer, uma ordem social digna de se viver não seria produzida de modo algum sem uma instância reguladora equipada com o monopólio da violência, ou seja, o Estado. No estado natural, ou seja, uma sociedade sem poder político, não haveria, segundo Hobbes, "agricultura, navegação, consumo de bens do exterior, conforto, meios de transportar objetos, não haveria conhecimento da superfície da terra, cálculo de tempo, artes, ciências, sociedade, e o pior de tudo, existiria o medo constante e o perigo de uma morte violenta." A vida seria, conforme conhecidas palavras, "solitária, pobre, detestável, brutal e curta"[31].

Contudo, a forma como Nils Christie concebe o ser humano é descrita por seu crítico Andrew von Hirsch como o oposto do quadro hobbesiano. "Ele (isto é, Christie) possui uma imagem otimista da natureza humana, a qual o leva a questionar a necessidade do poder estatal e a confiar em mecanismos informais de resolução dos conflitos; sua objeção à pena resulta dessas convicções"[32].

O que isso realmente tem com a natureza humana não será respondido definitivamente aqui nem nos parágrafos posteriores. No entanto, a plausibilidade da hipótese de Hobbes pode ser relativizada por uma série de explicações e descobertas que, no final das contas, podem torná-la carente de evidências. Seria possível iniciar com o próprio Thomas Hobbes, que com as suas conhecidas exposições não pretendia projetar uma afirmação empiricamente comprovada, senão uma construção teórica[33], mais precisamente, uma categoria analítica[34] que

29. STEINVORTH, U. *Stationen der politischen Theorie*, Stuttgart. 1981. p. 26.
30. HOBBES, T. *Leviathan, or The Matter, Forme, and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*, hrsg. von Macpherson, C. B., Harmondsworth 1968. p. 185.
31. HOBBES, T. *Leviathan, or The Matter, Forme, and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*, hrsg. von Macpherson, C. B., Harmondsworth 1968. p. 186.
32. HIRSCH, A. von. Limits to pain. Eine (ziemlich) neoklassische Perspektive.*KrimJ* 15, 1983., p. 57-60. p. 60.
33. STEINVORTH, U. *Stationen der politischen Theorie*, Stuttgart. 1981. p. 29.
34. HESS, H. Probleme der sozialen Kontrolle.*Festschrift für Heinz Leferenz*, Heidelberg 1983. p. 3.

"deveria mostrar [...] em que ou para que elas (as pessoas) precisam do Estado"[35]. No entanto, talvez Hobbes tivesse ficado surpreso ao ouvir que as realizações de integração atribuídas por ele à autoridade central foram garantidas por ordens não estatais e não legislativas (como parentesco, troca de equivalentes etc.) durante muito tempo e que, por fim, os seres humanos – evolutivamente falando – viveram muito menos tempo em sociedades estatais do que na anarquia regulada (Weber) de sociedades tribais, que eram mais pacíficas e ordeiras do que as sociedades estatais posteriores, caracterizadas pela divisão de classes e dominação, e que, por isso, a teoria política anarquista (contrária à teoria hobbesiana) não precisa ser uma construção utópica de idéias[36].

Os argumentos de Hobbes sobre a natureza humana são uma descrição precisa, mas uma generalização inadmissível (se quiséssemos compreendê-los como categorias descritivas, como fazem em sua argumentação os sucessores de Hobbes), de uma sociedade de mercado capitalista que, de fato, precisa objetivamente de um Estado em desenvolvimento. Enquanto Hobbes só podia esperar pelo bom desenvolvimento sob o amparo de um Estado (ainda rudimentar e, portanto, a se fortalecer), atualmente nos encontramos em um ponto de desenvolvimento que, por meio da organização do capitalismo, é caracterizado pela ameaça aos alicerces materiais da (re)produção que avançam sobre o controle da natureza e pela sobrecarga funcional de um aparato estatal crescente e imensurável. Em vista da possibilidade do Estado de aniquilar a vida humana no interesse da "segurança", a guerra invocada por Hobbes de todos contra todos para a justificação do Estado ganha traços românticos simpáticos e cavalheirescos: a questão de uma garantia de segurança menos perigosa do que a violência estatal hoje está mais próxima, pois – também na época de Hobbes – demonstrou-se que a escassez de bens não conduz automaticamente a uma competição que termina na guerra de todos contra todos, mas também pode produzir (como mostra o movimento operário) esforços solidários em nome da razão coletiva. Se o dilema da moralidade do mercado era um fenômeno historicamente recente que foi transcendido desde então, por que o comportamento das pessoas na sociedade "pós-industrial" não se aproxima do previsto por Christie, e por que John Locke não deveria estar certo – em muitos aspectos, de acordo com Hobbes – de que o estado de natureza de seres racionais não conduziria a guerra *omnium contra omnes*, mas a um "estado de paz, boa vontade, proteção mútua e ajuda"[37]?

35. STEINVORTH, U. *Stationen der politischen Theorie*. Stuttgart. 1981. p. 29.

36. HESS, H. Probleme der sozialenKontrolle.*Festschrift für Heinz Leferenz*, Heidelberg 1983. p. 3.

37. STEINVORTH, U. *Stationen der politischen Theorie*. Stuttgart. 1981. p. 35.

Por fim, as reflexões psicanalíticas sobre o problema da agressão e a necessidade de punição na sociedade, que em várias versões assumem que a ordem social "exige repetidamente a evocação coletiva e a expulsão ritual dos pecados"[38], de que por isso o direito penal deve representar uma quase-constante social, apenas aparentemente adequada para apoiar a tese de Hobbes, também leva aos excessos de agressão canalizados via rituais punitivos, possivelmente porque a atual forma histórica de organização da sociedade – incluindo o sistema de justiça criminal – produz uma grande quantidade de renúncias, repressões, agressões e necessidades punitivas[39].

Assim, o conflito em torno da concepção do ser humano não está resolvido, mas a tentativa de alguns hobbesianos (especialmente entre os neoclássicos) de transfigurar uma figura de pensamento em um dogma ontológico não passa de um castelo de areia.

5. O abolicionismo e a chamada ordem social moderna

Mas e quanto à tese de que as condições essenciais ou os pressupostos sobre os quais as demandas abolicionistas se baseiam são incompatíveis com a ordem social política moderna?[40] Para fazer uma análise desse ponto, deve-se evocar as cinco condições que Christie chamou em seu livro *Limitstopain* de pré-requisitos para limitar a quantidade de dor em resposta a violações a normas: os membros da sociedade devem ter um alto grau de conhecimento mútuo[41], a resolução de conflitos não deve se basear no "poder de sobrepujar todos os demais", mas resultar justamente de terceiros impotentes[42], os órgãos de controle, desde os inspetores de polícia até os juízes, deveriam ser vulneráveis, no sentido de responsabilizar-se para com a comunidade a qual servem[43], as partes devem – como

38. HESS, H. Probleme der sozialen Kontrolle.*Festschrift für Heinz Leferenz*, Heidelberg 1983. p. 21. BÖLLINGER, L. Limits to pain. Eine psychosoziale Perspektive.*KrimJ* 15, 1983. p. 54-56.
39. HOBBES, T. *Leviathan, or The Matter, Forme, and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*, hrsg. von Macpherson, C. B., Harmondsworth 1968.
40. TROTHA, T. von. Strafvollzug und Rückfälligkeit. Eine Studie zur soziologischen Theorie und Empirie des Rückfalls von Strafgefangenen, Beiträge zur Strafvollzugswissenschaft, Bd. 25, hrsg. v. Heinz Müller-Dietz. Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1983. p. 40.
41. CHRISTIE, N. *Limits to pain*. Oslo, London, 1981. p. 81.
42. CHRISTIE, N. *Limits to pain*. Oslo, London, 1981. p. 83.
43. CHRISTIE, N. *Limits to pain*. Oslo, London, 1981. p. 85.

na pequena comunidade esquimó, onde uma reação de exclusão sempre significa colocar em perigo a coletividade – ter um alto grau de interdependência[44], com um sistema de valores comuns segundo o qual a imposição de dor é imoral[45]. Contra isso, argumentou-se que, além do aumento da vulnerabilidade dos detentores de posições de poder, que aparentemente era algo considerado possível e desejável[46], – nenhuma dessas condições leva em consideração os fenômenos da diferenciação social, da divisão do trabalho, mobilidade, privacidade e o individualismo, comumente referidos como princípios organizacionais fundamentais das sociedades modernas. Pelo menos quatro das cinco condições de Christie são, de acordo com von Trotha[47], simplesmente incompatíveis com esses princípios organizacionais. Em suma, não há caminho (razoável, desejável) para além do estágio de desenvolvimento alcançado na sociedade moderna e o futuro também não modificará esses elementos básicos, razão pela qual o pensamento abolicionista pertence à série de belas utopias, mas separadas de possibilidades reais. Contra argumentos similares, que, vindos de diferentes abordagens teóricas, chegam à mesma conclusão, foram recentemente apresentadas por Emilio Garcia Mendez[48] contra a estratégia de descriminalização de Hulsman e complementadas com propostas interessantes.

Trotha desconsidera uma *desejável* sociedade futura sem direito penal nos termos de Christie, porque teme um novo totalitarismo e a perda da privacidade, mesmo a sua *possibilidade*, porque considera a modernidade inevitável e insuperável em suas atuais características estruturais e princípios organizacionais. Ele encontra respaldo para essa crítica em uma série de outros autores, o que lhe dá ainda mais peso[49]. Pode-se afirmar, portanto, que Christie é geralmente acusado

44. CHRISTIE, N. *Limits to pain*. Oslo, London, 1981. p. 88.

45. CHRISTIE, N. *Limits to pain*. Oslo, London, 1981. p. 90.

46. TROTHA, T. von. Strafvollzug und Rückfälligkeit. Eine Studie zur soziologischen Theorie und Empirie des Rückfalls von Strafgefangenen, Beiträge zur Strafvollzugswissenschaft, Bd. 25, hrsg. v. Heinz Müller-Dietz. Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1983. p. 42 e ss.

47. TROTHA, T. von. Strafvollzug und Rückfälligkeit. Eine Studie zur soziologischen Theorie und Empirie des Rückfalls von Strafgefangenen, Beiträge zur Strafvollzugswissenschaft, Bd. 25, hrsg. v. Heinz Müller-Dietz. Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1983. p. 41.

48. GARCIA MENDEZ, E. Dei Problemi Sociali e della Decriminalizzazio.*Dei delitti i e delle pene* 1, 1983, Heft 1. p. 211-219.

49. BÖLLINGER, L. Limits to pain. Eine psychosoziale Perspektive.*KrimJ* 15, 1983. p. 54-56. HIRSCH, A. von. Limits to pain. Eine (ziemlich) neoklassische Perspektive.*KrimJ*

de fechar os olhos para a realidade, que suas ideias não são consideradas como uma análise, mas um apelo moral sem base material. Curiosamente, todos os críticos também passam de largo sobre os numerosos exemplos e dicas que Christie relaciona em seu trabalho *Limits to Pain* com fenômenos realmente existentes e que se pode designar de subsistemas ou contrassistemas sem controle social penal (Tvind, Christiania, Vidar). Finalmente, corresponde à "acusação de utopia" feita pelos próprios críticos uma espantosa absolutização dos (alegados) princípios organizacionais fundamentais da sociedade moderna: a ordem social em crise e propensa a mudanças da sociedade industrializada no capitalismo organizado torna-se um ser autônomo, estranho e invariável ("reificado") face ao ser humano e seu poder criativo, ontologizado. Visto que o esboço de Christie, aparentemente ingênuo e simplista[50], argumentava a esse respeito com demasiada presunção, a fim de causar uma impressão duradoura, a tese já lançada anteriormente na discussão era a de que *Limits to pain* não é sobre apelos morais, mas sim sobre uma análise estratégica que se refere a tendências político-econômicas.

Pode-se começar com a tese de que Christie *mutatis mutandis* poderia ser considerado como o Beccaria da cultura alternativa. Isso implica que as mudanças qualitativas atualmente emergentes na reprodução social geral (palavra de ordem: divisão da sociedade, cultura alternativa) revelam-se não apenas fenômenos efêmeros, mas igualmente tão poderosas ou comparáveis às dos instintos hegemônicos da sociedade burguesa do tempo de Beccaria. Se é possível assumir como viável ou não tal qualidade das distorções atuais, depende do quadro analítico e da observação exata. Para ambos, teremos que nos contentar aqui com representações incompletas.

O que é essencialmente indiscutível é a observação de que na Europa Central, sob a pressão da competição internacional, está ocorrendo uma mudança estrutural econômica permanente que não deixa nenhuma esfera social intocada. No campo da produção, a contínua revolução tecnológica (mecanização, automação, microeletrônica, uso robótico) significa reduzir a demanda de mão de obra em comparação à fase de crescimento econômico amplo, com

15, 1983. p. 57-60. GREENBERG, D. F. Reflections on the Justice Model Debate. *Contemporary Crises* 7, 1983. p. 313-327. MARCONI, P., La Strategia Abolizionista di Louk Hulsman.*Dei delitti i delle pene*l , 1983, Heft,1. p. 221-238.

50. TROTHA, T. von. Strafvollzug und Rückfälligkeit. Eine Studie zur soziologischen Theorie und Empirie des Rückfalls von Strafgefangenen, Beiträge zur Strafvollzugswissenschaft, Bd. 25, hrsg. v. Heinz Müller-Dietz. Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1983. p. 41.

capitalização simultânea[51] dos setores de produção artesanal e doméstica de grande e pequena escala. Como nos primeiros impulsos de industrialização, as relações sociais tradicionais de um tipo não mercantilizado estão se dissolvendo e conduzem à atualização do processo de atomização das relações sociais. Ao mesmo tempo, a extrema exploração dos recursos sociais e naturais põe em perigo os fundamentos sociais e naturais do próprio sistema econômico. A fim de neutralizar o enfraquecimento da ordem social, o Estado se sente obrigado a intervir intensivamente em mais áreas sociais para ajudar, corrigir, apoiar e controlar. A tese amplamente aceita na discussão sociológica do aumento da ação de intervenção do Estado é despertada pela percepção de que intervenções administrativas estatais em ambientes comunicativamente estruturados provocam consideráveis irritações (problemas secundários) que só podem ser absorvidas intensificando e refinando as medidas de vigilância do Estado. No final desse processo de "transnacionalização"[52], o Estado se mantém como o garante material e ideológico da reprodução da força de trabalho – e diante da crescente carga de problemas, da crise financeira estatal e do crescimento constante dos marginalizados em relação ao centro produtivo e ao processo de trabalho, ele é sistematicamente sobrecarregado. No chamado centro produtivo da "sociedade dividida", os problemas de controle e legitimação diferem daqueles do lado dos marginalizados: enquanto os que ainda estão empregados podem ser disciplinados pelo medo com o fim de preservar os seus postos de trabalho, bem como ser submetidos a uma nova ética de trabalho, a crescente periferia heterogênea, de grupos libertos das restrições da ética da produção, cujo "caráter social" ou "orientação para valores" baseia-se em pressupostos socializantes e situacionais bastante diferentes, por exemplo, as pretensões de consumo reduzidas, demandam maior valorização dos chamados "valores pós-materiais" e, em geral, mais autonomia e menos hierarquia.

A natureza dual muito citada da política de controle no capitalismo organizado – a intensificação dos controles "brandos" e a expansão simultânea do "manifestamente repressivo" – pode ser explicada pelas diferentes exigências de controle estatal: os controles "brandos" e integrativos para aqueles que pertencem ao centro produtivo, os controles "duros" para o resto crescente. No entanto, em vista de seu aumento quantitativo e heterogeneidade, os custos políticos do controle meramente repressivo são muito altos e só podem ser contidos pela expansão da prevenção e vigilância. Em vista da crescente suscetibilidade à

51. HIRSCH, J. Der Sicherheitsstaat, Frankfurt, 1980.

52. HIRSCH, J. Der Sicherheitsstaat, Frankfurt, 1980.

ruptura de sistemas altamente complexos (e dos crescentes problemas de controle impostos pelas instituições estatais), a política de controle está mudando da resposta para os atos criminosos individuais na prevenção de situações criminogênicas[53]. O potencial composto de remanescentes das formas de vida e produção pré-capitalistas, nas quais a reprodução da força de trabalho era capaz de sustentar-se, é assim destruído, sendo substituído pela tentativa do Estado securitário de produção administrativa da normalidade – no sentido de valorização desinibida de capital e integração de sistemas. O desvio, até então apenas um fator de perturbação social, assume na sociedade estatal, igualmente por meio do contexto modificado, uma conotação política: no combate preventivo ao crime, o cidadão é principalmente um dissidente em potencial, o sujeito primariamente objeto, a criminalidade é sempre subversão[54]. Por um lado, a tentativa do Estado de fazer dos cidadãos e suas relações sociais, sem muito respeito às barreiras de intervenção dos antigos liberais, um objeto de colonização interna, pode ser explicada sem muito esforço das exigências sistêmicas, por outro lado, existe também um potencial de resistência social que é visível em muitos movimentos sociais, que se opõem às ameaças de modificação qualitativa do contexto de vida. Desde os anos 1960, os serviços compensatórios oferecidos pelo sistema para a destruição de oportunidades autênticas de desenvolvimento – sobretudo o consumo – não são mais inquestionavelmente aceitos, e as formas comunitárias de socialização vieram para o lugar da ordenação atomística na sociedade mercantilizada. O modo de vida que emerge aqui torna-se para os envolvidos menos "totalitário" do que a "normalidade" da vida investigada preventivamente no mundo administrado. Também não se trata apenas de um fenômeno periférico passageiro, porque com a divisão progressiva da sociedade e um núcleo produtivo que se dissolve, as formas de comunitarização abordadas por Christie, que são baseadas na "economia informal", juntamente com as formas anti-institucionais e não legais de regulação de conflitos, tenderão a ganhar importância. Seria necessário fechar os olhos para a realidade concreta, caso queira-se ignorar que (a) a vasta maioria dos conflitos sociais sempre foi resolvida sem reivindicar o direito penal; (b) o distanciamento atual do Estado da base social, ao mesmo tempo em que estende suas tentativas de intervenção diretamente ao cidadão, transformam-no, para uma cultura alternativa crescente, em um adversário concreto no sentido de uma dicotomia entre Estado e sociedade; (c) devido à crescente impopularidade

53. RIEHLE, E. Sicherheit im Vorfeld des Rechts.*KrimJ* 14, 1982. p. 167-176.

54. Cf. NARR, W.-D. Wir Bürger als Sicherheitsrisiko, Reinbek, 1977, RIEHLE, E. Sicherheit im Vorfeld des Rechts.*KrimJ* 14, 1982. p. 167-176 e muitos outros.

da ideia de Estado, desenvolvem-se outras formas de interação social em vez da jurídica, incluindo uma "moralidade alternativa" com elementos sociológicos mais favoráveis ao conflito (por exemplo, relações sociais estreitas, vulnerabilidade, confiança, disposição para reconciliar, recusa à sanção, restituição etc.). Sem o desejo de objetivar a vida em uma cultura alternativa que se pauta na hegemonia, é inegável que ela parece possuir considerável atratividade para muitas pessoas em virtude de seu desempenho mais como apoio do que como controle da ordem social. Uma análise mais aprofundada da cultura alternativa mostraria que a distinção absoluta recorrente entre "aqui sociedade moderna", com as características de mobilidade, anonimato, juridificação etc., e "lá sociedade tribal", com relações não mediadas pela forma mercadoria, imobilidade etc., perdeu validade nas contradições do "modo de socialização fordista" (Hirsch) e seus contramovimentos, e que a cultura alternativa sabe como conciliar características da "sociedade moderna" (como a mobilidade) com aquelas da "segmentária" (como, por exemplo, formas não-anônimas de regulação de conflitos).

Tudo indica, portanto, que a aporia da modernidade também (mas não exclusivamente) abriga um futuro possível nos segmentos excluídos da sociedade para a perspectiva abolicionista.

Referências

BÖLLINGER, L. *Limits to pain*. Eine psychosoziale Perspektive.*KrimJ* 15, 1983.

CHRISTIE, N. *Limits to pain*. Oslo, London, 1981.

CHRISTIE, N. Die versteckte Botschaft des Neo-Klassizismus.*KrimJ* 15, p. 14-33, 1983.

COUNCIL OF EUROPE. Report on Decriminalisation, Straßburg, 1980.

FALK, G.; STEINERT, H. Über den Soziologen als Konstrukteur von Wirklichkeit, das Wesen der sozialen Realität, die Definition sozialer Situationen und die Strategien ihrer Bewältigung. *Symbolische Interaktion*, hrsg. von STEINERT, H., Stuttgart 1973.

GARCIA MENDEZ, E. Dei Problemi Sociali e della Decriminalizzazio.*Dei delittii e delle pene* 1, 1983, Heft 1.

GREENBERG, D. F. Reflections on the Justice Model Debate.*Contemporary Crises* 7, p. 313-327, 1983.

HABERMAS, J. Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Frankfurt, 1981.

HESS, H. Probleme der sozialen Kontrolle.*Festschrift für Heinz Leferenz*. Heidelberg 1983.

HIRSCH, A. von. Limits to pain. Eine (ziemlich) neoklassische Perspektive. *KrimJ* 15, p. 57-60, 1983.

HIRSCH, J. *Der Sicherheitsstaat*. Frankfurt, 1980.

HOBBES, T. *Leviathan, or The Matter, Forme, and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*, hrsg. von Macpherson, C. B., Harmondsworth 1968.

HULSMAN, L. Zu Tendenzen der holländischen Strafrechtsreform. *Kriminalsoziologische Bibliographie* 35, 1982.

HULSMAN, L. Abolire il sistama penale?. *Dei delitti i delle pene*1, 1983, Heft 1.

HULSMAN, L.; BERNAT de CELIS, J. *Peines Perdues*. Le systäme penal en question, Paris, 1982.

KEUPP, H. *Abweichung und Alltagsroutine*. Die Labeling-Perspektive in Theorie und Praxis, Hamburg, 1976.

KUHN, T. S. *Die Strukturwissenschaftlicher Revolutionen*, Frankfurt, 1967.

MARCONI, P. La Strategia Abolizionista di Louk Hulsman.*Dei delitti i delle pene* l, 1983, Heft,1.

MATHIESEN, T. *Überwindet die Mauern!* Die skandinavische Gefangenen bewegung als Modell politischer Randgruppenarbeit. Neuwied und Darmstadt, 1979.

MATHIESEN, T. On saying 'NO' to the Prison system.*KrimJ* 13, p. 278-283, 1981.

NARR, W.-D. *Wir Bürger als Sicherheitsrisiko*.Reinbek, 1977.

NAUCKE, W. *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*. Karlsruhe, 1975.

PAPENDORF, K. *Die abolistische Praxis* – Ausgangspunkt und Perspektiven.

PAPENDORF, K. Erfahrungswissenschaftliche Gründe, Jugendliche nicht mehr einzusperren, Zur Rationalität der AJK-Forderungen.*KrimJ* 14, p. 137-158, 1982.

PILGRAM, A.; STEINERT, H. Plädoyer für bessere Gründefür die Abschaffung der Gefängnisse und für Besseres als die Abschaffung der Gefängnisse.*Freiheit statt Strafe*, hrsg. von ORTNER, H. Frankfurt, 1981.

PREUSS, U. K. Die Aufrüstung der Normalität.*Kursbuch* 56, 1979, S. 15-37.

QUENSEL, S. *Drogenelend*. Frankfurt, 1982.

REDHARDT, R. Prostitution.*Handwörterbuch der Kriminologie*, 2. Aufl., Bd. 2, Berlin, New York, p. 307-344, 1977.

RIEHLE, E. Sicherheit im Vorfeld des Rechts. *KrimJ*14, p. 167-176, 1982.

SCHEERER, S. Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben? Gespräch mit Louk Hulsman. *KrimJ* 15, p. 61-74, 1983.

SCHUMANN, K. F. Politische Randgruppenarbeit nach Mathiesen und Foucault – eine Einführung.

SCHUMANN, K. F.; VOSS, M.; PAPENDORF, K. Über die Entbehrlichkeit des Jugendstrafvollzugs. *Freiheit statt Strafe*, hrsg. Von ORTNER, H. Frankfurt, 1981.

SKINNER, B. F. FuturumZwei. *Die Vision eineraggressionsfreien Gesellschaft*.Reinbek, 1976.

STEINERT, H. Das Ende der Rechtschaffenheit. Eine kriminalpolitische Utopie. *Kriminalsoziologische Bibliographie*, 36/37, p. 243-286, 1982.

STEINVORTH, U. *Stationen der politischen Theorie*. Stuttgart. 1981.

SWIFT, J. Gullivers Reisen, Stuttgart 1979, (engl. Orig. 1726, dt. Übers. n. d. 5. Ausg. v. 1747.

TROTHA, T. von. Strafvollzug und Rückfälligkeit. Eine Studiezursoziologischen Theorie und Empirie des Rückfalls von Strafgefangenen, Beiträge zur Strafvollzugswissenschaft, Bd. 25, hrsg. v. Heinz Müller-Dietz. Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1983.

WEIGEND, T. Neoklassizismus–ein transatlantisches Mißverständnis.*ZStW* 94, p. 801-814, 1982.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- "O abolicionismo" e a escravidão: reflexo do pensamento de Joaquim Nabuco nas mudanças legislativas do século XIX, de Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior – *RT* 916/317-338 (DTR\2012\69);
- Abolicionismo e terceira velocidade do direito penal: conclusões possíveis, de Vinicius de Toledo Piza Peluso – *RCP* 13/350-366 (DTR\2010\623); e
- As plantas do jardim de Hulsman: discutindo o abolicionismo penal e o abolicionismo carcerário, de Luciano Oliveira – *RBCCrim* 129/285-320 (DTR\2017\384).