

# BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 28 - Nº 332 - JULHO/2020



## CADERNO DE DOCTRINA

**4** O Presidente da República, no âmbito da pandemia, pratica Crime contra a Humanidade?

Carlos Eduardo Adriano Japiassú

**7** A Política Criminal na Anocracia

Thiago Fabres de Carvalho e Raphael Boldt

**10** Racismo de Estado e Justiça Penal Juvenil: a biopolítica como fio condutor de uma análise crítica

Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo Barra e Samuel Lucky Lucyano Novaes Coelho

**14** O princípio da confiança e os reflexos penais na responsabilidade de dirigentes de empresas por omissão, no âmbito da subcontratação

Lucas Nogueira Rodrigues da Silva

**16** A banalização da prisão preventiva: ainda a ordem pública como via argumentativa para a prisão processual

Paulo Victor Leôncio Chaves

**19** Execução penal sob uma perspectiva decolonial

Karen Priscila Araújo Baraúna

**22** Os institutos do impedimento e suspeição como vetores para aferição do dolo específico nos crimes de abuso de autoridade

Filipe Lovato Batich

**25** Cumplicidade em crimes de guerra por meio do fornecimento (lícito) de armas?

Kai Ambos,

Traduzido por: Pablo Rodrigo Alfien

## CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

**27** El precedente Villaseñor Velarde vs. Guatemala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

María Eugenia Villaseñor Velarde

**30** Supremo Tribunal Federal

**33** Superior Tribunal de Justiça

# SOBRE A NECESSIDADE DE APURAÇÃO DOS CRIMES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Em 16 meses de governo, o Presidente da República já acumula 40 pedidos de *impeachment*, é objeto direto de uma investigação criminal, foi alvo de uma denúncia acatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, até mesmo, de uma representação apresentada ao Tribunal Penal Internacional por crime contra a humanidade; isso além de ações civis e eleitorais, como a que pede a cassação da chapa eleita perante o Tribunal Superior Eleitoral.

Tal conjuntura decorre de fatos praticados seja por Jair Bolsonaro pessoalmente, seja por seu governo, os quais configuram, em tese, crimes de responsabilidade, crimes ordinários no exercício do cargo, violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade.

São tantos fatos com repercussões jurídico-criminais, que chega a ser difícil enumerá-los. Ações e manifestações de cunho antidemocrático e preconceituoso sempre foram praticadas e proferidas por Jair Bolsonaro, desde que apareceu na cena pública. Entretanto, agora, quando essa pessoa tornou-se Presidente da República, tais práticas se revelam ainda mais graves, pois emanam de alguém colocado no posto de mais alta autoridade do Poder Executivo no país e cujo desprezo pelos valores e normas que informam a Constituição da República atenta ostensivamente contra o Estado Democrático de Direito.

Portanto, as instituições precisam agir para evitar ainda mais retrocessos à recente e não consolidada democracia brasileira e à sociedade em geral, com todo o seu pluralismo. Mas, afinal, o desapego do Presidente da República ao decoro que se espera de seu cargo seria mera bravata ou estaria o projeto de democracia brasileira realmente em risco?

Para responder a esta pergunta, analisemos, primeiro, os fatos que deram ensejo ao pedido de instauração de inquérito apresentado pelo Procurador Geral da República - nomeado por Bolsonaro sem seguir a tradição de respeito à lista tríplice elaborada pela instituição. Trata-se de suspeita de interferências de Bolsonaro na atuação da Polícia Federal.

A *notitia criminis* partiu da coletiva de desligamento do governo do então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro. A fala do ex-Ministro aponta para a intervenção do Presidente na Polícia Federal, em especial, na Superintendência do Rio de Janeiro. Na sequência, o inquérito foi instruído com cópias de mensagens, testemunhas e, ainda, um vídeo de uma sofrível reunião ministerial. Tal conjunto, ao que tudo indica, evidencia a interferências com intento de proteger familiares e amigos, colocando o interesse pessoal acima do interesse coletivo. Quer dizer: uma instituição como a Polícia Federal é uma instituição de Estado, constitucionalmente entendida como essencial à própria democracia, mas só se tiver atuação independente aos interesses do governo. Caso contrário, torna-se o oposto: polícia de governo, perigosamente atentatória aos seus fins constitucionais, colocando em risco os valores democráticos, a liberdade, a integridade física e até a vida de opositores.

Portanto, eventual interferência presidencial, além de configurar crime de responsabilidade contra a probidade na administração (artigo 9º da Lei 1.079/50), pode constituir o crime de "advocacia administrativa" (artigo 321 do Código Penal) pelo suposto uso de estruturas oficiais em nome de interesses pessoais. Ainda, não se pode excluir a necessidade de apuração de crime de "coação no curso do processo" (artigo 344 do Código Penal) ou, mesmo, de "obstrução da justiça" (crime existente somente no contexto de organização criminosa, conforme artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013), caso comprovado que o presidente tenha atuado para evitar operação contra filhos ou amigos.

Outro fato grave está nas participações semanais do presidente em manifestações de cunho *nitidamente antidemocrático*. Além de ocorrerem em frente a edifício das Forças Armadas, envolvem a defesa expressa de graves transgressões à Constituição e às suas instituições democráticas, tais como o fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, além da reedição de um Ato Institucional nº 5.

Novamente, visualiza-se a tentativa de fragilização ou utilização segundo interesses pessoais de instituições, como o Congresso e o Supremo Tribunal Federal. Endossar este tipo de manifestação configura crime de responsabilidade contra o livre exercício dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados (artigo 6º, incisos 1, 2, 5, 6 e 7 da Lei 1.079/50).

A propósito, a recente denúncia recebida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Estado Brasileiro por conduta de Bolsonaro diz respeito a seu descumprimento da condenação do Brasil em relação à Guerrilha do Araguaia (caso "Gomes Lund"), ao receber no Planalto e homenagear o Major Curió, militar reformado, ex-oficial do CIE (Centro de Informações do Exército) e ex-agente do SNI (Serviço Nacional de Informações). Mesmo havendo condenação do Brasil por tal fato na Corte Interamericana, a Secretaria de Comunicação Social da Presidência publicou texto em sua conta oficial classificando como "heróis do Brasil" os agentes públicos que atuaram na repressão à Guerrilha do Araguaia, nos anos de 1970, durante a ditadura civil-militar.

Ainda, dentro do vasto conjunto de ataques à democracia proferido pelo Presidente estão as agressões à imprensa livre e à própria informação. Há a negação sistemática de fatos e evidências científicas, com destaque recente para a subestimação da gravidade da doença causada pelo novo coronavírus, e a pressão e interferência para que medicamentos sem comprovação de eficácia sejam amplamente adotados. O presidente age e se pronuncia de forma antagonista não só à própria política pública do Ministério da Saúde, como também às recomendações internacionais relacionadas ao tema. Essa postura atenta diretamente contra o bem-estar e a proteção da vida. Alguns pedidos de *impeachment* interpretam este fato como crime de responsabilidade contra a existência da União (artigo 5º, inciso 11, da Lei 1.079/50); contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais (artigo 7º, inciso 9, da Lei 1.079/50); e contra a segurança interna do país (artigo 8º, incisos 7 e 8, da Lei 1.079/50).

A posição negacionista do presidente em relação à Covid-19 rendeu-lhe, ainda, representação por crime contra a humanidade perante o Tribunal Penal Internacional, por colocar a vida da população em risco, segundo o documento protocolado pelos advogados Ricardo Franco Pinto (Espanha) e Charles Kurmay (EUA). Como destacado em artigo de **Carlos Eduardo Japiassú** no corpo desse Boletim, caso o desrespeito às medidas sanitárias preventivas se caracterize como política de Estado – o que, aos olhos do autor, ainda não ocorre –, o Presidente da República e os demais envolvidos certamente praticarão crime contra a humanidade.

Enfim, em termos jurídicos, não parece haver dúvida quanto à existência de justa causa para o processamento do Presidente no sentido de apurar sua conduta e sua responsabilidade pelos crimes mencionados. Há respaldo para o processamento de pedido de *impeachment*. Entretanto, para ser desencadeado tal processo, será imprescindível conjuntura política; afinal, para que se inicie o processo no âmbito do Senado, é necessária a aprovação do pedido por 2/3 da Câmara dos Deputados. No mesmo sentido, para que seja possível processar-se criminalmente o Presidente perante o STF por crime ordinário praticado na constância do cargo, é imprescindível a aprovação por 2/3 da Câmara, sob pena de sobrestamento do processo até o fim do mandato sem o afastamento do denunciado.

Eventual afastamento do Presidente ainda poderia vir pela cassação da chapa, o que também levaria à destituição do Vice-Presidente, via decisão do Tribunal Superior Eleitoral, caso se apurem ilegalidades durante a campanha ou, ainda, financiamento a robôs disseminadores de *fake news*, sem prejuízo da potencial responsabilização por crimes eleitorais. Nesse sentido, aliás, a gravidade desses fatos levou à instauração de um inquérito no âmbito do STF. Sobre esse inquérito, contudo, verifica-se que a investigação não atende aos parâmetros constitucionais mínimos, eis que parece inequívoco que a vítima é, também, quem investiga e julga, consubstanciando, por isso, uma inaceitável afronta ao sistema acusatório, essencial para a saúde da própria Democracia que se está a defender.

De toda sorte, em resumo, parece impossível não se verificar a existência de justa causa para o processamento do Presidente da República pela via do *impeachment*. Também parece muito plausível a necessidade de apuração de crimes comuns cometidos no exercício do cargo, diante dos elementos de informação tornados públicos. Daí em diante, seu eventual afastamento está condicionado à conjuntura e às eventuais coberturas políticas que o Presidente consiga e que, retardando ou impedindo seu processamento, permitam-lhe agarrar-se ao cargo e seguir seu roteiro de ataques ao Estado Democrático de Direito e às suas instituições.

## Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

### BOLETIM

4. **O Presidente da República, no âmbito da pandemia, pratica Crime contra a Humanidade?**  
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
7. **A Política Criminal na Anocracia**  
Thiago Fabres de Carvalho e Raphael Boldt
10. **Racismo de Estado e Justiça Penal Juvenil: a biopolítica como fio condutor de uma análise crítica**  
Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo Barra e Samuel Lucky Lucyano Novaes Coelho
14. **O princípio da confiança e os reflexos penais na responsabilidade de dirigentes de empresas por omissão, no âmbito da subcontratação**  
Lucas Nogueira Rodrigues da Silva
16. **A banalização da prisão preventiva: ainda a ordem pública como via argumentativa para a prisão processual**  
Paulo Victor Leôncio Chaves
19. **Execução penal sob uma perspectiva decolonial**  
Karen Priscila Araújo Baraúna
22. **Os institutos do impedimento e suspeição como vetores para aferição do dolo específico nos crimes de abuso de autoridade**  
Filipe Lovato Batich
25. **Cumplicidade em crimes de guerra por meio do fornecimento (lícito) de armas?**  
Kai Ambos. Traduzido por: Pablo Rodrigo Alflen

### CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

27. **El precedente Villaseñor Velarde vs. Guatemala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**  
María Eugenia Villaseñor Velarde
30. **Supremo Tribunal Federal**
33. **Superior Tribunal de Justiça**

# O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, NO ÂMBITO DA PANDEMIA, PRÁTICA CRIME CONTRA A HUMANIDADE?

*DOES THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC, IN THE CONTEXT OF THE PANDEMIC, COMMIT CRIME AGAINST HUMANITY?*

**Carlos Eduardo Adriano Japiassú**

Professor Titular de Direito Penal da UERJ, Professor Associado IV de Direito Penal da UFRJ, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá e Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Penal.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1737-3754>

[japiassu@uerj.br](mailto:japiassu@uerj.br)

## RESUMO

O artigo busca esclarecer se as atitudes do atual Presidente da República do Brasil frente à pandemia causada pelo novo coronavírus, contrárias às medidas de isolamento recomendadas pelas autoridades de saúde, podem ser enquadradas como crime contra a humanidade, nos termos do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, através de uma análise exegética, jurisprudencial e doutrinária.

**Palavras-chave:** Coronavírus, crime contra a humanidade, Tribunal Penal Internacional.

## ABSTRACT

This article seeks to clarify whether the attitudes of the current President of the Republic of Brazil towards the pandemic caused by the new coronavirus, contrary to the isolation measures recommended by health authorities, can be classified as a crime against humanity, under the terms of the Statute of the International Criminal Court, through an exegetical, jurisprudential and doctrinal analysis.

**Keywords:** Coronavirus, crime against humanity, International Criminal Court.

## 1. Introdução

O Brasil, como o mundo, tem enfrentado uma pandemia de proporções gigantes, com o novo coronavírus a partir do final de 2019.

Nesse contexto e sem que haja medicação eficaz ou vacina profilática, os organismos sanitários, a partir da Organização Mundial de Saúde, têm recomendado a adoção de medidas de isolamento social, higienização e quarentena, o que gera toda uma gama de problemas sociais e econômicos.

Nesse contexto, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, seguidamente, vem, em discursos, entrevistas, pronunciamentos e *lives*, criticando as medidas de isolamento social adotadas e recomendadas por autoridades internacionais, municipais, estaduais e mesmo pelo Ministério da Saúde, além de desrespeitar tais medidas em público.

Por conta disso, o Governo do Estado do Rio de Janeiro sustentou que o Presidente poderia vir a ser julgado perante o Tribunal Penal Internacional (TPI), pela prática de crimes contra a humanidade,<sup>1</sup> e, entendendo da mesma maneira, a Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD)<sup>2</sup> protocolou uma representação no TPI contra o Presidente da República, pela prática de crime contra a humanidade diante da pandemia de coronavírus.

Em sentido oposto, a ex-juíza do TPI, Sylvia Steiner, já se manifestou no sentido de que não teria havido, da parte do Presidente, prática de crime de competência do órgão julgador internacional.

Nesse contexto e diante da dúvida surgida, pretende-se aqui tentar esclarecer se houve ou não, até aqui, a prática de crime contra a humanidade em razão do desrespeito das regras de isolamento.

## 2. COVID e Crimes contra a Humanidade

No Direito brasileiro vigente, quanto a crimes contra a humanidade, o genocídio está definido duas vezes: na Lei 2.889/1956 e no artigo 208, do Código Penal Militar, além de ser considerado crime hediondo (parágrafo único do artigo 11 da lei 8.072/90). Os demais crimes contra a humanidade foram definidos com o Decreto 4.388/2002, que incorpora, à legislação nacional, o Tratado de Roma do TPI.<sup>3</sup>

O artigo 7º do Decreto 4.388, em sua alínea k, faz referência a outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental. Esta é a conduta que poderia ter sido violada pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro.

Esse dispositivo se refere a outros atos desumanos, de caráter análogo, que causem grande sofrimento ou atentem, de maneira grave, contra a integridade física ou a saúde física ou mental, mas não define tais atos. Os Elementos dos Crimes estabelecem que o agente deve ter causado grande sofrimento, ou grave lesão corporal ou à saúde física ou mental, por meio de um ato semelhante a qualquer um dos dispostos como crime contra a humanidade. O autor deve estar ciente do caráter do ato e uma nota de rodapé esclarece que caráter se refere à natureza e à gravidade do ato.<sup>4</sup> Um exemplo desses outros atos desumanos poderia ser a experimentação humana ilegal.

Feito esse esclarecimento, passa-se ao exame dos elementos essenciais dos crimes contra a humanidade, quais sejam: atos quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.

Ataque significa o cometimento de diversas ações que satisfaçam às exigências dos atos desumanos enumerados no Art. 5º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e Art. 3º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Esta é uma definição consolidada pela jurisprudência internacional, que exclui atos isolados e aleatórios.<sup>5</sup> No mesmo sentido, o art. 7º, 2, do Estatuto de Roma, estabelece que, por “*ataque dirigido contra uma população civil*” deve-se entender um comportamento consistente em múltiplos atos que visem a atingir toda a população civil, sem a necessidade de ser praticado em um conflito armado.

Assim, o ataque não está limitado a um ataque militar, mas também compreende meios pacíficos ou não-violentos, como a imposição de um sistema de *apartheid*.

O cometimento de múltiplos atos que consistam em violações dos direitos humanos, tais como a negação do julgamento justo ou a violação da propriedade, não pode, como regra, constituir um ataque. No entanto, tais violações podem ser incluídas nos “*outros atos desumanos de caráter semelhante*” (Art. 7º, 2, k, do Estatuto de Roma).

O modo de cometimento não é estritamente definido. A comissão de vários atos pode ser realizada por um único autor ou por vários autores, agindo uma só vez ou repetidamente.

Um ataque generalizado requer um grande número de vítimas que, como apontado acima, pode ser o resultado de múltiplos atos ou um simples ato “*de magnitude extraordinária*.”<sup>6</sup> O ataque sistemático, por sua vez, deve ser “*realizado em conformidade com uma política preconcebida ou plano*”.

Essas definições, todavia, geram diversas dúvidas, tais como se estão interligadas, isto é, se o ataque deve ser generalizado ou sistemático (abordagem alternativa) ou ambos (abordagem cumulativa).

À primeira vista, a jurisprudência internacional e algumas codificações adotam a abordagem alternativa. Esse seria o caso do Anteprojeto de Código dos Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, elaborado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (1996),<sup>7</sup> e do Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa.<sup>8</sup>

A doutrina normalmente segue também esse entendimento.<sup>9</sup>

Por outro lado, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ao definir crimes contra a humanidade, em seu art. 7º, 1, faz referência a atos cometidos “*no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque*”. Adota, de maneira expressa, o entendimento alternativo.

Adiante, em seu Art. 7º, 2, a, estabelece que, por ataque contra uma população civil, entende-se qualquer conduta que envolva a prática de múltiplos atos contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a consecução dessa política. Parece haver uma opção pelo entendimento cumulativo, o que geraria uma contradição.

**Ambos**<sup>10</sup> sustenta que a solução para este problema reside no exame do elemento político. Destaque-se que o elemento político é o elemento internacional dos crimes contra a humanidade e é o que converte crimes ordinários em crimes contra a humanidade. Em essência, o elemento político faz com que os atos de indivíduos sozinhos, isolados, descoordenados e casuais sejam excluídos e, mesmo que cometidos em larga escala, não constituam crimes contra a humanidade, a não ser que, pelo menos, tolerados por um Estado ou uma organização.<sup>11</sup>

Desse modo, apesar da formulação controversa da art. 7º, 2, a, do Estatuto do TPI, este não deve ser interpretado a partir de uma abordagem cumulativa, mas apenas como uma expressão da necessidade do elemento político tanto na alternativa sistemática quanto na generalizada dos crimes contra a humanidade.

Pode-se dizer que, para se chegar a um conceito de crimes contra a humanidade, devem ser levados em conta dois critérios: quantitativo ou qualitativo, referentes a cada uma das expressões, respectivamente, e que demonstram a necessidade, para configurar um ataque, de que seja feito em larga escala. Mais que isso, pode ser entendido que o Estatuto de Roma demonstra a necessidade de que a conduta implique no cometimento de múltiplos atos contra população civil, em conformidade com uma política estatal ou de uma determinada organização (*policy element*).<sup>12</sup>

Ao lado desse elemento, a própria jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia se encarregou de definir, para o direito penal internacional, os demais elementos dessa noção, que são o estabelecimento de instituições paralelas para o desenvolvimento dessa política, o emprego de meios financeiros, militares ou de outro tipo e o alcance e a natureza contínua e persistente da violência cometida contra uma população civil determinada.<sup>13</sup>

Os Elementos dos Crimes do Estatuto de Roma apresentam uma proposta contraditória: por um lado, é necessário que o Estado ou a organização atue ativamente para promover ou encorajar os atos, o que exigiria conduta comissiva,<sup>14</sup> por outro lado, admite, em uma nota de rodapé,<sup>15</sup> que tal política pode, em circunstâncias excepcionais, ser implementada por uma omissão deliberada. A primeira abordagem impede que se considerem condutas generalizadas como crimes contra a humanidade, considerando que a promoção ativa ou o incentivo pela organização por trás destes crimes dificilmente pode ser comprovada.

Assim, o art. 7º, 2, a, do Estatuto de Roma, deve ser interpretado de forma restritiva, pois não se exige uma política ativa do Estado ou organização para promover e/ou encorajar os crimes, bastando uma tolerância desses crimes, que, pelo menos na alternativa generalizada, é suficiente.<sup>16</sup>

De acordo com o caso *Kunarac*,<sup>17</sup> decidido pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, o uso da palavra “população” não significa que a totalidade da população de um determinado ente deve estar sob ataque. É suficiente demonstrar que houve indivíduos o suficiente sendo alvos de ataques para demonstrar que era, de fato, dirigido contra uma população civil, mais do que contra número de indivíduos limitado e selecionado.

Acrescente-se ainda que a ideia de “população” se refere a um grupo independente de indivíduos, quer geograficamente ou como resultado de outras características comuns.<sup>18</sup> No entanto, este elemento não deve ser interpretado de forma muito restritiva. Vale fazer referência a algumas infrações que foram cometidas seletivamente, como, por exemplo, a prática de desaparecimentos na América do Sul, que constituíam perseguições a opositores políticos e não ao conjunto da população.

Há uma particularidade dos crimes contra a humanidade, que os difere dos crimes de guerra. Enquanto estes últimos ocorrem normalmente no contexto de um conflito que, não raro, é internacional e, por isso, agressor e vítima possuem nacionalidades distintas, nas infrações de lesa-humanidade, os envolvidos podem ser – e com frequência o são – nacionais, de um mesmo Estado.

Outro aspecto é que a expressão “civil” se refere a não-combatentes, no sentido do artigo 3º, comum a todas as Convenções de Genebra.<sup>19</sup> Isto é, civil é todo aquele que não é um combatente ativo no momento do cometimento do crime, o que inclui antigos combatentes, policiais e membros de movimentos de resistência, desde que não participem mais das hostilidades.

O direito de Genebra, todavia, só pode ser aplicado em tempos de conflitos armados, mas não em período de paz, visto que não há

combatentes em tempo de paz.

Desse modo, somente uma definição ampla leva em conta a lógica dos crimes contra a humanidade, ou seja, a proteção penal dos direitos humanos de todos contra a sua violação sistemática e generalizada.

Por fim, a jurisprudência internacional tem estabelecido uma definição ampla, em que considerar uma população como predominantemente civil não é alterado pela presença de certos atores não-civis no meio deles.

Deve haver um nexo entre os atos individualmente praticados e o elemento de contexto.

A jurisprudência exige dois elementos no que se refere ao nexo entre os atos individuais e o elemento de contexto. Por um lado, os crimes devem ser cometidos no contexto de crimes generalizados ou sistemáticos contra uma população civil (elemento material) e, por outro, o indivíduo deve ter sabido que seus atos constituíram tais infrações (elemento mental). Elementos adicionais são considerados irrelevantes.

Para que se possa, concretamente, estabelecer se determinada conduta consiste em crime contra a humanidade é necessário levar em conta os vários crimes praticados ou não reprimidos por parte das autoridades. Assim, sugere-se uma espécie de eliminação hipotética, ou seja, verificar se as condutas seriam menos graves para a vítima se o ataque e a política não tivessem existido.<sup>20</sup>

Diferentemente do crime de genocídio, a vítima do ato individual de um crime contra a humanidade não precisa necessariamente ser um membro de um grupo específico. Só é necessário demonstrar que a vítima foi o alvo como parte de um ataque contra uma população civil, independentemente de estar ligada a qualquer das partes no conflito.<sup>21</sup> Ressalte-se, que o autor também pode ser um membro do grupo que seja alvo do ataque.

A redação do Estatuto do TPI, que se refere ao conhecimento do ataque, estabelece que cada um daqueles que concorre necessariamente para a prática de crimes contra a humanidade deve saber que há um ataque contra a população civil e que seu ato individual faz parte desse ataque. Significa dizer que o autor deve saber do ataque sistemático ou generalizado contra determinada população civil. Não se exige, todavia, que o indivíduo conheça o ataque em sua totalidade e em seus detalhes.<sup>22</sup> Segundo os Elementos do Crime do Tribunal Penal Internacional, basta que tenha intenção de prosseguir em tais atos, conhecendo o ataque.<sup>23</sup>

Assim, foi definido que os crimes contra a humanidade, para a sua configuração, exigem um elemento de intencionalidade especial, já que é necessário que se tenha conhecimento da participação do ataque. O aspecto subjetivo, que tem sido destacado também pela jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, demonstra que os crimes contra humanidade são crimes de natureza especial e apresentam um grau de reprovabilidade mais intenso.<sup>24</sup>

O *mens rea*, portanto, irá se caracterizar não apenas pelo dolo, mas também pela consciência de participar de uma política de ataque a uma população civil. Sem esse, poderá haver homicídio, sequestro ou estupro, todavia jamais ocorrerá um crime de lesa humanidade. Ademais não é necessário que o motivo seja discriminatório e é irrelevante a motivação do agente para a prática de crimes contra a humanidade, salvo na conduta de perseguição.

Em *Prosecutor vs. Kunarac*, foi decidido que é preciso caracterizar que o ataque foi dirigido contra população civil e não que o agente agiu contra a referida população. Quanto ao indivíduo, basta que seja demonstrado que sabia que seus atos faziam parte do ataque.

Aliás, se for provado que agiu por motivos exclusivamente pessoais, pode significar, inclusive, o desconhecimento de que sua conduta integrava o ataque.<sup>25</sup>

Ressalte-se, ainda, que a exigência de conhecimento em crimes contra a humanidade é específica e se refere apenas ao ataque e, como tal, não deve ser confundido com o requisito geral do dolo, que se aplica aos crimes contra a humanidade.

A jurisprudência internacional tem delimitado a questão do elemento mental nos crimes contra a humanidade. Em *Prosecutor vs. Tadic*, exigia-se apenas o conhecimento do ataque, sem qualquer exigência adicional.<sup>26</sup> Já em *Prosecutor vs. Blaskic*, foi introduzido o chamado *risk oriented approach*. Nesse sentido, o conhecimento inclui também uma pessoa correr deliberadamente risco na expectativa de que tal risco não cause qualquer lesão.<sup>27</sup> No mesmo sentido, em *Prosecutor vs. Kunarac*, estabeleceu-se que o agente deve assumir o risco de que seu ato é parte do ataque.<sup>28</sup>

Há ainda a ressalva do princípio da complementaridade, que é adotado pelo TPI. Esse princípio estabelece que somente estará legitimado o órgão jurisdicional internacional, tendo havido inércia dos correspondentes nacionais ou se houver simulacro de julgamento, que significa a ocorrência de processo com a intenção de não punir, ou seja, um processo fraudulento.

A criação do Tribunal Penal Internacional não busca retirar dos Estados Partes o dever originário de persecução dos crimes sob jurisdição da Corte, o que se pode afirmar por seu caráter complementar. Objetiva-se exatamente o oposto, ou seja, que os Estados venham a exercer de forma satisfatória a persecução penal dos crimes internacionais, conforme dispõe o preâmbulo do Estatuto de Roma. Ademais, o Tribunal Penal Internacional é desprovido de um sistema integrado para persecução, processo e execução de suas sentenças, o que o faz necessitar da cooperação dos Estados Partes. Desta forma, com vistas a tornar viável a persecução nacional primária dos crimes internacionais e a cooperação dos Estados Partes com o Tribunal Penal Internacional, é necessário que aqueles disponham de mecanismos legais adequados para tanto. É neste contexto que se inserem as legislações de implementação que os Estados devem elaborar.

Sendo assim, para que o TPI processe e julgue crimes contra a humanidade, é preciso que se demonstre que o Estado não quis (*unwilling*) ou não pôde (*unable*). A regra fundamental de que os Estados, por meio do Judiciário nacional, devem fazê-lo.

### 3. Conclusão

Recorrer ao TPI, por se tratar de jurisdição complementar, é medida excepcional. Em que pese a existência da jurisdição penal internacional seja um sinal claro de que a comunidade internacional não tolera a prática de atrocidades, como são os crimes contra a humanidade, a responsabilidade preliminar é sempre dos tribunais nacionais, que precisam lidar com os crimes praticados em território brasileiro.

Ademais, exige-se que seja demonstrada a existência de uma política de Estado, já que o elemento político é o elemento internacional dos crimes contra a humanidade e é o que converte crimes ordinários em crimes contra a humanidade.

Assim, no caso brasileiro atual, se o desrespeito às medidas sanitárias preventivas puder ser caracterizado como política de Estado, praticará o Presidente da República e os demais envolvidos crime contra a humanidade. No momento atual, todavia, não parece haver elementos para caracterizar uma política de Estado. Pode-se, talvez, discutir a eventual prática de crimes contra a Saúde Pública, tarefa exclusiva do sistema de justiça criminal brasileiro.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/03/30/bolsonaro-pode-ser-julgado-por-crimes-contra-a-humanidade-diz-witzel.htm>>. Acesso em: 31 maio 2020.
- <sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.abjd.org.br/2020/04/abjd-denuncia-bolsonaro-por-crime.html>>. Acesso em: 31 maio 2020.
- <sup>3</sup> Decreto 4.388/2002 – Artigo 7º – Crimes contra a Humanidade: “1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade” qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: **a)**Homicídio; **b)**Extermínio; **c)**Escravidão; **d)**Deportação ou transferência forçada de uma população; **e)**Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; **f)** Tortura; **g)**Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; **h)**Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; **i)**Desaparecimento forçado de pessoas; **j)**Crime de apartheid; **k)**Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.”
- <sup>4</sup> Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40E-C-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- <sup>5</sup> AMBOS, Kai. *Treatise on international criminal law: foundations and general part*. Oxford: Oxford University Press, v. 1, 2013, p. 241.
- <sup>6</sup> UNITED NATION. *Prosecutor vs. Blaskic*. Julgamento de 3 de março de 2000, parágrafo 77. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>>. Acesso em: 6 de abril de 2020.
- <sup>7</sup> Disponível em: <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_4\\_1996.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf)> [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_4\\_1996.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf). Acesso em: 6 de abril de 2020.
- <sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- <sup>9</sup> AMBOS, op. cit., 243.
- <sup>10</sup> Idem, ibidem.
- <sup>11</sup> AMBOS, op. cit., p. 244.
- <sup>12</sup> LIROLA DELGADO, Isabel; MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M. *La Corte Penal Internacional – Justicia versus Impunidad*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 121/122.
- <sup>13</sup> Opinion and Judgement, *Prosecutor vs. Tadic*, Case Nº IT-94-1-T, T. Ch. II, 7 may 1997, p. 232/255.
- <sup>14</sup> Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40E-C-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- <sup>15</sup> Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40E-C-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- <sup>16</sup> AMBOS, op. cit., p. 245.
- <sup>17</sup> Disponível em: <<https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- <sup>18</sup> AMBOS, op. cit., p. 245.
- <sup>19</sup> “As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluídos os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimento, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer critério análogo.” Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Convencao-de-Genebra/convencao-de-genebra-iii.html>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- <sup>20</sup> AMBOS, op.cit., p. 249.
- <sup>21</sup> UNITED NATION. *Prosecutor vs. Kunarac*, Julgamento de 22 de fevereiro de 2001, parágrafo 423. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- <sup>22</sup> DIXON, Rodney. Article 7, Part 2 – Jurisdiction, admissibility and applicable law. TRIFFTERER, Otto (org.). *Commentary on the Rome statute of international criminal court*: observer’s note, article by article. 2. ed., Munique: Beck, Hart: Oxford, 2008, p. 181.
- <sup>23</sup> Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40E-C-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- <sup>24</sup> LIROLA DELGADO; MARTÍN MARTÍNEZ, op. cit., p. 123.
- <sup>25</sup> *Prosecutor vs. Kunarac*. Julgamento de 12 de junho de 2002, parágrafo 103. Disponível em: <<https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- <sup>26</sup> UNITED NATION. *Prosecutor vs. Tadic*. Julgamento de 15 de julho de 1999, parágrafo 271. Disponível em: <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- <sup>27</sup> UNITED NATION. *Prosecutor vs. Blaskic*. Julgamento de 3 de março de 2000, parágrafo 254. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- <sup>28</sup> UNITED NATION. *Prosecutor vs. Kunarac*. Julgamento de 12 de junho de 2002, parágrafo 102. Disponível em: <<https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>><http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>. Acesso em: 6 de abril de 2020.

Autor convidado

# A POLÍTICA CRIMINAL NA ANOCRACIA<sup>1</sup>

## CRIMINAL POLICY IN ANOCRACY

### Thiago Fabres de Carvalho

Pós-Doutor em Criminologia pela Universität Hamburg. Doutor e Mestre em Direito pela Unisinos, com estágio doutoral na Universidade de Coimbra. Professor de Direito Penal e Criminologia e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3188834949695960>  
thiagofabres@gmail.com

### Raphael Boldt

Pós-Doutor 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 na FDV. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7059830980608621>  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1625-9856>  
raphaelboldt@hotmail.com



#### Thiago Fabres de Carvalho

Foi com grande consternação que recebemos, no dia 26/04/2020, a notícia do falecimento do professor Thiago Fabres de Carvalho, com apenas 42 anos de idade, após sofrer de um infarto que lhe ceifou a vida de maneira abrupta e precoce. No IBCCRIM, o jovem e promissor Thiago Fabres acumulava o posto de coordenador estadual no Espírito Santo, o que, reconhecidamente, abrihantava a gestão do Instituto em nível regional. O nosso estimado coordenador deixou um legado de trabalhos relevantes para as ciências criminais, além da contribuição grandiosa para com a nacionalização do IBCCRIM. A título de modesta homenagem é que publicamos, postumamente, um artigo de sua lavra, juntamente com o professor Raphael Boldt, que, para nossa fortuna crítica, permaneceu inédito até o presente momento.

Coordenação do Boletim 2019/2020

## RESUMO

Autocracia e democracia se mesclam nos regimes políticos denominados de *anocracia*, diluem-se numa substância polimorfa, induzindo conscientemente os cidadãos à inconsciência, escamoteando a hipnose da aceitação passiva de práticas autoritárias. O texto traça um breve panorama dessas democracias parciais ou híbridas que revelam um cenário político no qual as elites econômicas e políticas fornecem os recursos necessários para a preservação do poder e para o incremento da militarização do controle social de forma que resta inviabilizada a preservação dos direitos mais elementares, porquanto territórios inteiros vivem sob o domínio do controle penal total e sem qualquer limite legal.

**Palavras-chave:** Política Criminal, Anocracia, Democracia.

## ABSTRACT

Autocracy and democracy are mixed in the political regimes called *anocracy*, are diluted in a polymorphic substance, consciously inducing citizens to unconsciousness, concealing the hypnosis of passive acceptance of authoritarian practices. The text provides a brief overview of these partial or hybrid democracies that reveal a political scenario in which economic and political elites provide the necessary resources for the preservation of power and for the increase in the militarization of social control. Thus, the preservation of the most elementary rights remains unviable, as entire territories live under total criminal control and without any legal limit.

**Keywords:** Criminal Policy, Anocracy, Democracy.

Em diversas regiões do mundo globalizado, como ocorre, por exemplo, na África, na Eurásia e na América Latina, o frágil processo de redemocratização, após longos e intensos períodos ditatoriais, favorece a reprodução e a consolidação, em graus distintos, de modelos político-criminais completamente descomprometidos com a dignidade humana de amplos contingentes populacionais. Embora esse diagnóstico não apresente nenhuma novidade no campo da gestão dos desvios, é importante notar que nesses países a tradicional classificação dos regimes políticos parece insuficiente para a compreensão adequada de contextos que exibem características de regimes democráticos e autoritários. Também chamadas de *anocracias*, essas democracias parciais ou híbridas revelam um cenário político no qual as elites econômicas e políticas fornecem os recursos necessários para a preservação do poder, desempenhando as eleições e os procedimentos tradicionais da democracia representativa e do Estado de Direito um papel meramente simbólico e legitimador de práticas autoritárias.

Os regimes políticos atualmente denominados de *anocracias* parecem situar-se na fronteira daquilo que Winston Smith, o herético membro do Partido, no imortal livro 1984 de **Georg Orwell**, definiu como "duplipensar" (*doublethink*). Trata-se, na verdade, de regimes políticos que se caracterizam pela combinação e aceitação de lógicas antagônicas, nos quais o pensamento desliza de uma ideia a outra totalmente oposta sem promover qualquer impasse, sem apresentar um nível de contestação ou de percepção da contradição insolúvel.

Ao se deparar com a doutrina do Partido, cujo capítulo contém um dos seus lemas centrais, "Ignorância é Força", Winston se vê diante da definição desse mecanismo cerebral. Segundo a doutrina fundamental do Partido, "duplipensar quer dizer a capacidade de guardar simultaneamente na cabeça duas crenças contraditórias, e aceitá-las ambas". Em outras palavras, e na antiga língua, quando ainda não dominada pelo léxico do Partido, significava "controle da realidade".<sup>2</sup> Com efeito, "mesmo no emprego da palavra duplipensar é necessário duplipensar, pois usando-se a palavra admite-se que se está mexendo na realidade; é preciso um novo ato de duplipensar para apagar essa percepção e assim por diante, indefinidamente, a mentira sempre um passo além da realidade".<sup>3</sup>

Nesse sentido, nos regimes políticos denominados de *anocracia*, verifica-se precisamente uma combinação, uma articulação, não apenas epistemológica e conceitual, mas política e pragmática, da aceitação de dois regimes políticos, pelo menos enquanto "tipos ideais", aparentemente colidentes, inconciliáveis, contraditórios, nos quais se crê na impossibilidade da democracia ao mesmo tempo em que afirmam-se como o seu guardião. Autocracia e democracia se mesclam, diluem-se numa substância polimorfa, induzindo conscientemente todos os cidadãos à inconsciência, escamoteando a hipnose da aceitação passiva de práticas autoritárias, até mesmo

de índole fascista, nos circuitos da própria democracia.<sup>4</sup>

Trata-se, pois, de aceitar e manipular simultaneamente, ainda que nos interstícios da legalidade e de sua interpretação parcial, os procedimentos de legitimação da democracia representativa e do Estado de Direito para negá-los e amaldiçoá-los logo em seguida como a causa dos males sociais, da insegurança e da desordem generalizadas. Sobretudo diante da ausência de referenciais normativos e éticos duradouros, num mundo pulverizado pelo individualismo possessivo extremado das economias digitais, pelos impactos da radicalização dos relativismos morais e pela sua revanche inevitável caracterizada pelos retornos dos fundamentalismos religiosos e intolerância pela diferença. Diante desse quadro marcado por democratização parcial e fragilidade institucional em diversos países e pelo risco permanente de deterioração global da democracia, cumpre perquirir quais as principais tendências e características da *política criminal* em países anocráticos, ou seja, quais os reflexos político-criminais da conjugação de elementos autocráticos e democráticos?

Do ponto de vista conceitual, a *anocracia* se afirma não apenas como uma situação de transição, mas um tipo de regime que pode perdurar no tempo tanto quanto as democracias e as ditaduras.<sup>5</sup> Segundo **Marshall** e **Cole**, embora democracia e autocracia estabeleçam formas muito diferentes de governança, elas assemelham-se em sua capacidade de manter a autoridade central, controlar a agenda política e administrar a dinâmica política. Em contrapartida, a *anocracia* é caracterizada por instituições e elites políticas menos capazes de realizar essas tarefas fundamentais. Regimes *anocráticos* geralmente refletem instabilidade ou ineficácia e são especialmente vulneráveis ao início de novos eventos de instabilidade política, como surtos de conflitos armados, modificações inesperadas na liderança ou mudanças de regime (por exemplo, a tomada de poder por um líder personalista ou militar). *Anocracias* configuram mais uma categoria mediana do que propriamente uma forma distinta de governo, identificando-se com países cujos governos não são totalmente democráticos nem totalmente autocráticos.<sup>6</sup>

As *anocracias*, portanto, não são exatamente a expressão de um retorno ao modelo político fascista, a despeito de apresentar ingredientes e aspectos que lhe são inerentes, como: a) o absoluto desprezo pelos valores do individualismo liberal; b) a construção de um inimigo idealizado nas figuras de regimes e ideologias políticas antagônicas ao poder estabelecido; c) a verticalização militarizada da sociedade; d) a presença de uma "ideologia fundada no culto do chefe" e "na exaltação da coletividade nacional"; e) o "aniquilamento das oposições, mediante o uso da violência e do terror". Assim, resta evidente que apenas essas características, presentes em maior ou menor grau, em conjunto ou separadamente, não transformam tais sociedades em propriamente fascistas. Isto porque convivem, ainda que de forma cambiante, ao lado destas características,



relativa liberdade de imprensa, que garante a existência de uma esfera pública comunicativa -embora controlada e pulverizada por interesses privados -, o funcionamento das instituições fundamentais da democracia- como a separação e autonomia funcional dos poderes -, a realização de eleições periódicas e a responsabilização de autoridades, inclusive de altos escalões de poder, por desvios ou crimes, além da conservação ambivalente e tortuosa dos fundamentos do devido processo legal a garantir, com dificuldades, o respeito a algum nível de legalidade.

A rigor, a *anocracia* pode ser compreendida como um regime político que, a despeito da existência e da preservação dos procedimentos e das instituições inerentes ao Estado de Direito e às democracias liberais do Ocidente, apresenta as seguintes características fundamentais: a) elevados índices de violência social e institucional; b) a complacência assombrosa das instituições governamentais com a violência policial e carcerária; c) a forte presença de um *paternalismo moral* arraigado às legislações e às dinâmicas das instituições políticas em franca oposição à secularização do Estado; d) a fragmentação da autonomia dos poderes, porquanto dominados pela judicialização e criminalização da política; e) a redução drástica dos direitos sociais e trabalhistas em nome dos interesses econômicos transnacionais e de políticas de austeridade fiscal; f) a criminalização da pobreza e dos movimentos sociais de reivindicação política por direitos e/ou por reconhecimento identitário; g) a economia dominada por grupos corporativos encastelados nas estruturas do Estado; e h) corrosão simbólica dos direitos humanos.

Embora o Brasil seja considerado um país democrático, segundo os dados fornecidos pela versão mais recente da *Polity IV*, o nível da democracia brasileira indica considerável fragilidade, levando-se em conta a pontuação obtida pelo país na pesquisa e os critérios utilizados para a análise: avaliação das eleições do Estado, competitividade e abertura, natureza da participação política em geral e extensão dos controles sobre a autoridade executiva. Se alguns países falharam em sua transição de regimes autocráticos para democráticos (exemplificativamente: Argélia, Angola, Camboja e Haiti) e outros conseguiram sucesso em tal empreendimento (como ocorreu com México, Nicarágua, Senegal e Taiwan), **Marshall** e **Cole** perceberam a redução das autocracias e a ampliação do número de democracias após o fim da Guerra Fria, especialmente no Leste Europeu e na América Latina. Ainda assim, as variações no nível de democratização e as fragilidades e instabilidades dos governos de muitos desses países não permitem firmar uma posição no sentido de uma consolidação global da democracia. A despeito da perspectiva histórica hegeliana amplamente aceita, o retrocesso e o fracasso experimentados por vários países recentemente, bem como a ausência de linearidade da história, reforçam a necessidade de cautela, sobretudo no caso do Brasil, onde o processo de redemocratização demonstra fragilidades notórias, como se pode perceber por meio da ascensão de uma narrativa que tenta ressignificar o período ditatorial e reescrever a história, fenômeno que vai muito além daquilo que **Klaus Günther** chamou de *"neutralização da responsabilidade"*<sup>7</sup> no tocante às violações dos direitos humanos cometidas no passado.

Além disso, aderir a uma perspectiva escatológica, que, em termos hegelianos, acredita no avanço progressivo da história rumo a um fim, a um objetivo absoluto, demonstrando, com isso, *"uma capacidade real de transformação, [...] um impulso de perfectibilidade"*<sup>8</sup>, seria admitir que a democracia apresenta-se como o "fim da história", uma espécie de síntese totalizante. Isso implica em admitir que todos os Estados necessariamente irão trilhar os caminhos do progresso em direção à democratização e que a adoção de regimes políticos distintos configura distorções a serem corrigidas, o que justificaria, inclusive, o emprego da violência. Convém notar que

esse impulso civilizador não se detém diante de obstáculos éticos ou morais, razão pela qual inúmeras catástrofes ocorreram durante esse processo histórico.

Em perspectiva um pouco diversa, porém convergente com a conclusão aqui apresentada, **Rubens Casara** aponta a superação do Estado Democrático de Direito por um modelo político que fomenta o engendramento de um "Estado Pós-Democrático", caracterizado pelo desaparecimento dos valores democráticos. Nos termos do autor, por *Pós-Democrático*, apoiado na expressão cunhada pelo cientista político britânico **Colin Crouch**, *"entende-se um Estado sem limites rígidos ao exercício do poder"* ante a fusão entre o poder político e o poder econômico. Mais precisamente, *"no Estado Pós-Democrático a democracia permanece, não mais como um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, em elemento discursivo apaziguador"*, porquanto se verifica, no âmbito das decisões políticas fundamentais, *"uma transferência do poder real"* para grupos restritos ligados ao fundamentalismo de mercado.<sup>9</sup>

No entanto, a despeito do brilhantismo da análise oferecida por **Casara**, vê-se que a expressão se situa novamente no interior da lógica hegeliana, da linearidade histórica, típica das interpretações eurocêntricas. Em diversos países do mundo, como no caso dos países latino-americanos, não foi possível sequer experimentar as conquistas sociais e democráticas dos países centrais, o que tornaria a expressão carente de uma densidade analítica para apreender as mazelas da periferia do capitalismo. Com seu peculiar rigor analítico, **Casara** percebe com acuidade esse dilema, ao reconhecer que *"o conceito de Crouch, porém, está condicionado por uma visão típica do Norte global e foi construído para um contexto marcado por tentativas mais consistentes de implementar um verdadeiro Estado do Bem-Estar Social"*, o que revelaria a natureza ainda mais dramática e complexa das formações sociais nas quais *"a luta contra concepções abertamente autoritárias e pela concretização de direitos básicos ainda estava distante de ser dada como encerrada"*.<sup>10</sup>

Por essa razão, opta-se por propor a *anocracia* como conceito que apresenta uma densidade analítica mais precisa, uma vez que abandona o otimismo derivado da lógica hegeliana consubstanciada na democracia como síntese absoluta e percebe mais claramente não apenas os déficits democráticos dos países da periferia do capitalismo, mas sua realização seletiva e sonegada ou até mesmo as suas impossibilidades de efetivação. Se não foi definitivamente realizado o projeto democrático moderno, em que medida seria possível falar em "pós-democracia"? Esses países viveram sempre imersos em regimes políticos historicamente ditatoriais ou que, mais atualmente, combinam em seu interior autocracia e democracia, ainda que, no plano formal, submetidos a uma Constituição democrática. Importa reconhecer, portanto, a ausência de uma linearidade histórica, uma vez que a *anocracia* pode perdurar indefinidamente nessas formações sociais, ou ainda, concluir-se que a *anocracia* pode vir a se consolidar como paradigma dominante de governo, inclusive nos países centrais, em especial nas políticas referentes à pobreza e ao tratamento de imigrantes ilegais.

Os assustadores índices de homicídios registrados nos últimos anos no Brasil atestam empiricamente que as relações sociais brasileiras estão atravessadas pela guerra. De maneira bastante evidente, a guerra se converteu em um exercício particular de política criminal, aterrissando nesse tipo de regime e impulsionando modelos de segurança pública que mobilizam as ideologias, os discursos e as práticas das agências encarregadas do exercício do poder punitivo.

Ao contrário da análise de **Marshall** e **Cole**, o país apresenta, segundo a conceituação aqui proposta, as características de uma *anocracia*, uma vez que permeada por elementos radicalmente antidemocráticos. Por essa razão, o incremento da militarização do controle social atrevesa a sociedade brasileira de tal forma

que resta inviabilizada a preservação dos direitos democráticos mais elementares, porquanto territórios inteiros vivem sob o regime

do “campo de concentração”, noutras palavras, sob o domínio do controle penal total e sem qualquer limite legal.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Este ensaio foi escrito em 2019, durante estágio pós-doutoral que realizamos na Universidade de Hamburgo, sob a supervisão do Prof. Dr. Sebastian Scheerer. Concordamos que o texto ficaria guardado, esperando uma futura conclusão. Resolvi encerrá-lo, porém, sem jamais concluí-lo, porque para todos nós que convivemos com Thiago e desfrutamos da sua amizade durante anos, seu trabalho prossegue e suas ideias permanecem vivas. Auf Wiedersehen, querido amigo
- <sup>2</sup> ORWELL, Georg. 1984. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1998, p. 200 e 36.
- <sup>3</sup> Idem, p. 200 e 36.
- <sup>4</sup> Sem adentrar profundamente no debate acerca da categoria fascismo, o que transbordaria ao objetivo do presente estudo, o que importa ressaltar é precisamente o fato de que os regimes políticos classificados como anocracias podem apresentar algumas características típicas dos regimes fascistas, o que não os transformaria, necessariamente, em regimes políticos totalmente semelhantes às experiências históricas dos fascismos europeus, cujas conjunturas concretas foram bastante diversas. SACCOMANI, Edda. Fascismo.

- In: BOBBIO; Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). Dicionário de Política. Brasília: UnB, 2000, p. 466.
- <sup>5</sup> COLOMER, Josep M.; BANERJEA, David; MELLO, Fernando B. de. To Democracy Through Anocracy. *Democracy & Society*, Georgetown, v. 13, n. 1, p. 19-25, 2016.
  - <sup>6</sup> MARSHALL, Monty; COLE, Benjamin. Global Report on Conflict, Governance and State Fragility 2008. *Foreign Policy Bulletin*, Cambridge, v. 18, n. 1, p. 3-21, jan./2008.
  - <sup>7</sup> GÜNTHER, Klaus. Warum Transitional Justice auf die Feststellung strafrechtlicher Schuld angewiesen ist – Zwölf Thesen. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius; ABRÃO, Paulo et al. (Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Frankfurt am Main (Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien 143, Peter Lang-Verlag) 2013. p. 271-285.
  - <sup>8</sup> HEGEL, Georg W. F. Filosofia da história. Trad. Maria Rodrigues & Hans Harden. Brasília: UNB, 1995, p. 53.
  - <sup>9</sup> CASARA, Rubens. Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 23.
  - <sup>10</sup> Idem, p. 24.

Autores convidados

# RACISMO DE ESTADO E JUSTIÇA PENAL JUVENIL: A BIOPOLÍTICA COMO FIO CONDUTOR DE UMA ANÁLISE CRÍTICA

*RACISM OF THE STATE AND JUVENILE CRIMINAL JUSTICE: BIOPOLITIC AS A CONDUCTIVE WIRE OF A CRITICAL ANALYSIS*

## Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo Barra

Especialista em Direito Penal e Criminologia (UNINTER/ICPC). Bacharel em Direito (CESUPA). Advogado.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3333-1140>  
fernandobcmacedo@gmail.com.

## Samuel Lucky Luciano Novaes Coelho

Graduando em Direito (CESUPA). Estagiário de Direito do MPPA.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6857-4540>  
samuel.luciano.coelho@gmail.com

## RESUMO

O artigo buscou compreender, por meio do pensamento foucaultiano, como a teoria biopolítica pode descortinar o racismo de Estado por trás da atuação concreta da Justiça Penal Juvenil brasileira. Primeiramente, foram estabelecidos alguns dos principais conceitos presentes na teoria de Michel Foucault sobre o paradigma biopolítico. Em seguida, a partir de um recorte historiográfico dos movimentos nacionais de eugenia, higienismo e criminologia racial - entre os anos de 1870 a 1945 - identificou-se a consolidação do racismo no modo biopolítico de governar a população negra brasileira. E ao final, realizou-se, com base nessa teoria, uma leitura qualitativa dos dados divulgados em 2018 pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), relativos ao encarceramento da juventude negra e parda no Brasil.

**Palavras-chave:** Racismo de Estado, Biopolítica, Justiça Penal Juvenil.

## ABSTRACT

This article sought to understand, through Foucault's form of thought, how the biopolitical theory can reveal the racism of the State behind the concrete action of Brazil's juvenile Criminal Justice. At first, we've established some of main concepts of Foucault's theory about the biopolitical paradigm. Then, from a historiographic clipping of the eugenic national movements, the social hygiene movement, and racial criminology of the 1870's and 1945, the consolidation of racism in the biopolitical of governing the Black Brazilian population was found. Finally, a qualitative reading of a 2018 data released by the *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)*, based on the Black and Brown's youth incarceration in Brazil.

**Keywords:** Racism of the State, biopolitics, youth criminal justice.

## 1. Introdução

A violência é um dado com que parcela significativa da população brasileira tem de conviver desde a colonização. A partir dos anos de

1970, porém, começaram a surgir estudos voltados à emancipação dessa população, vítima do racismo individual e estrutural. Um dos trabalhos mais impactantes nessa área é o de **Michel Foucault**,

com a teoria da Biopolítica, desenvolvida a partir de suas aulas no *Collège de France*. Destarte, buscou-se utilizar esse conceito para realizar uma leitura crítica acerca da Justiça responsável por analisar os casos de jovens e adolescentes em conflito com a lei.

O problema que orienta o presente trabalho consiste em analisar como a teoria biopolítica pode descortinar o racismo de Estado por trás da atuação concreta da Justiça Penal Juvenil brasileira. A hipótese testada foi a de que ele opera desde muito cedo sobre as raças tidas como indesejáveis ou perigosas, de modo que a punição de jovens e adolescentes negros e pardos apenas reproduz as características de seletividade do Sistema de Justiça Criminal adulto.

Primeiramente, foram delineados os aspectos gerais da teoria biopolítica foucaultiana. Em seguida, estudaram-se as raízes históricas e sociais do racismo de Estado no Brasil e as teorias (pseudo) científicas que fundamentaram tais operações. Ao final, foram apresentados os dados relativos ao sistema de Justiça Penal Juvenil, os quais expõem a realidade do encarceramento atual da juventude negra e parda.

Outrossim, o trabalho parte de um enfoque qualitativo, na medida em que procura efetuar a compreensão e não a quantificação das variáveis de pesquisa, utilizando-se de referenciais bibliográficos para o exercício dessa compreensão.

## 2. Para situar a discussão biopolítica

Segundo Foucault (2002), uma das questões fundamentais da Revolução Industrial, ocorrida no século XIX, foi o que ele denominou de estatização do biológico, isto é, a descoberta do corpo como objeto e alvo de poder.

Ainda nos estágios iniciais do capitalismo – entre o fim do século XVII e o início do XVIII – verifica-se o nascimento de um saber-poder disciplinar, que busca atuar sobre as dimensões política e econômica dos corpos, instituído para sua sujeição e controle. Seu objetivo é fabricar mão de obra dócil e útil. Essa sujeição do indivíduo pelo modo de produção capitalista não é obtida apenas mediante o emprego de técnicas como a violência ou a ideologia.<sup>1</sup> Pelo contrário, a disciplina opera de maneira detalhada e implica uma coerção ininterrupta sobre sujeitos através de mecanismos como vigilância, punições e recompensas. Ela *"aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência)"* (FOUCAULT, 2014, p. 136). Trata-se de uma microfísica do poder. Razão pela qual a disciplina é a base de instituições como a prisão, a fábrica, a escola e o exército (FOUCAULT, 2014).

Durante a segunda metade do século XVIII, contudo, viu-se o aparecimento de algo novo, ou seja, uma tecnologia de poder que não era apenas disciplinar. Essa nova tecnologia não anulou a anterior, antes a integrou e a levou a níveis macrosociais. Eis a biopolítica (FOUCAULT, 2002).

Ao contrário da disciplina, a biopolítica não se dirige necessariamente ao indivíduo, mas a uma coletividade *"afetada por processos [...] que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc."* (FOUCAULT, 2002, p. 289). Logo, o biopoder se dirige a uma população. Ele se apresenta na forma de um fazer viver e opera mediante mecanismos como: previsões, estimativas estatísticas, saneamento básico, previdência etc.; tudo com vistas a prolongar a vida e diminuir a mortalidade dentro do Estado. Porém, o biopoder não atua apenas na dimensão positiva do fazer viver, há dentro dele uma face oculta que se manifesta através do deixar morrer os indesejáveis, os inúteis e os perigosos ao conjunto da população. Isto é, para fazer viver uns é preciso deixar

morrer outros. Com efeito, se durante o período medieval e o início da idade moderna o Estado absolutista fazia morrer e deixava viver os súditos surge, então, uma regulamentação que objetiva fazer viver e deixar morrer.

No presente artigo, ressalta-se, sobretudo, essa dimensão tanatológica da biopolítica. Foucault (2002), ao tratar dessa questão, se pergunta: Como esse poder que tem essencialmente o objetivo de fazer viver pode deixar morrer? Como exercer o poder de morte num sistema político centrado no biopoder? Para ele, a resposta está no racismo. Não que essa prática tenha nascido com a modernidade, mas foi com a virada do século XVIII para o XIX que o poder a inseriu como um mecanismo fundamental da soberania, de sorte que não há Estado moderno que não opere, em certo limite e em certas condições, com o racismo. Daí o porquê se afirmar que ele é um corte: *"um corte entre o que deve viver e o que deve morrer"*. É a fragmentação no campo biológico entre raças boas e ruins. É, em primeiro lugar, uma maneira de separar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. Sua segunda função, no entanto, é a de purificar as raças tidas como superiores, por isso *"a morte do outro, a morte da raça [...] inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia"* (FOUCAULT, 2002, p. 305).

Nesse sentido, a supressão dos grupos étnicos tidos por inferiores não ocorre simplesmente através do assassinato direto, mas também por meio de tudo o que pode ser assassinato indireto: *"o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc."* (FOUCAULT, 2002, p. 306).

Sob a filosofia do progresso positivista, conjugada a uma leitura darwinista da sociedade – enraizada na ideia de seleção natural que elimina os menos adaptados –, o biopoder encontrou uma *"maneira de pensar as relações da colonização, a necessidade das guerras, a criminalidade, os fenômenos da loucura e da doença mental, a história das sociedades com suas diferentes classes, etc."* (FOUCAULT, 2002, p. 307) como decorrências da diferença entre raças superiores (arianismo) e raças inferiores (perigosos), transcrevendo em termos biológicos o discurso político.

Portanto, o racismo não envolve tão só o ódio das raças umas pelas outras ou uma operação ideológica em que o Estado tenta criar um inimigo mítico para canalizar as hostilidades sociais. Ao contrário, para Foucault (2002, p. 309), o racismo *"é ligado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a utilizar a raça, a eliminação das raças e a purificação das raças para exercer seu poder soberano"* de deixar morrer os indesejáveis e, com isso, fazer viver as classes superiores.

## 3. Deixar morrer os perigosos: eugenia, higienismo e criminologia racial no Brasil (1870-1945)

*"A partir dos anos 1870, um 'bando de ideias novas' movimentará a até então 'tediosa' vida intelectual brasileira"* (LINHARES DA SILVA, 2015, p. 9). Historicamente, essas ideias não foram um modelo benthamiano disciplinar de controle social, com o emprego, por exemplo, do panóptico.<sup>2</sup> Longe disso, antes e depois da escravidão, a elite intelectual periférica tratou de importar dos países centrais conceitos que legitimassem o verdadeiro *apartheid* vivenciado pelos negros e seus descendentes. Começava, em território nacional, o tempo da antropologia racial, com seus discursos eugenistas, higienistas e lombrosianos (GOÉS, 2016). Sem ao menos passar por um modelo disciplinar, o Estado brasileiro voou rumo à biopolítica.

Cabe ressaltar, que tais discursos se projetaram no campo político e científico de maneira quase concomitante, tendo como marco histórico de maior influência o período que vai de 1870 a 1945. Esse

paradigma muda com a progressiva implementação da "ideologia da democracia racial" por Getúlio Vargas (LINHARES DA SILVA, 2015), com a finalidade de camuflar o problema do racismo de Estado impregnado até os ossos no *modus operandi* das agências políticas e jurídicas brasileiras, sobretudo das agências de criminalização (GOÉS, 2016).

Uma das primeiras manifestações do racismo científico no Brasil foi o discurso eugênico, o qual partia da obra de **Francis Galton** (1905, p. 1), propondo-o enquanto "ciência que lida com as agências sociais que influenciam, mental ou fisicamente, as qualidades raciais das gerações futuras".<sup>3</sup> Essa tese reverberou a partir de dois centros: a Faculdade de Direito do Recife e a Escola de Medicina da Bahia. Foi por meio desses polos intelectuais que o conhecimento eugênico se consolidou no sentido de afirmar que "o negro traria consigo, por ocasião do atavismo, a inferioridade, a primitividade, a impulsividade selvagem e a degenerescência" (GOÉS, 2016, p. 168), daí que os "tipos puros" eurocêntricos eram imputados como o resultado final da evolução humana, sendo a miscigenação uma involução que deveria ser evitada em nome da segurança social (GOÉS, 2016).

Esse era o contexto no qual foram traduzidos, para o Brasil, os pressupostos "científicos" do médico italiano **Cesare Lombroso** e seu paradigma racial-etiológico por cientistas como **Raimundo Nina Rodrigues** (GOÉS, 2016).

Ao assumir a antropologia como uma ciência da desigualdade humana, o positivismo como método de descobrimento da verdade e os parâmetros étnicos como fatores de hierarquização entre as classes, **Lombroso** procurou respostas para a comprovação da superioridade branca sobre as demais, "garantindo a posição de dominação racial ao mesmo tempo em que excluía os riscos das raças inferiores ameaçarem o poder da raça branca, em outros termos, a problemática era se o futuro da humanidade seria negro ou branco" (GOÉS, 2016, p. 80).

Com base nisso, ele pretendeu encarar o problema da delinquência e desviou o objeto de estudo do crime para o criminoso. Esse autor pensava que as características do delinquente não se diferenciavam das do louco ou dos imorais, isto é, tanto uns quanto os outros, são o que são por causas de suas características hereditárias, das quais o atavismo é a principal. Para **Lombroso**, o criminoso era um salto para trás na evolução humana teorizada por **Darwin**. Em 1876, na obra *O homem delinquente*, foi sistematizada e apresentada a teoria mãe da criminologia, consistente na afirmativa de que os delinquentes eram homens primitivos, e isso casava com as teorias eugênicas, já que eram os negros que ocupavam em massa os espaços carcerários (ANITUA, 2008).

Foi no fim do século XIX que **Nina Rodrigues** (2011) introduziu no país as teses lombrosianas. Para **Rodrigues** (2011), não havia dúvidas sobre a existência de etnias hierarquicamente inferiores; e suas pesquisas no campo da criminologia e da medicina legal apontavam para o papel do atavismo africano na composição da questão criminal brasileira. Contudo, o problema dos mestiços era o que mais intrigava o médico baiano, na medida em que observava os cruzamentos raciais como fator de anormalidade, que levava a uma espécie de criminalidade mestiça (RODRIGUES, 2011). Na obra *Raças humanas e responsabilidade penal no Brasil*, ele propõe claramente um modelo de política criminal baseado nesses critérios e defende o determinismo racial como a razão para o cometimento de crimes, ou seja, na lógica de Nina Rodrigues, negros e mestiços estariam fadados à delinquência, fruto de uma hereditariedade atávica. Não restava ao Estado outra saída senão neutralizar tais fontes de perigo (RODRIGUES, 2011).

Com o início da industrialização e, sobretudo, da gradual ocupação do espaço urbano no início do século XX, a mão de obra escrava foi paulatinamente substituída pela mão de obra assalariada e pelas inovações tecnológicas. Excluídos pela modernização das cidades, os antigos escravos foram colocados à margem do desenvolvimento político e econômico. Enquanto eram necessários para a economia escravista, os negros eram invisíveis como fonte de perigo médico; todavia, após a abolição, sua importância para o sistema social tornou-se diminuta. Nesse momento, os libertos, os pobres e os imigrantes passam a se amontoar nos cortiços. Naturalmente, com a aglomeração dessas pessoas nas cidades, aqueles que eram invisíveis passam a ser visíveis para o Poder Político, que os enxerga, agora, como foco de sujeira, desorganização e depravação moral. Principalmente os negros, que passam a ser vistos como um problema de higiene pública (WERMUTH; NIELSSON, 2018).

O movimento higienista nasceu, assim, como uma variante racista da medicina sanitária. Isso porque na base do higienismo está a ideia de que "os pobres carregam vícios, os vícios produzem os malfeitores, os malfeitores são perigosos à sociedade: juntados os extremos da cadeia, temos a noção de que os pobres são, por definição, perigosos" (CHALHOUB, 1996, p. 22). Por isso, **Chalhoub** (1996) verificou que, desde o início, a adoção do conceito de "classes perigosas" no Brasil fez com que os negros se tornassem os alvos preferenciais da política sanitária, uma vez que as próprias agências estatais os taxavam como "malandros", ociosos e degenerados. Assim sucedeu, por exemplo, no caso da tão conhecida desapropriação – ordenada pelo Prefeito do Rio de Janeiro, Barata Ribeiro – do Cortiço Cabeça de Porco no fim do século XIX, em que foi expulsa toda uma população de negros e mestiços para o alto do Morro da Favela, hoje conhecido como Morro da Providência (WERMUTH; NIELSSON, 2018).

Após a revolução de 30, o debate acerca das diferenças étnicas que norteava os intelectuais e cientistas brasileiros até aquele momento, foi redimensionado pela esfera estatal. As propostas eugênicas, que outrora ocuparam importantes espaços no cenário político – como ocorreu em 1931, com a criação de uma Comissão Central Brasileira de Eugenia –, cederam cada vez mais espaço a uma nova ordem discursiva, qual seja: a de que o racismo deveria ser impedido. Começava, entre 1930 e 1945, a se esboçar a chamada "ideologia da democracia racial" (LINHARES DA SILVA, 2015).

Esta, segundo **Linhares da Silva** (2015, p. 24), se erigiu na forma de um "quadro explicativo da própria nacionalidade e fez da miscigenação a 'prova material' da inexistência do racismo na sociedade brasileira, o que contrariava, evidentemente, muitos eugenistas que viam na miscigenação um fator disgênico para a constituição da população". A premissa era simples: Como um país racista seria mestiço? O mestiço seria, então, a prova concreta de que o Brasil não era um país racista, o que ia perfeitamente ao encontro da nova política de unificação nacional varguista. Foi uma estratégia formidável, "ao fazer do mestiço o tipo nacional, a era Vargas estabeleceu uma nova equação entre raça, ciência e política" (p. 25). Isto é, a dimensão do deixar morrer biopolítico continuaria a levar em frente o racismo de Estado no Brasil, tratando de assegurar o *apartheid* real vivido pela população negra e mestiça, enquanto escamoteava esse modo operativo sob a tese de inexistência do racismo, baseado ideologicamente na concepção de miscigenação positiva.

Se, por um lado, o discurso eugenista cai em desgraça após a reconfiguração da identidade nacional pela "ideologia da democracia racial", por outro, a eugenia se mantém viva na forma biopolítica de governar as etnias negras e pardas no Brasil. Todos os dias o poder soberano deixa morrer essas pessoas, dentro dos cárceres, nas periferias, nos subempregos, à margem do tecido social. É, contudo,

dentro do Sistema de Justiça Criminal que se vê com maior facilidade o racismo de Estado, que mostra sua face mais hedionda quando se olha para a Justiça Penal Juvenil.

#### 4. Fundamentos para a crítica do modelo biopolítico de Justiça Penal Juvenil: os dados do SINASE

De todas as dificuldades presentes na democracia, sobretudo na contemporaneidade, o racismo de Estado constitui-se como um dos principais empecilhos à emancipação da população brasileira. Olhar tal questão sob o ponto de vista dos jovens e adolescentes em conflito com a lei revela a força com que os mecanismos e aparatos do biopoder agem sobre a vida dessas pessoas, os empurrando desde muito cedo para a beirada da sociedade.

De início, cabe ressaltar que há dificuldade na coleta de dados referentes ao encarceramento juvenil no Brasil, posto que os números divulgados em 2018 pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) são relativos ao ano de 2016 – logo, desatualizados –; ressalta-se também a complexidade para o acesso a esses números, “sobretudo porque o sistema socioeducativo não está vinculado ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)” (CARVALHO, 2015, p. 647).

Os dados fornecidos pelo *Levantamento Anual SINASE 2016* mostram que o número de adolescentes submetidos a internação naquele ano era de 26.450, sendo 18.567 em medida de internação (70%), 2.178 em regime de semiliberdade (8%) e 5.184 em internação provisória (20%), havendo outros 334 adolescentes em atendimento inicial e 187 em internação sanção. Isto significa um aumento, em relação à 2010 – em que o encarceramento juvenil estava no patamar de 17.703 pessoas – de 8.747 jovens e adolescentes, o que representa uma evolução de aproximadamente 49,4% em apenas 6 anos (BRASIL, 2018).

Não obstante, o número de jovens em privação de liberdade considerados de cor preta e parda representa ainda o total de 59,08%, enquanto os de cor branca somam 22,49%, os de cor amarela 0,91% e da etnia indígena 0,98%. Curiosamente, porém, 16,54% dos adolescentes e jovens atendidos, ou seja, aproximadamente 4.232 pessoas, não tiveram seus registros formalizados quanto à sua cor ou raça, sendo classificados na categoria sem informação – o que, obviamente, pode representar um aumento no número de internos de cor parda e preta (BRASIL, 2018).

Segundo esse levantamento, os atos infracionais campeões de internação são justamente os de roubo e tráfico de drogas, os quais, juntos, representam a incrível marca de 69% das internações em unidades de atendimento sócioeducativo. O que não podia ser diferente, dado o processo histórico de exclusão das etnias negras e mestiças do mercado formal de emprego e a marginalização dessa população pelo sistema político brasileiro (BRASIL, 2018).

Ademais, existem 477 unidades desse tipo no Brasil, mas não consta no relatório o número de vagas por estabelecimento, de modo que fica difícil apurar se tais jovens não estão submetidos ao mesmo problema de superlotação que enfrenta o sistema carcerário adulto (BRASIL, 2018).

O que mais intriga, porém, são os dados a respeito das mortes de adolescentes que cumpriam medida socioeducativa em unidades de internação, onde foram registrados, em 2016, o óbito de 49 internos, isto é, uma média de 4 mortes de adolescentes por mês. Esse número vem crescendo desde 2012 – ano em que o Levantamento Anual SINASE começou a fazer tal contabilização –, iniciando com 30 mortos naquele ano, 29 mortos em 2013, 48 mortos em 2014 e 53 mortos em 2015, o que representa a marca de 209 mortos em apenas 5 anos (BRASIL, 2018).

#### Considerações finais

Uma aproximação de resposta ao problema do presente artigo é compreender que aquilo que o discurso oficial do poder punitivo tenta camuflar, a teoria biopolítica revela. No modo concreto de atuação da Justiça Penal Juvenil é possível enxergar o racismo de Estado que orienta a dimensão do deixar morrer dentro desse sistema, no qual negros e pardos são submetidos ainda muito cedo à brutalidade estatal e até mesmo à morte dentro dos centros de internação.

Enquanto o poder político e alienados em geral se utilizam da “ideologia da democracia racial” para celebrar a miscigenação como fonte da identidade cultural brasileira, as agências de criminalização deixam claro que, na prática, a história da criminologia etiológica de corte lombrosiano continua viva, dando sustentação a uma política penal que promove um *apartheid* despudorado. Os dados, mesmo que limitados, descortinam aquilo que os brasileiros de todas as etnias sabem: o sistema penal opera de maneira seletiva, isso quer dizer, no popular, que as cadeias, e, no caso dos jovens, as unidades de internação, são para os meninos de “cor”.

#### NOTAS

- <sup>1</sup> O termo ideologia é empregado no texto, de maneira geral, no sentido inferido pelo materialismo dialético de Marx e Engels, isto é, como superestrutura de homogeneização do pensamento burguês.
- <sup>2</sup> O panóptico, de acordo com Foucault (2014), grosso modo, representa um mecanismo de poder disciplinar em que o arranjo arquitetônico permite a vigilância e a sujeição dos indivíduos sem a necessidade de se empregar a força física,

recursos ou a soberania. Ele se estrutura na forma de uma torre de controle em que é possível observar os prisioneiros sem que esses possam saber que estão a ser observados.

- <sup>3</sup> No original: “the science which deals with those social agencies that influence, mentally or physically, the racial qualities of future generations”.

#### REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). *Levantamento Anual SINASE 2016*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.
- CARVALHO, Salo. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, n. 67, p. 623-652, jul.- dez. 2015.
- CHALHOUB, Sidney. *Cidade febril: cortiços e epidemias na Corte imperial*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes,

- 2014.
- GALTON, Francis. “Eugenics: Its Definition, Scope, and Aims.” *Studies in eugenics. American Journal of Sociology*, v. 10, p. 1-25, Jul. 1905.
- GÓES, Luciano. *A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- LINHARES DA SILVA, Mozart. *Biopolítica, raça e nação no Brasil (1870-1945)*. *Cadernos IHU ideias*, v. 13, n. 235, p. 3-30, 2015.
- RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011.
- WERMUTH, Maiquel A. D.; NIELSSON, Joice G. Os higienistas estão voltando: biopolítica, classes subalternizadas e ocupação do espaço urbano no Brasil. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 2, p. 596-619, 2018.

Recebido em: 01/07/2019 - Aprovado em: 15/07/2019 - Versão final: 05/03/2020

# O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E OS REFLEXOS PENAIS NA RESPONSABILIDADE DE DIRIGENTES DE EMPRESAS POR OMISSÃO, NO ÂMBITO DA SUBCONTRATAÇÃO

*THE TRUST PRINCIPLE AND THE REPERCUSSIONS ON THE DIRECTORS' OF COMPANIES  
CRIMINAL LIABILITY BY OMISSION WITHIN THE SCOPE OF SUBCONTRACTING*

## Lucas Nogueira Rodrigues da Silva

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Pós-graduando em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9818-2695>

lucas.7695@hotmail.com

### RESUMO

Ainda que admitida a incidência penal no âmbito econômico-empresarial, os princípios reitores do sistema penal devem ser igualmente assegurados. Desta forma, no contexto de um Direito Penal inteiramente relacionado com a atividade empresarial, sobreleva-se a necessidade de análise da responsabilidade dos dirigentes empresariais, por práticas omissivas ocorridas no âmbito da subcontratação (expediente corriqueiro na prática empresarial), à luz do princípio da confiança, gerando relevantes consequências na imputação em desfavor destes agentes econômicos.

**Palavras-chave:** Direito Penal Econômico, Subcontratação, Princípio da Confiança.

### ABSTRACT

Even that the criminal incidence in economic and business scope is admitted, the criminal system's guiding principles must be equally assured. Therefore, in context of a Criminal Law fully related with the business activity, the analysis's need of the accountability by business directors, due to omissive acts committed in the subcontracting sphere (a usual procedure in the business dynamic) rises, in light of trust principle, giving rise to relevant consequences in the imputations against these economic agents.

**Keywords:** Economic Criminal Law, Subcontracting, Trust Principle.

Com a difusão de constituições dirigentes, de matriz social-democrata, das quais ganham relevo a Constituição portuguesa de 1976 e as Constituições brasileiras, a partir de 1934, passa o Estado a integrar o processo decisório econômico, o que evoca profundas e consideráveis mudanças no quadro liberal até então vigente, caracterizando um sistema misto<sup>1</sup> entre as concepções liberal e social.

Nesse contexto é que se insere o Direito Penal Econômico, no qual a aplicação do poder punitivo busca tutelar a economia nacional no seu conjunto ou nas suas instituições fundamentais, sendo possível conceituar os delitos econômicos como sendo aqueles que *"danificam ou põem em perigo a ordem econômica como um todo"*.<sup>2</sup>

No entanto, nem todo crime econômico é cometido através de empresas e nem tampouco todo crime cometido através de empresas configura crime econômico, de modo que, ainda que os delitos praticados no âmbito empresarial – objeto do presente artigo – integrem o Direito Penal Econômico, e consistam em seu aspecto de maior destaque, não pode ser o Direito Penal Econômico delimitado conceitualmente ao critério da atividade empresarial.<sup>3</sup>

Muito embora as especificidades que permeiam a aplicação do Direito Penal no âmbito da criminalidade empresarial, principalmente a sua engenhosidade e a conseguinte dificuldade de investigação pelas autoridades competentes, ensejando intensos debates para a melhor forma de imputação neste âmbito de criminalidade, não se pode perder de vista os basilares preceitos do Direito Penal, que também no âmbito econômico-empresarial devem ser assegurados.

A pretexto de solucionar os graves problemas de uma sociedade que é permeada pela desigualdade, não se pode usar do Direito Penal como mecanismo de vingança, tolhendo os agentes econômicos de suas prerrogativas basilares, que devem ser asseguradas a todos aqueles que estão sob a sombra do Direito Penal, evitando, com isso, a abertura de exceção aos ditos "criminosos de colarinho branco",<sup>4</sup> sob pena de caracterização de um odioso Direito Penal do inimigo.

Feitas essas ponderações, delimita-se o objeto a ser abordado: uma digressão sobre os reflexos penais ao subcontratante, em caso da ocorrência de tipo penal culposo e de omissão, em meio à execução do subcontrato, mormente em acidentes de trabalho que tenham por resultado a ofensa aos bens jurídicos vida e integridade física de

funcionários ou prestadores de serviços da empresa subcontratada.

Prática corriqueira na dinâmica empresarial, a subcontratação é a celebração de contrato acessório, que tem por objeto direitos estabelecidos em outro contrato, denominado contrato principal, oportunidade em que um dos contratantes vem a transferir a terceiro, sem se desvincular da avença principal, a utilidade que corresponde à sua posição contratual. Como principais modalidades dessa modalidade destacam-se a sublocação, a subempreitada e a subconcessão.<sup>5</sup>

Estreitando para a hipótese da subempreitada, a mesma é autorizada pelo art. 621 do Código Civil,<sup>6</sup> que menciona a possibilidade de que o empreiteiro, este inicialmente contratado, delegue as obras a terceiros, com a ressalva de que o mesmo manterá responsabilidade, para fins civis, pela solidez e também pela segurança do trabalho, como se infere dos artigos 622<sup>7</sup> e 618<sup>8</sup> do Código Civil.

Para além disso, é preponderante nesses contratos a avença de cláusulas onde a pessoa jurídica subcontratada assume a obrigação de integral observância tanto da legislação trabalhista como também das normas de segurança do trabalho, ao fim de que envide todos os esforços possíveis e alcançáveis para prevenção de acidentes de trabalho que possam eventualmente sofrer seus funcionários e prestadores de serviços em geral, na execução da subempreitada.

É em meio à hipótese da ocorrência de acidente de trabalho, que venha a culminar na morte ou ofensa à integridade física de funcionários ou prestadores de serviços da empresa subcontratada, que são analisados quais serão os efeitos penais sobre os dirigentes da empresa subcontratante, que, quando da formalização da subcontratação, cuidou de estipular que o dever de vigilância e cuidado em relação aos funcionários seria de incumbência da empresa que fora contratada para fins de subempreitada.

Inicialmente, no caso da ocorrência de eventos danosos supramencionados, restaria caracterizada em princípio uma ocorrência; em tese, dos tipos penais de homicídio culposo (art. 121, § 3º, do Código Penal)<sup>9</sup> ou de lesões corporais culposas (art. 129, § 6º, do Código Penal),<sup>10</sup> a depender, por óbvio, do caso concreto.

Sucedendo a imputação a ser efetuada em desfavor dos dirigentes da pessoa jurídica que promoveu a subcontratação deve ser sopesada à luz do princípio da confiança, o qual, nos dizeres de **Juarez Tavares**, assegura que *"todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também operem cuidadosamente"*.<sup>11</sup>

Ou seja, toda e qualquer pessoa *"pode supor que os demais, desde que por sinais especiais não indiquem o contrário, respeitarão as normas regulamentares, criando, desta forma, uma teia de relações abonatórias que se sustentam entre si"*.<sup>12</sup> A confiança no outro está vinculada ao fato de se saber que *"ele também desenvolve cuidados em ordem a*

*proteger de perigos os restantes membros da comunidade"*.<sup>13</sup>

Desse modo, submetendo-se a hipótese em estudo aos limites da imputação estabelecidos pelo referido princípio, não há, em princípio, por parte daquele que subcontrata obrigação, responsabilidade penal em relação a eventual acidente de trabalho que venha a envolver funcionários ou prestadores de serviços do subcontratado, na medida em que referidos fatos se expandem para além do dever concreto imposto ao subcontratante.

Isso porque, partindo da premissa de que os tipos penais culposos estão assentados sobre a violação do risco autorizado, é possível afirmar que o princípio da confiança implica um critério de delimitação daquele risco,<sup>14</sup> ou seja, a incidência do princípio da confiança impede o reconhecimento de que a ação do agente incrementou ou aumentou o risco de produção do resultado.

Foi precisamente este o entendimento assentado pelo Tribunal de Justiça do Paraná no julgamento do *Habeas Corpus* 474593-5, em 03 de abril de 2008,<sup>15</sup> que, apesar de datar de mais de uma década, promoveu relevante discussão acerca da matéria, a qual o torna extremamente pertinente e atual.

Naquela ocasião, os Pacientes, integrantes de determinada sociedade empresária, foram denunciados pela coautoria vertida à prática do crime de homicídio culposo de empregado de uma empresa, que fora subcontratada para execução de serviços de mão de obra pela empresa da qual os pacientes eram sócios. Alegava-se que a inobservância, por parte dos mesmos, do dever objetivo de cuidado decorreria do fato de a vítima não ter sido dotada das *"mínimas e necessárias condições de segurança para o desempenho de sua atividade laboral"*.<sup>16</sup>

O *writ* foi concedido em favor dos sócios da empresa, reconhecendo a atipicidade de suas condutas, sob o fundamento de que o princípio da confiança, e também da proibição de regresso, assegurariam ao subcontratante confiar que os demais intervenientes da relação contratual (subcontratados) cumprirão com deveres próprios e hábeis à evitação do dano.

Sendo assim, a subcontratação da execução de serviços, praticada com empresa obrigada contratualmente a observar a legislação trabalhista e prevenir acidentes que poderiam eventualmente sofrer seus próprios empregados, não configuraria criação ou incremento de risco juridicamente proibido, *"senão atividade empresarial comum e socialmente útil que, quando muito, teria gerado um risco tolerado pela ordem jurídica"*.<sup>17</sup>

Assim, a título de conclusão, tem-se que a incidência do princípio da confiança consiste em fator preponderante para a análise da (ausência de) responsabilidade penal por parte de responsáveis por pessoas jurídicas, no âmbito de acidentes de trabalho consumados no exercício do objeto subcontratado.

## NOTAS

<sup>1</sup> ESTELLITA, 2011, p. 155.

<sup>2</sup> DIAS; ANDRADE, 2000, p. 86.

<sup>3</sup> KNOPFHOLZ, p. 39-40.

<sup>4</sup> SANTOS, 2000, p. 200.

<sup>5</sup> GONÇALVES, 2013, p. 107.

<sup>6</sup> Art. 621. Sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de

execução do projeto em sua forma originária.

Parágrafo único. A proibição deste artigo não abrange alterações de pouca monta, ressalvada sempre a unidade estética da obra projetada.

<sup>7</sup> Art. 622. Se a execução da obra for confiada a terceiros, a responsabilidade do autor do projeto respectivo, desde que não assuma a direção ou fiscalização daquela, ficará limitada aos danos resultantes de defeitos previstos no art. 618 e seu parágrafo único.

<sup>8</sup> Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o

prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

<sup>9</sup> Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...] § 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

<sup>10</sup> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

[...] § 6º Se a lesão é culposa:

Pena - detenção, de dois meses a um ano.

<sup>11</sup> TAVARES, 2018, p. 349.

<sup>12</sup> D'ÁVILA, 2001, p. 52

<sup>13</sup> FÁRIA COSTA, 1992, p. 488

<sup>14</sup> TAVARES, p. 349.

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª C. Criminal - HC - 474593-5 - Maringá. Relator: Desembargador Telmo Cherem - Unânime - J. 03.04.2008. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1662203/Ac%C3%B3-474593-5#> Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>16</sup> Idem, ibidem.

<sup>17</sup> Idem, ibidem.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei. Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Presidência da República, Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Presidência da República, Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Câmara Criminal - HC - 474593-5 - Maringá. Relator: Desembargador Telmo Cherem. J. 03.04.2008. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1662203/Ac%C3%B3-474593-5#>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática das infrações contra a economia nacional. In: *Temas de direito penal econômico*. Organizador: Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ESTELLITA, Heloisa. Tipicidade no direito penal econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). *Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais, v. 2. FÁRIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia genérica nos crimes econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013

SANTOS, Cláudia Cruz. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle. In: *Temas de direito penal econômico*. Organizador: Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo [recurso eletrônico]*. 5. ed. rev., Florianópolis-SC: Tirant Lo Blanch, 2018. recurso digital: il.; 4 MB

Recebido em: 01/07/2019 - Aprovado em: 02/08/2019 - Versão final: 07/10/2019

# A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: AINDA A ORDEM PÚBLICA COMO VIA ARGUMENTATIVA PARA A PRISÃO PROCESSUAL

*THE TRIVIALISATION OF PRE-TRIAL DETENTION: AGAIN, PUBLIC ORDER AS AN ARGUMENTATIVE ROUTE TO PROCEDURAL DETENTION*

**Paulo Victor Leôncio Chaves**

Graduando em Direito pela UFPI. Membro voluntário da Assessoria Técnica em Direitos Humanos Coletivo Antônia Flor - Núcleo Criminal.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7564-1772>

paulovchaves\_1@hotmail.com

## RESUMO

Os dados oficiais a respeito do perfil da população prisional denunciam que mais de 40% da população aprisionada é de presos provisórios, o que leva a questionar a atuação do Poder Judiciário enquanto instância do sistema penal, caracterizando-o, ao mesmo tempo, como o mais omisso e mais responsável pelos alarmantes dados de aprisionamento, entre os poderes da república. A análise dos discursos veiculados em decisões judiciais evidencia

## ABSTRACT

Official data towards the profile of prison population in Brazil state more than 40% of it is composed of non-convicted people, which leads us to question the acting of judiciary branch, as being, at the same time, the biggest responsible and the most silent of the government branches. The discourse analysis onto the judicial decisions shows the prevalence of pre-trial detentions based on the provision of public order, and, considering it as the least convincing



a prevalência de prisões cautelares em vista da garantia da ordem pública, o que, dado o baixo grau de cautelaridade que caracteriza tal fundamento, reflete mais o perfil dos julgadores que o perfil dos indivíduos selecionados pela persecução penal.

**Palavras-chave:** Análise do discurso judicial, Prisões cautelares, Encarceramento em massa.

reason, it shows us more the profile of the judges than the profile of those people chosen by the criminal system.

**Keywords:** Discourse analysis onto judicial decisions, Re-trial detentions, Mass imprisonment.

O sistema penitenciário brasileiro encontra-se em situação de colapso. A superlotação de presídios informada por dados oficiais, como consequência do inflacionamento penal-punitivo que se tem observado no cenário político desde a redemocratização da década de 1980, apresenta-se como crise, tendo levado inclusive o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer o quadro vivido nas prisões do Brasil como um "*estado de coisas inconstitucional*".<sup>1</sup>

De acordo com dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a partir do sistema de informações estatísticas sobre o sistema penitenciário brasileiro (INFOPEN), já em 2016 o Brasil ocupava a nada honrosa 3ª colocação no ranking mundial em número de pessoas presas, à época com mais de 700 mil pessoas privadas de liberdade.<sup>2</sup> O referido relatório de 2016 apontava, ademais, que cerca de 40% do total de presos seriam presos provisórios sem condenação.

Dados atuais, especialmente os fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do GEOPRESÍDIOS,<sup>3</sup> apontam o registro de 718.118 pessoas privadas de liberdade (721.596, somando-se os internos em cumprimento de medida de segurança).<sup>4</sup> O relatório de Cadastro Nacional de Presos fornecido pelo Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) apresenta números da ordem de 602.217 pessoas privadas de liberdade; todavia, o próprio relatório menciona a imprecisão dos dados ali fornecidos, haja vista estarem incompletos, considerando que estados como São Paulo e Rio Grande do Sul não teriam apresentado as informações ao tempo da disponibilização do documento.

A divergência entre os dados, no entanto, não afasta a situação de encarceramento em massa<sup>5</sup> visualizado no Brasil, mormente se considerarmos as taxas de encarceramento do país (301/100 mil habitantes) em comparação com as de outros países da América do Sul como Argentina (160/100 mil habitantes), Bolívia (122) e Venezuela (178), por exemplo.<sup>6</sup>

Situação ainda mais alarmante é a que se verifica quando voltamos a análise para as prisões provisórias. Os resultados apresentados pelo BNMP 2.0 apresentam as prisões de natureza penal em 03 (três) categorias de análise; são elas: a de presos condenados em execução definitiva, a de presos condenados em execução provisória e a de presos sem condenação.

Da análise dos dados do BNMP 2.0, podemos visualizar que 40,14% (241.090) dos presos penais não possuem condenação, ou seja, estão presos cautelarmente (tratam-se de prisões que visam a assegurar o "resultado útil" do processo penal). Dos demais, 24,72% (148.472) são presos condenados em cumprimento de "execução provisória da pena" e os restantes 35,15% (211.107) estão presos em cumprimento de execução definitiva de pena. Inobstante o *nomen juris* atribuído à natureza da prisão penal, pode-se observar que o total de presos provisórios no Brasil representa a parcela de 64,86% dos presos penais (como se o índice de 40,14% já não fosse suficientemente grave).

Em definição, a prisão cautelar é aquela determinada em face da necessidade de se resguardar o processo penal de maneira que a liberdade do sujeito processado ponha em risco o seu regular andamento. Ante a evidência de que se trata da grave intervenção ao direito de liberdade do cidadão, em privilégio à atuação dos órgãos do sistema de justiça criminal, a determinação da prisão preventiva há de ser fundamentada em elementos concretos e motivada segundo aspectos conformados pela estrita legalidade (LOPES JR, 2018; LIMA, 2019).

Nessa linha, Lopes Jr. (2018, p. 583-584) menciona a existência dos elementos necessários à decretação de prisão preventiva/cautelar, os quais, cumulados, constituem a verdadeira justificativa à constrição pessoal verificada. Trata-se do pressuposto da prisão, traduzido no termo latino *fumus commissi delicti*, que revela a possibilidade concreta de que o sujeito processado seja o autor do fato apontado como crime, bem como do fundamento da prisão, traduzido no termo latino *periculum libertatis*, que configura a medida em que a liberdade do sujeito acusado constitui embaraço concreto ao andamento e regular desenvolvimento do processo, que é o instrumento para o exercício do poder punitivo.

Na aferição dos elementos necessários à decretação da prisão preventiva, exsurge como problemática o conteúdo normativo inserido na previsão legal constante do art. 312 do Código de Processo Penal, especialmente no que se refere à abrangência da expressão "*garantia da ordem pública*".

Tal problemática se materializa na necessidade de verificar em que medida a liberdade individual do sujeito processado põe em risco a ordem pública, compreendida como uma perspectiva da coletividade, e, por outro lado, em como a prisão, salvaguardando a ordem pública, acautela o regular andamento do processo.

A análise se insere na aplicação dos direitos fundamentais ante a tensão que se põe em tela entre a necessidade da prestação jurisdicional e a garantia da liberdade individual. Nessa linha, a prisão preventiva se põe em dicotomia com a ideia de liberdade provisória, a qual, pela própria redação do texto constitucional, se presume regra mandamental.

Aqui se afigura o ponto de inconstitucionalidade do fundamento da prisão preventiva para garantia da ordem pública, uma vez que a vagueza e amplitude do conceito fazem perder a excepcionalidade, como demonstram os resultados parciais da pesquisa.

Esta pesquisa avaliou a cidade de Teresina, capital do estado do Piauí. Os dados sobre prisões provisórias no estado do Piauí, segundo o BNMP 2.0, revelam que 44,74% (2.023) dos presos penais são presos sem condenação.<sup>7</sup> Apenas na capital, segundo dados fornecidos pela Central de Inquiridos do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, no período compreendido entre agosto/2017 e julho/2018, 1.119 prisões em flagrante foram convertidas em prisão preventiva, em um universo de 2.196, o que representa 50,96% de

ocorrência de cerceamento cautelar físico.

A análise das decisões judiciais proferidas em audiências de custódia que culminaram com a decretação de prisão preventiva das pessoas autuadas em flagrante revela significativa recorrência ao recurso prisional "*para garantia da ordem pública*",<sup>8</sup> o que implica preocupação, eis que este fundamento, aliado ao "*para garantia da ordem econômica*" mostram-se os que menos possuem a referida natureza cautelar, *a priori*, entre as hipóteses elencadas no já mencionado art. 312, do CPP.<sup>9</sup>

Outro elemento com grande recorrência nas decisões judiciais analisadas é o recurso a argumentos genéricos, de forte inclinação moralizadora, que traduziriam a necessidade de se garantir a ordem pública através da custódia cautelar da pessoa flagranteada e apresentada ao juiz. Exemplos de discursos ditos moralizantes recorrentemente manejados no corpo das decisões são: "*Nesta capital o delito de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes é uma constante, sendo que muitas famílias acabam por ser destruídas em razão dele, assim tal crime abala a ordem pública, gerando uma insegurança na população. Cumpre observar ainda, que o tráfico de drogas também desencadeia a prática de outros delitos, como furtos, roubos e homicídios. Desta forma, a concessão de liberdade a pessoas envolvidas com o tráfico de drogas implicará inevitavelmente em ofensa à ordem pública, pelo que a soltura do flagranteado abalará a tranquilidade da sociedade*".

Tais discursos judiciais extravasam o campo da cautelaridade penal para, por meio de medidas pragmáticas, fundadas em argumentos de caráter moral, garantirem a efetivação do controle social, naturalmente exercido pelo sistema penal, com a antecipação punitiva por meio da prisão processual, ao arrepio das garantias processuais penais e mesmo constitucionais da pessoa submetida à prisão, sublevando-se à preferência o "*direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal*".<sup>10</sup>

Na insuficiência de elementos concretamente demonstráveis, ou mesmo no desinteresse de levá-los, a formulação de argumentos "moralizantes" apresentados a título de fundamentos para a decretação da prisão preventiva, além de substituir (mesmo que de forma ilegítima) os elementos concretos imprescindíveis à constrição pessoal cautelar, (re)significa ao poder judiciário uma fraca noção de atendimento aos anseios sociais de efetiva aplicação da justiça (punitiva) e mascara a ineficiência do sistema penal com relação aos seus motivos declarados ou escancara sua plena eficiência em relação aos seus motivos escusos.<sup>11</sup>

A literatura especializada, em parte, manifesta-se pela inconstitucionalidade do fundamento da prisão "*para garantia da ordem pública*", mormente em face do amplíssimo caráter normativo que o circunda, eis que, nesse aspecto, cabe ao intérprete/julgador a definição de ordem pública, e, dentro dessa definição, identificar o perigo que a liberdade individual pode significar para ela. Nessa linha de pensamento, estão **Lopes Jr. (2018)**, **Prado (2011)**, **Sanguiné (2001)**, **Tourinho Filho (2009)**, **Gomes Filho (2005)**, entre outros.

Na compreensão teórica apresentada, a abertura normativa se estende de tal modo a autorizar o arbítrio, afinal, nessa perspectiva, o julgador criaria o risco exatamente para encaixar na situação do sujeito processado. **Tourinho Filho (2013, p. 436)** traz a discussão levantada por **Antônio Magalhães Gomes Filho**, que, amparado na perspectiva de **Luís Alberto Warat**, traduz a "ordem pública" como "*expressão estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos*".

Sobre a ideia de que a ordem pública reflete a noção de paz social, calha destacar a compreensão de **Lyra Filho (1982, p. 22)**, para quem: "*Desta maneira, opta pela teoria política liberal, que equipara Estado e comunidade, como se aquele representasse todo o povo (ocultando, deste modo, a dominação classística e dos grupos associados a tais classes). Chama-se, então, de 'paz social' a ordem estabelecida (em proveito dos dominadores e tentando disfarçar a luta de classes e grupos)*".

**Bottini (2013, p. 265)** avalia a alteração legislativa que sofrera o Código de Processo Penal em 2011 como "*supressão da medíocre dicotomia – prisão ou nada*", tendo em vista a criação, no Direito brasileiro, das chamadas medidas cautelares diversas da prisão. Inobstante se compreenda o posicionamento do autor e até se verifique que talvez tenha sido esta a intenção legislativa, podemos verificar, pelos dados provisórios colhidos no âmbito da pesquisa, mas, e principalmente, pelos informativos de abrangência nacional, que a prisão preventiva segue sendo regra, não tendo ocorrido, efetivamente, a superação de que tratava o autor, ao menos no plano material.

O recurso prisional à garantia da ordem pública, além do esvaziado conteúdo constitucional, revela a opção legislativa, e cotidiana e constantemente reproduzida por juízes, da utilização do sistema penal como mecanismo de manutenção de estruturas de poder e reprodução de violências, desde o modelo civilizatório ocidental, em que, inobstante a compreensão teórica e as funções declaradas, o sistema penal, e a prisão por excelência, não servem à resolução de conflitos, mas para a subjugação de corpos.<sup>12</sup>

## NOTAS

- <sup>1</sup> Expressão constante do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, rel. Min. Marco Aurélio.
- <sup>2</sup> Até junho de 2016, segundo o relatório apresentado no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, a população prisional brasileira era de 726.712 pessoas, para um total de 368.049 vagas, o que revelava, à época, um déficit de 358.663 vagas em quantitativos absolutos.
- <sup>3</sup> Página eletrônica que armazena dados das inspeções nos estabelecimentos penais a partir do Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIPE).
- <sup>4</sup> Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php)>.
- <sup>5</sup> Podemos dizer que o termo "encarceramento em massa" seja apropriação/tradução do fenômeno vivenciado nos Estados Unidos, desde a década de 1970 até os dias atuais (taxas de encarceramento ampliadas de 100/100 mil habitantes para 450/100 mil), dadas as semelhanças com o caso brasileiro. Segundo informações disponibilizadas pelo Departamento Penitenciário

- Nacional (DEPEN), a população carcerária no Brasil registrou um aumento da ordem de 707% no período compreendido entre 1990 (pouco mais de 90 mil pessoas presas) até meados de 2016 (mais de 700 mil pessoas). David Garland (2001, p. 1-2) menciona que "aprisionamento se torna encarceramento em massa quando deixa de ser a prisão de criminosos isolados e passa a ser o aprisionamento sistemático de grupos populacionais inteiros" (em tradução livre), ao mencionar as disparidades, nos EEUU, do aprisionamento de pessoas negras e brancas (30% de chance de jovens negros serem presos comparando a 4% de chance para jovens brancos). Dados oficiais informam que, no Brasil, no ano de 2016, 64% da população prisional era composta por pessoas negras, denotando-se, assim, sobre-representação dessa parcela populacional no âmbito estudado.
- <sup>6</sup> Dados disponibilizados no World Prison Population List, apresentado pelo World Prison Brief, disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/>>.
  - <sup>7</sup> Além de 24,41% de presos condenados em execução provisória e 30,85% de

presos condenados em execução definitiva.

• No mês agosto/2017, compreendido no período sob análise, por exemplo, segundo os dados fornecidos pela Central de Inquiridos do TJPI, 219 pessoas foram submetidas a audiências de custódia, tendo havido 127 conversões de prisão em flagrante em prisão preventiva; as 127 decretações de prisão estão reunidas em 107 decisões judiciais já analisadas (algumas decisões contemplam mais de uma pessoa presa). Dessas 107 decisões, em 96 delas o fundamento para a decretação da prisão preventiva é a "garantia da ordem pública", isolada ou cumulativamente com outro fundamento, o que representa, aproximadamente, 89,72% de utilização desse fundamento para a decretação

de prisão preventiva apenas nas audiências de custódia, no período analisado.

• Entre os autores que ressaltam a ausência de cautelariedade da prisão "para garantia da ordem pública", temos LOPES Jr. (2018), SANGUINÉ (2010), BARRETO (2016), BOTTINI (2013), entre outros.  
• Excerto retirado do voto do Min. Luiz Fux no julgamento conjunto das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, no STF.  
• No debate entre os motivos declarados e motivos escusos, são referência no Brasil, entre outras, Vera Malaguti Batista (2011) e Vera Regina Pereira de Andrade (1997).  
• Nesse sentido: DROIT, In: MOTTA, 2012, cap. 10, p. 32-36.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, V. R. P. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.  
BARRETO, A. L. L. A. Cautelariedade penal ou controle social? Um olhar crítico sobre as prisões cautelares no Brasil. *Panóptica*, v. 11, n. 1, p. 184-210, jan./jun. 2016.  
BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. rev. e. atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.  
BATISTA, V. M. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.  
BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21. ed. rev. ampl. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.  
BNMP 2.0. *Banco nacional de monitoramento de prisões: cadastro nacional de presos*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2018.  
BOTTINI, P. C. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, v. 1, n. 1, jun. 2013.  
DROIT, R.-P. (ed.). Dos suplícios às celas. In: MOTTA, Manoel Barros da (org.). *Michel Foucault - Ditos & Escritos VIII: segurança, penalidade e prisão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. Cap. 10. p. 32-36. Entrevista concedida a R.-P. Droit e publicada no jornal Le Monde, em 21 de fevereiro de 1975, p. 16.  
FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. 302 p.  
GARLAND, D. *Mass imprisonment: social causes and consequences*. London: Sage

Publications, 2001.

LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. v. único. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

GEOPRESÍDIOS. *Dados nas inspeções dos estabelecimentos penais*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php). Acesso em 28.11.2018.

INFOPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: Atualização – junho de 2016*. Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

LOPES JÚNIOR, A. C. C. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LYRA FILHO, R. *O que é direito*. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

PRADO, G. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SANGUINÉ, O. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOURINHO FILHO, F. C. *Processo penal*. v. 3. 35. ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

WORLD PRISON BRIEF. *World prison population list*. 11. ed. Institute for Criminal Policy Research, 2015. Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_11th\\_edition\\_0.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf). Acesso em: 10 jan. 2019.

Recebido em: 01/07/2019 - Aprovado em: 05/08/2019 - Versão final: 08/10/2019

# EXECUÇÃO PENAL SOB UMA PERSPECTIVA DECOLONIAL

## PENAL EXECUTION BY A DECOLONIAL PERSPECTIVE

### Karen Priscila Araújo Baraúna

Bacharela em Direito pela Faculdade Baiana de Direito. Advogada.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5815-3806>

[karenpriscilab@gmail.com](mailto:karenpriscilab@gmail.com)

## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar brevemente o sistema criminal. Observa-se a questão da seletividade penal no âmbito dos paradigmas de raça e gênero. Entende-se que os aparelhos políticos de repressão auxiliam na sustentação do padrão dominante, mantendo, assim, um sistema violento e genocida que oprime corpos específicos. Desse modo, a lógica penal é percebida como um instrumento de dominação que serve apenas para rechaçar ainda mais os corpos já violentados, estigmatizados e subalternizados. Torna-se relevante, então, uma avaliação no que tange à necessidade – ou desnecessidade – desse sistema penal.

**Palavras-chave:** Criminologia, Raça, Gênero, Segregação, Execução Penal, Feminismo Interseccional, Abolicionismo.

## ABSTRACT

This paper aims to briefly analyze the criminal system. It was observed the issue of criminal selectivity within the framework of race and gender paradigms. It was understood that the political apparatus of repression play an assisting role in sustaining the dominant pattern, thus maintaining a violent and genocidal system that oppresses specific bodies. In this way, criminal logic is perceived as an instrument of domination that serves only to further reject the bodies already violated, stigmatized and subalternized. It is then relevant to evaluate the need - or not need - of this penal system.

**Keywords:** Criminology, Race, Gender, Segregation, Penal Execution, Intersectional Feminism, Abolitionism.

## 1. Introdução

É impossível estudar as ciências jurídicas sem realizar uma análise de raça, gênero e classe. São paradigmas que ainda influenciam nas relações sociais e, portanto, estão diretamente ligados ao estudo do Direito. O Direito Penal possui caráter repressivo, sempre foi direcionado às categorias que desafiavam a ordem hegemônica e, portanto, eram rejeitadas.

Quando há uma interseccionalidade entre os sistemas repressivos presentes no âmbito dos paradigmas dominantes, há um sujeito que está inserido nesse ponto de intersecção: mulher preta e pobre. No âmbito da execução penal, essa repressão tem uma intensidade ainda maior. O cerceamento do direito à liberdade, nas condições vivenciadas por essa população, não mitiga apenas o direito de ir e vir, mas, também, suprime a dignidade dessas mulheres, de modo a consumir a violência sobre seus corpos. Discute-se, então, a legitimidade do sistema penal para lidar com as problemáticas do corpo social que possuem conexão direta com os paradigmas dominantes – repressivos – já referidos.

## 2. O controle dos corpos subalternizados sob o olhar da criminologia crítica

Importa realizar um estudo do sistema penal com base na criminologia crítica. De acordo com Zaffaroni, a criminologia é um conjunto de conhecimentos que busca explicar a logística de operação do controle social punitivo. Almeja, ademais, estudar as condutas e atitudes que são promovidas por esse controle, e os efeitos causados por ele.<sup>1</sup> O autor informa que "*Criminologia é a disciplina que estuda questão criminal do ponto de vista biopsicossocial, ou seja, integra-se com ciências da conduta aplicadas às condutas criminais*".<sup>2</sup>

A luta contra a criminalidade é analisada como algo meramente simbólico, havendo, assim, um modelo em que é observado o direcionamento aos grupos específicos que fomentam oportunidades para a desordem.<sup>3</sup> Vera Malaguti afirma que "*conhecer o eixo dos medos é traçar o caminho das criminalizações e identificar os criminalizáveis*".<sup>4</sup>

A criminologia crítica não vai se preocupar em focar a sua análise no crime, ou no sujeito percebido como delinquente. O estudo dessa ciência recai sobre o tratamento do próprio sistema penal para com a sociedade.<sup>5</sup> A origem do crime perpassa por um processo político de criminalização, assim, o crime não possui, na sua essência, o encargo delituoso, mas apenas lhe é atribuída a qualidade de ser crime.

### 2.1. Segregação racial e execução penal

O racismo foi inserido como mecanismo essencial para haver uma dominação entre povos. A visão do corpo negro como inferior não é uma novidade; os efeitos do passado escravista persistem.<sup>6</sup> Foucault sustenta que é o biopoder que irá regulamentar as relações políticas e sociais. Em suas palavras, o racismo é "*um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer*".<sup>7</sup> Essa afirmação representa o significado do racismo como arma de dominação, de controle populacional, em que um grupo possui a hegemonia do poder, e outro é inferiorizado por não seguir a lógica branca dominante.

No momento em que o negro conseguiu, teoricamente, a sua liberdade, e começa a desfrutar dessa emancipação, vai para prisões. No âmbito da execução penal, é a ideologia do cárcere que funciona como uma mantenedora das desigualdades baseadas na hierarquia de raças.<sup>8</sup>

Pode-se afirmar que essa instituição é um dos principais meios que contribuem para a reiteração da exclusão e marginalização de indivíduos. A seletividade é reconhecida quando se percebe que o contingente prisional é composto majoritariamente por pessoas não

brancas.<sup>9</sup> Assim, "*o encarceramento em massa define o significado da negritude na América*".<sup>10</sup>

Angela Davis realiza uma comparação interessante e relevante para o melhor entendimento da importância de repensar a legitimidade do cárcere: "*No século XIX, os ativistas antiescravistas insistiam que, enquanto a escravidão continuasse, o futuro da democracia seria realmente sombrio. No século XXI, ativistas antiprisionistas insistem que um requisito fundamental para a revitalização da democracia é a abolição do sistema prisional há muito esperada*".<sup>11</sup>

Nesse sentido, é pertinente observar a relação existente entre a marginalização de sujeitos escravizados no século XIX, e indivíduos encarcerados hodiernamente.

### 2.2. Segregação de gênero e execução penal

Em uma sociedade impregnada pelo sexismo e machismo, ser mulher ainda é viver em uma luta constante. Há, então, uma estruturação do controle do homem sobre a mulher. Desse modo, esse ser dominador exerce a sua influência no âmbito social, e impede que as pessoas enxergadas como subalternas possuam acesso às instituições, porquanto elas já estão sendo comandadas pela classe vista como suprema.<sup>12</sup>

A mulher negra sofre ainda mais dentro de um cenário racista. Elas não são consideradas pela sociedade pessoas dignas de obter direitos básicos e fundamentais. A marginalização que elas sofrem é intensa, e não é atual.

Jurema Werneck ressalta ainda que: "*As mulheres negras, como sujeitos identitários e políticos, são resultado de uma articulação de heterogeneidades, resultante de demandas históricas, políticas, culturais, de enfrentamento das condições adversas estabelecidas pela dominação ocidental eurocêntrica ao longo dos séculos de escravidão, expropriação colonial e da modernidade racializada e racista em que vivemos*".<sup>13</sup>

Quando a seletividade penal é voltada para a mulher, ela se intensifica, e as mulheres negras e pobres são as mais afetadas. A seletividade é uma característica essencial do sistema de controle penal vigente em uma sociedade patriarcal e capitalista. Será realizada uma reprodução, pela própria ordem criminal, das ideias relacionadas ao simbolismo de gênero. Isto é, as construções históricas e culturais que foram reiteradas ao longo do tempo, sobre o homem e a mulher, são internalizadas no subconsciente social como sendo diferenças biologicamente estabelecidas.

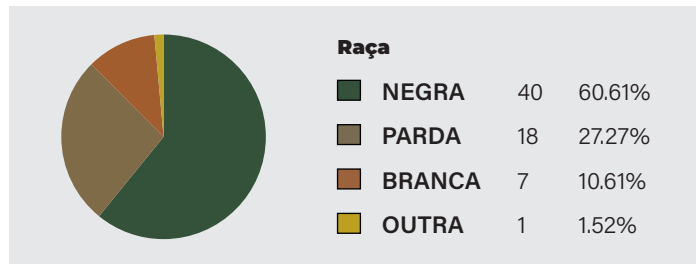
### 3. A mulher preta encarcerada sob o olhar do feminismo interseccional e da teoria abolicionista: uma execução penal decolonial

Tendo em vista a existência dessa pluralidade de paradigmas, não é possível haver um único feminismo que busque estudar a população com base em apenas uma esfera, porquanto há a necessidade da intersecção para que nenhuma dessas mulheres seja negligenciada.

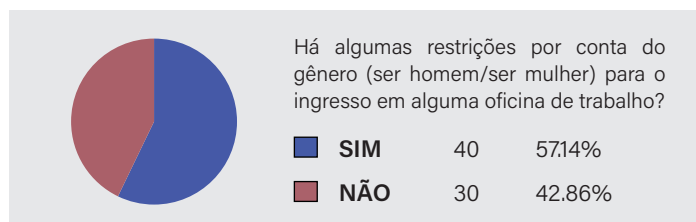
Faz-se importante destacar uma fala de Angela Davis: "*Raça é a maneira como a classe é vivida. Da mesma forma que gênero é a maneira como a raça é vivida. A gente precisa refletir bastante para perceber as intersecções entre raça, classe e gênero, de forma a perceber que entre essas categorias existem relações que são mútuas e outras que são cruzadas. Ninguém pode assumir a primazia de uma categoria sobre as outras*".<sup>14</sup>

A vertente interseccional foca na mulher negra e desprovida de bens patrimoniais. Busca-se oferecer visibilidade a essas pessoas não apenas em campos individualizados, mas sim abordando todas as questões peculiares que afetam essa parte específica da população, de modo a confrontar as injustiças sociais sofridas por ela.<sup>15</sup> Essas cidadãs estão em condição de vulnerabilidade.<sup>16</sup>

Foram realizadas visitas à Penitenciária de Salvador, localizada no Complexo da Mata Escura, onde foi efetuada uma pesquisa para explanar, minimamente, as condições dessas mulheres que vivem com a liberdade cerceada. Inicialmente, faz-se importante ressaltar que a clientela é majoritariamente composta por mulheres negras e pardas.



Ademais, no diálogo com as presas, foi demonstrado por elas o anseio de laborar em outras atividades que não aquelas oferecidas no presídio feminino. As oficinas disponíveis para elas são típicas de um panorama culturalmente construído a partir da mulher dona do lar, como ocupações de costura e confecção de artesanato.



De acordo com dados do Infopen,<sup>17</sup> o Brasil é o quarto país com maior público prisional de mulheres; e, dentre as presas, 62% são negras, isto é, a população carcerária é, comprovadamente, constituída, majoritariamente, por aquelas que já fazem parte do contingente excluído pela sociedade.

A autonomia da mulher, mesmo em uma circunstância na qual ela não esteja detida em uma penitenciária, é mitigada pela lógica de dominação social de gênero, que a posiciona em condição de subalternidade. Quando, para além dos aspectos sexistas enfrentados, há o agravante do racismo enfrentado pelas mulheres negras, a qualidade do tratamento é ainda inferior. E quando essas cidadãs estão no cárcere, a violência é intensificada.

A área criminal é utilizada como instrumento de repressão. Apesar de os objetivos não declarados – segregação social, apagamento político, intensificação das desigualdades – estarem sendo cumpridos, os propósitos declarados não estão sendo alcançados, porquanto o Direito Penal não consegue resolver os conflitos do meio social.

O discurso jurídico penal que consagra a legitimidade do sistema penal vem perdendo a sua justificabilidade. Torna-se cada vez mais evidente que o objetivo da justiça criminal não é manter a segurança, e sim perpetuar a repressão e estimular a violência.<sup>18</sup> Os sistemas penais não são estruturas edificantes para a sociedade, indo de encontro, inclusive, à noção de Direitos Humanos.<sup>19</sup> Esse ambiente,

na sua essência, sempre recorreu aos métodos que enalteciam o sofrimento físico.<sup>20</sup> Em uma abordagem sensata, o foco deveria estar na resolução de conflitos sem precisar encontrar amparo no aprisionamento do ser humano.<sup>21</sup>

O ideal abolicionista associa-se à ideia de uma reestruturação<sup>22</sup> do sistema penal e de toda a sociedade, considerando um ato de aperfeiçoamento e renovação<sup>23</sup> do revestimento social, permitindo a concentração da atenção no conjunto de demandas realmente pertinentes para que pudesse haver uma melhoria no que tange aos problemas reais da sociedade, visto que essas disfunções sociais seriam devidamente encaradas.

É trabalhada a ideia da descriminalização, desencarcerização, retirando o olhar de estigmatização sobre as condutas tipificadas pelo ordenamento jurídico.<sup>24</sup> Ao descriminalizar uma conduta, deve-se buscar possibilidades para que haja uma correção ou uma interrupção dos resultados prejudiciais causados, empregando práticas alternativas de resolução de conflitos.

Essa realidade abolicionista pode ser convocada a atuar na atual conjuntura, abarcando as questões socioeconômicas, de gênero e raça, onde, em razão da mulher negra que vive em condições apenas de subsistência, pode-se promover o abolicionismo quando essa estiver inserida em um contexto onde seja o sujeito ativo do delito.

#### 4. Considerações finais

O conjunto que contém o paradigma do patriarcado, somado à branquitude e ao capitalismo, forma uma ordem repressora e hostil para quem vai de encontro a uma dessas categorias interpretadas como supremas e ideais. E essas pessoas são vítimas do controle prisional.

O cárcere não oferece boas condições para nenhum dos seus participantes. No entanto, quando a mulher é sujeita à prisão, a situação fica ainda mais alarmante. As peculiaridades específicas da mulher não são apreciadas, e ela é, mais uma vez, negligenciada e menosprezada. Essas detentas sofrem com desamparo e solidão. Nota-se ainda que há maior quantidade de presas negras, demonstrando o caráter racista da sociedade.

Ao analisar o paradigma vigente, é crível que o sistema criminal é a representação da inutilidade, e a personificação da selvageria. Ao cercear a liberdade de sujeitos previamente selecionados, justificando tal ato através de discursos dissimulados que explicitam a necessidade de salvaguardar a sociedade, essas classes detentoras do poderio agem destituídas de humanidade.

Os sistemas penais funcionam como máquinas políticas de dominação. Não há qualquer ato positivo, seja para a vítima das situações-problemas, para os agentes ativos das condutas delituosas, ou para a sociedade. A real finalidade desse mecanismo é o de dissipar a ideologia pregada pelas classes hegemônicas.

Compreende-se, portanto, que a extinção dos sistemas penais e prisionais não é consequência de um eventual progresso social. O raciocínio é inverso: apenas com a eliminação dos sistemas penais e prisionais é que começará o processo real de desenvolvimento social.

#### NOTAS

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis S. A., 1988, p. 20.  
<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.  
<sup>3</sup> TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança pública. In: HOLLEINSTER, Stephen (org.). *Estado e sociedade civil no processo de reformas*

*no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Lemen Juris, 2004, p. 64.  
<sup>4</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 24.  
<sup>5</sup> ANITUA Gabriel Ignacio. Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena. In: POSTAY, Maximiliano E. *El abolicionismo penal em América Latina*. 1. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2012, p. 5.

- <sup>6</sup> AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. *Onda negra, medo branco*: O negro no imaginário das elites - século XIX. v. 6. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 258.
- <sup>7</sup> FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de: In faut défendre la société, p. 304.
- <sup>8</sup> BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018, p. 91.
- <sup>9</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 137-138.
- <sup>10</sup> ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness*. New York: The New Press, 2010, p. 192.
- <sup>11</sup> DAVIS, Angela Y. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003, p. 39.
- <sup>12</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Instituto Brasileiro de Direito Público), p. 88.
- <sup>13</sup> WERNECK, Jurema. Nossos passos vêm de longe! Movimentos de mulheres negras e estratégias políticas contra o sexismo e o racismo. *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores(as) Negros(as)*, São Paulo, n. 1, v. 1, p. 7-17, mar./jun. 2010, p. 10.
- <sup>14</sup> DAVIS, Angela. As mulheres negras na construção de uma nova utopia. *Geledés*. 2011. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/as-mulheres-negras-na-construcao-de-uma-nova-utopia-angela-davis/>>. Acesso em: 23 mai. 2019.
- <sup>15</sup> BISPO, Silvana Santos et al. Mulheres negras: ativismo e paradoxos na luta antirracista e antissexista na Bahia. *Coleção Bahianas: Mulheres e movimentos: estudos interdisciplinares de gênero*, Salvador, n. 16, p. 43-68. Edufba: NEIM, 2014, p. 47-48.
- <sup>16</sup> BOITEUX, Luciana. Encarceramento feminino e seletividade penal. *Rede Justiça Criminal*, ed. 9, p. 2, 2016. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.org/pt/portfolio/encarceramento-feminino-e-seletividade-penal/>>. Acesso em: 23 mai. 2019.
- <sup>17</sup> DEPEN. *INFOPEN mulheres*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2018. p. 40 et seq. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres>>. Acesso em: 25 mai. 2019.
- <sup>18</sup> BORGES, op. cit. p. 82.
- <sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Tradução de: En busca de las penas perdidas, p. 147.
- <sup>20</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história das violências nas prisões*. Tradução Raquel Ramalhe. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Tradução de: Surveiller et punir. Disponível em: <[https://social.stoa.usp.br/articles/0037/3030/Foucault\\_Vigiar\\_e\\_punir\\_I\\_e\\_II.pdf](https://social.stoa.usp.br/articles/0037/3030/Foucault_Vigiar_e_punir_I_e_II.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2019, p. 19.
- <sup>21</sup> DAVIS, Angela Y. *Are prisons...* p. 21.
- <sup>22</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 52, p. 163-182, 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205/13830>>. Acesso em: 30 mai. 2019, p. 174.
- <sup>23</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: O sistema penal em questão*. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. Tradução de Peines perdues. Le système pénal em question, p. 104.
- <sup>24</sup> KULLOK, Arthur Levy Brandão. O abolicionismo penal segundo Louk Hulsmann. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, n. 9, p. 6907-6935, 2014. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014\\_09\\_06907\\_06935.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_06907_06935.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2019, p. 6915.

## REFERÊNCIAS

DAVIS, Angela Y. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003.

Recebido em: 03/07/2019 - Aprovado em: 29/09/2019 - Versão final: 11/10/2019

# OS INSTITUTOS DO IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO COMO VETORES PARA AFERIÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO NOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE

*THE USE OF DISQUALIFICATION AND RECUSATION AS THRESHOLDS TO VERIFY THE SPECIAL INTENTION IN ABUSE OF POWER OFFENSES.*

**Filipe Lovato Batich**

Mestre em Direito Penal pela USP. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7410-3713>

[batich@globocom](mailto:batich@globocom)

## RESUMO

O artigo 1º da Lei 13.869/19 dispõe que os tipos penais constantes na lei só podem ser cometidos quando há dolo específico. Tendo como fundamento a imparcialidade como bem jurídico tutelado pelos tipos penais descritos na Lei 13.869/19, o artigo busca utilizar critérios concretos normativos, como o impedimento e suspeição para aferição prévia do elemento subjetivo para os crimes de abuso de autoridade.

**Palavras-chave:** Abuso de autoridade, Dolo Específico, Imparcialidade, Impedimento, Suspeição.

## ABSTRACT

The article 1st of the Federal Act n. 13.869/18 states that the criminal offenses on that law can only be committed with special intention. Taking into consideration that the criminal offenses on the Federal Act n. 13, 869/19 protects impartiality, this essay suggests the use of normative thresholds, such as disqualification and recusation to previously gauge the intention in abuse of power offenses.

**Keywords:** Abuse of power, Special intention, Impartiality, Disqualification, Recusation.

A redação da Lei 13.869/19 prevê, em seu artigo introdutório, a necessidade de realização de um elemento volitivo especial para a tipificação dos crimes dispostos nos artigos subsequentes: *a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal* (art. 1º, § 1º).

A partir de sua redação, extraem-se três elementos subjetivos distintos, aptos a minar a imparcialidade da autoridade envolta em situações tipificadas como abuso.

A primeira espécie é a de *prejudicar outrem*. Trata-se da intenção de causar dano a terceiro, prescindindo de que o malefício beneficie alguém. Assim, para a sua configuração, a autoridade pública realiza ato abusivo, que sabe ou deveria saber ser manifestamente injusto, com o fim de lesar alguém, não sendo necessária a concretização do detrimento.

A segunda espécie, *beneficiar a si mesmo ou a terceiro*, decorre da realização de ato considerado abusivo, com o fim de assegurar algum tipo de vantagem para a própria autoridade ou outra pessoa que a autoridade deseje premiar, buscando um resultado naturalístico favorável a si mesmo ou a outrem, que não necessita se concretizar.

A terceira espécie, *por mero capricho ou satisfação pessoal*, dispõe sobre uma intenção egoística, uma ação arbitrária para a proteção de sentimento, interesse, posição ou vaidade, que pode resultar em prejuízo concreto ao administrado nas hipóteses configuradas como abuso de autoridade.

Aparentemente, a configuração dessas três espécies de elementos subjetivos específicos é de difícil verificação empírica, pois se utilizam de conceitos abertos, que, *a priori*, remeteriam ao campo psicológico do sujeito ativo, com pouca repercussão concreta para comprovação da imparcialidade no ato. Por exemplo, como se comprovaria, por meio de critérios concretos, se um magistrado agiu para *prejudicar outrem, beneficiar terceiros* ou por mero *capricho* ao não substituir prisão preventiva por medida cautelar diversa, quando cabível?

Ao nosso ver, a resposta deve considerar dois aspectos: a questão da definição da imparcialidade<sup>1</sup> como bem jurídico tutelado pelos tipos penais descritos na lei de abuso; e, a adoção de critérios normativos para se comprovar que o agente possui plena consciência das circunstâncias subjetivas envolvidas na configuração do tipo penal.

## 1. Bem jurídico tutelado

A imparcialidade na atuação pública, em especial no tocante à jurisdição, é um interesse protegido por instrumentos legais internacionais há tempos.

Diversos tratados internacionais alçam o direito ao julgamento imparcial como integrante do corpo de direitos humanos, estando previsto expressamente na Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>2</sup> (art. X); no Pacto Internacional dos direitos civis e políticos (art. 14º); na Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (art. 12); e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º), entre outros instrumentos. A preocupação sobre a imparcialidade também resta estampada nas previsões constantes do Estatuto de Roma, que busca infundir boas práticas que busquem a imparcialidade judicial, ao tratá-la como qualidade pessoal do magistrado, a ser aferida em sua escolha; a possibilidade de recusa do julgador em razão de dúvida quanto à imparcialidade;

a existência de critérios para apreciação da perda da imparcialidade; o zelo do juiz-presidente pela imparcialidade no curso do julgamento etc. (PITOMBO, 2018, p. 29 e 38). Nota-se, portanto, que o "*direito a um julgamento imparcial recebeu, da parte dos mais variados tratados internacionais protetivos humanos, a mesma atenção destinada a outros tantos considerados fundamentais à pessoa humana*" (MAYA, 2011, p. 125).

Todavia, apesar de não existir expressa previsão ao julgamento por juiz imparcial, isso não significa, que a Constituição não assegure o direito ao juiz imparcial (BADARÓ, 2018). No ordenamento jurídico brasileiro, além da incorporação dos textos internacionais por força do art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal (CF),<sup>3</sup> o dever de agir imparcialmente, em especial no que se refere aos detentores de poderes jurisdicionais, é extraído das garantias constitucionais processuais, sobretudo a do juiz natural. A imparcialidade é vista como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional, sendo mais que uma garantia individual da parte, uma garantia da própria jurisdição (FERNANDES, 2002, p. 125).

A imparcialidade também deriva de outras garantias dispostas no art. 5º da CF, como a do uso de jurisdição para análise ou ameaça a direito; a da proibição de tribunal de exceção; a do devido processo legal; a do contraditório; a da ampla defesa; e, a da presunção de inocência (PITOMBO, 2018, p. 44). De acordo com o Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, "*as causas de impedimento e suspeição do julgador têm por escopo a garantia da imparcialidade mediante a observância dos postulados do juiz natural (art. 5º, LIII, da CRFB) e do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CRFB)*"<sup>4</sup>

Da análise dos dispositivos de direito internacional e constitucional acima destacados, pode-se extrair que imparcialidade é a ausência de prejuízos ou de parcialidades, que demandam distanciamento entre juiz e partes, de modo a assegurar a objetividade do julgamento (PRADO, 2014, p. 113). Qualquer temor ou suspeita de parcialidade inviabiliza a relação entre a parte e o juiz e afeta o exercício do poder jurisdicional.

A imparcialidade se ocupa diretamente das circunstâncias de fato e direito, e das condições pessoais de quem irá julgar, que, segundo juízo prévio do legislador, poderiam afetar a qualidade de determinada, concreta e específica decisão (PACELLI, 2014, p. 449).

Logo, a imparcialidade é um bem jurídico de ampla extensão, que não alcança somente o campo individual, mas o próprio exercício de um poder, possuindo a finalidade de afastar abusos na relação do Estado com o cidadão.

A proteção jurídico-penal da imparcialidade é fundamentada em situações em que a sua inobservância atinja interesse essencial para o desenvolvimento do indivíduo (ROXIN, 1997, p. 56), resultando em dano ou ameaça à vida e à liberdade dos cidadãos, como nas situações tipificadas na Lei 13.869/19.

## 2. Elementos concretos para a aferição da intenção

As teorias mais evoluídas sobre o dolo buscam afastar elementos puramente subjetivos e cognitivos para sua aferição, perquirindo parâmetros normativos ou concretos para a configuração da conduta típica. A consciência sobre a antijuridicidade da conduta deve mudar do paradigma psicológico interno, pois "*jamais será possível produzir provas da intenção de cometer certa conduta já que a ninguém é dado conhecer a mente alheia*" (SANTOS, 2019, p. 107), para a verificação de elementos externos e objetivos à conduta.

No caso do dolo específico que envolve os tipos penais descritos na Lei 13.869/19, há dispositivos legais aptos a apontar se a autoridade agiu tendo consciência da antijuridicidade de sua conduta, resultando em abuso. Tratam-se de verdadeiras situações geradoras de riscos, há tempos apontadas pela lei como aptas a afastar e tornar a autoridade judicial parcial.

Assim, a complementação do significado nas três espécies de dolo específico dispostas no art. 1º, § 1º da Lei nº 13.869/19 resulta na classificação desse dispositivo em uma norma em branco heterogênea, que se socorre de normas legais ou infralegais específicas para sua complementação. Vejamos com mais detalhes como essa associação normativa pode se concretizar.

Ao se analisar os arts. 252, 253 e 254 do Código de Processo Penal (CPP), em conjunto com os artigos 143 e 144 do Código de Processo Civil (CPC), que dispõem sobre o **impedimento e suspeição**,<sup>5</sup> verificamos que tais dispositivos tutelam um único e mesmo valor positivado no ordenamento processual: a imparcialidade da jurisdição, inserida no devido processo legal constitucional (PACELLI, 2014, p. 298), de maneira objetiva e subjetiva.<sup>6</sup> *"Não por outro motivo, a redação dos arts. 252, 253 e 254 da lei processual é formulada de maneira imperativa, cogente, incondicional, dispondo que 'O juiz não poderá exercer jurisdição [...] ou que 'Nos juízos coletivos não poderão servir no mesmo processo [...] ou, ainda, que 'O juiz dar-se-á por suspeito [...] em todos os casos não deixando dúvidas sobre a inexistência de qualquer discricionariedade nesses atos." (MAYA, 2011, p. 136 e 137),*

As situações de suspeição abordam aspectos subjetivos, que incidem quando a convicção pessoal da autoridade é afetada pelo envolvimento de fatos ou pessoas externas ao processo. Nelas *"importa conhecer o que o juiz pensava no seu foro íntimo em determinada circunstância"* (BARRETO, 2005, p. 155). As hipóteses de impedimento tratam razões objetivas, legítimas a afastar a imparcialidade da jurisdição e são vinculadas ao objeto do processo. As circunstâncias objetivas dissipam *"todas as dúvidas ou reservas, porquanto, mesmo as aparências podem ter importância de acordo com o adágio do direito inglês justice must not only be done; it must also seen to be done"* (BARRETO, 2005, p. 155).

Verifica-se por meio da intersecção das regras processuais que tratam da imparcialidade com as três categorias de dolo específico dispostas no art. 1º, § 1º da Lei 13.869/19, que:

i) *prejudicar outrem*: está previsto em casos de suspeição quando qualquer das partes ou seus advogados são inimigos da autoridade (art. 145, I do CPC e art. 254, I do CPP);

ii) *beneficiar a si mesmo ou a terceiro*: são a maior parte das regras de impedimento e de suspeição. As situações de impedimento que tratam de benefício próprio ou de terceiro ocorrem quando a própria autoridade, seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, consanguíneo ou afim, até terceiro grau, for defensor, acusador, autoridade policial, auxiliar da justiça, perito, pertencer a escritório que represente as partes, ou seja, a própria parte (art. 144, III, IV, V e VIII do CPC e art. 252, I, II e IV do CPP); em casos em que

figure instituição de ensino com que tenha relação de emprego ou contrato de prestação e serviços (art. 144, VII do CPC); e quando a autoridade promove uma ação ou procedimento contra os envolvidos (art. 144, IX do CPC). Por sua vez, os casos que tratam de suspeição da autoridade com essa finalidade são: a amizade íntima com uma das partes (art. 254, I); se seu cônjuge, ascendente ou descendente estiver respondendo processo por fato análogo (art. 254, II); se seu cônjuge, parente até terceiro grau, consanguíneo ou afim demandar ou responder processo a ser julgado pelo abusado (art. 254, III); se a autoridade, seu cônjuge ou parente de até terceiro grau for credor ou devedor da vítima de abuso (art. 254, V, c.c. art. 145, II do CPC); quando for tutor ou curador de interessado (art. 254, V do CPP); se for sócio ou acionista de empresa em que o abusado também exerça uma dessas funções (art. 254, VI do CPP); e se receber presente de pessoa que tiver interesse na ilegalidade contra o abusado (art. 145, II do CPC); e

iii) *mero capricho ou satisfação pessoal*: trata-se do impedimento quando a autoridade já tenha atuado ou se pronunciado sobre o fato ou questão legal - não importando se juiz, órgão acusador, defensor, perito, autoridade policial, perito ou testemunha envolvendo o ato (art. 144, I e II do CPC e art. 252, II do CPP) - ou de suspeição quando tiver aconselhado anteriormente uma das partes (art. 145, II do CPC e art. 245, IV do CPP).

Logo, os institutos processuais do impedimento e suspeição podem servir como vetores para valoração do dolo de uma conduta tipificada como abuso de autoridade, pois tratam de situações que, *a priori*, podem minar a imparcialidade no exercício do poder jurisdicional. Nesse sentido, outras normas, que tratem de limitações aptas a minar a imparcialidade de atividades públicas, também podem ser utilizadas com a mesma finalidade, inclusive em relação a outros tipos de exercícios das funções públicas tratadas na Lei 13.869/19, como limitações constantes em Leis Orgânicas, Estatutos Profissionais, Códigos de Ética ou de Conformidade, Códigos de Condutas etc.

### 3. Conclusão

Pode-se classificar o art. 1º, § 1º da Lei 13.869/19 como uma norma em branco heterogênea. No caso da atividade jurisdicional, em especial na persecução penal, o acréscimo encontra-se nas normas que tratam de impedimento e suspeição dos membros do Ministério Público<sup>7</sup> e Magistratura dispostas no Código de Processo Penal e no Código de Processo Civil.

Da mesma forma, normas de naturezas diversas, que imponham o dever de imparcialidade a funções públicas, poderão ser utilizadas para aferição do elemento subjetivo dos crimes de abuso de autoridade em outras situações.

Ao não se observar as normas que resultam ou possam resultar na perda de imparcialidade, é iniciado um contexto, *ex ante*, para se aferir se a autoridade demonstra uma pretensão ou risco não permitido de realizar eventual ação com parcialidade, podendo configurar alguma das figuras tipificadas na Lei 13.869/19.

#### NOTAS

<sup>1</sup> Ao longo do presente artigo, deve-se atentar à lição do Prof. Jacinto Coutinho, de que, desde logo, no entanto, é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem

normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história. (COUTINHO, 2015)

<sup>2</sup> A Declaração Universal não é um tratado. Foi adotada pela Assembleia Geral



das Nações Unidas sob forma de resolução que, por sua vez, não apresenta força de lei [...] Há contudo, aqueles que defendem que a Declaração integra o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito, apresentando, assim, força jurídica vinculante (PIOVESAN, 1997, p. 162 e 163).

<sup>3</sup> A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 1997, p. 89).

<sup>4</sup> HC 165.393/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe .26.03.19.

<sup>5</sup> Em razão do rol de incompatibilidades ser aberto, nos termos do art. 112 do CPP, não é possível realizar sua conexão com as hipóteses de dolo específico

previsto no art. 1º, § 1º da Lei 13.869/19.

<sup>6</sup> Desde o julgamento pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do caso Piersack vs. Bélgica, a doutrina passou a fazer uma distinção entre imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva. Naquela oportunidade afirmou o Tribunal: "Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o art. 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Pode se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito". Embora com alguma contestação doutrinária, tal posicionamento se mantém firme atualmente. (BADARÓ, 2018)

<sup>7</sup> Nos termos do art. 112 e 258 do CPP.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. Ano 2011 - Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. *Badaró Advogados*, Artigos, 21/08/2018. Disponível em <<http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>>. Acesso em: 22.10.2019.

BARRETO, Ireneu Cabral, *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Empório do Direito*, 18/04/2015. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 22.10.2019.

DOS SANTOS, Vinícius de Faria. Dolo em matéria Penal: análise à luz da teoria significativa do delito. In: *Revista Liberdades*, nº 27, p. 104-135, jan./jun. de 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAYA, André Machado. Impedimento, suspeição e imparcialidade: algumas linhas sobre as regras processuais de proteção ao direito de ser julgado por um juiz imparcial. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Org.). *Ciências Penais, Perspectivas e Tendências da Contemporaneidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Imparcialidade da Jurisdição: problemas contemporâneos do processo penal*. São Paulo: Editora Singular, 2018.

PRADO, Geraldo, A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. In: MALAN, Diego; PRADO, Geraldo (Cord.). *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. para o espanhol de Diego-Manuel Luzon Peña e outros, Madrid (Espanha): Civitas, 1997.

Recebido em: 30/10/2019 - Aprovado em: 15/11/2019 - Versão final: 12/02/2020

# CUMPLICIDADE EM CRIMES DE GUERRA POR MEIO DO FORNECIMENTO (LÍCITO) DE ARMAS?

COMPLICITY IN WAR CRIMES THROUGH THE (LEGAL) SUPPLY OF WEAPONS?

**Kai Ambos**

Catedrático de Direito Penal e Processual Penal, Direito Penal Internacional, Direito Comparado e Internacional da Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Juiz do Tribunal Especial do Kosovo, Haia (Holanda). Amicus Curiae do Tribunal para a Paz da Jurisdição Especial para a Paz, Colômbia.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3597-2443>  
kambos@gwdg.de

TRADUTOR

**Pablo Rodrigo Alflen**

Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor da UFRGS. Conselheiro do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal latino-americano da Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Advogado.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7282-4186>  
pabloalflen@terra.com.br

## RESUMO

O artigo trata do problema da admissibilidade da acusação de empresas alemãs como possíveis cúmplices de crimes de guerra, em virtude de armas por elas produzidas e exportadas serem utilizadas na guerra do Iêmen. Nesse sentido, é analisado se à luz do direito internacional a autorização estatal interna para a exportação pode ser afastada por eventual dever de cuidado, em matéria de direitos humanos.

**Palavras-chave:** Cumplicidade, Empresas, Crimes de Guerra, Fornecimento de Armas.

## ABSTRACT

The article deals with the problem of the admissibility of accusing German companies as possible accomplices to war crimes because weapons produced and exported by them were used in the Yemeni war. In this respect, it is examined whether, under international law, the domestic state authorisation for export can be ruled out because of a possible duty of care with regard to human rights.

**Keywords:** Complicity, Companies, War Crimes, Arms Supply.

Uma denúncia acusa empresas alemãs, cujas armas foram utilizadas na guerra do Iêmen, de serem cúmplices de crimes de guerra. Afinal, é possível tal acusação se as exportações foram autorizadas pelas autoridades alemãs?

Em uma moderna sociedade industrial capitalista, as empresas criam riscos cotidianos — pense-se, por exemplo, na produção automobilística e, com isso, nos acidentes (fatais) a ela ligados —, que, porém, são juridicamente permitidos, na medida em que são cumpridos determinados padrões de cuidado. No caso de produtos *per se* perigosos, também o são [riscos permitidos] quando observadas medidas mais rigorosas. Por isso, de acordo com a Lei alemã de Controle de Armas de Guerra (*Kriegswaffenkontrollgesetz*, KWKG), a produção (estatal) de armas de guerra necessita de autorização; e a autorização da sua exportação está sujeita, ademais, a outras exigências conforme a legislação sobre comércio exterior.<sup>2</sup> A punibilidade da exportação — assim como, por exemplo, a relevância penal, em matéria ambiental, da colocação em funcionamento de uma instalação perigosa — depende de um ato de autorização do órgão da administração estatal competente; ela é administrativamente assessoria.<sup>3</sup>

Se, por conseguinte, uma empresa de armamentos cumpre todas as exigências para a autorização, produz legalmente no âmbito interno do Estado e (autorizadamente) exporta. A sua conduta em si perigosa — a comercialização de armas de guerra — é considerada, de acordo com as regras gerais da teoria da imputação objetiva, um risco permitido e, com isso, a relação de imputação (com vista a um eventual crime cometido com as armas de guerra) é, em princípio, rompida. Isto se dá também com relação a eventuais condutas de auxílio, que, embora não sejam tidas como “neutras”, devem ser consideradas, no mínimo, permitidas. Evidentemente, isso não ocorre se uma empresa consegue uma autorização por meio de informações falsas (como decidiu em primeira instância o Tribunal Regional de Stuttgart, em 21 de fevereiro de 2019, no caso Heckler & Koch, no que diz respeito ao usuário final no fornecimento de armas para o México) ou infringe normas (superiores) de proibição de exportação, como na hipótese de um embargo das Nações Unidas (assim, por exemplo, o caso muito frequentemente citado da empresa holandesa Frans van Anraat, que forneceu ao Ditador iraquiano, Saddam Hussein, componentes químicos para a produção de gás mostarda<sup>4</sup>).

A questão mais difícil, e até então não solucionada, diz respeito aos efeitos dos eventuais deveres internacionais na apreciação da conduta das partes envolvidas. A resposta a esta questão agora deverá ser apresentada pelo Tribunal Penal Internacional em razão de uma denúncia da organização não-governamental de Berlim, *European Center for Constitutional and Human Rights*, contra empresas europeias de armamento, entre elas a alemã *Rheinmetall A.G.*, devido ao auxílio a crimes de guerra no Iêmen. Desde o ponto de vista internacional do *soft law*, como o da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), e que, por vezes, se torna *hard law*, como, por exemplo, no marco do Regulamento da UE sobre os chamados recursos minerais em zonas de conflito, de 17 de maio de 2017, tem-se um dever de cuidado em matéria

de direitos humanos (*due diligence*), que — dito de modo mais simples — impõe às empresas cuidados nesse sentido para que elas não participem de graves violações de direitos humanos e nem de crimes internacionais.<sup>5</sup> Este dever de cuidado, juntamente com as consequências no tocante à responsabilidade jurídica decorrente, é, também, elemento nuclear do tratado, de 16 de julho de 2019, — dirigido aos Estados — elaborado pelo Grupo de Trabalho do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, sobre os deveres das empresas transnacionais em matéria de direitos humanos. Até então, porém, não está absolutamente claro qual o efeito deste dever de cuidado e do seu eventual não cumprimento (*non-compliance*) sobre uma conduta empresarial que foi autorizada no âmbito de um Estado.

Colocam-se aqui pelo menos duas questões: em primeiro lugar, o dever de cuidado, em matéria de direitos humanos, afasta uma autorização estatal interna e torna, com isso, (internacionalmente) ilícita a exportação? Em segundo lugar, a quem deve ser atribuída penalmente a ilicitude — conforme o caso, só posteriormente reconhecida —, ao Estado autorizador ou à empresa exportadora? Aqui se apresenta novamente a já mencionada assessoriedade administrativa: caso se veja na autorização *estatal*, que à luz do direito internacional se revela ilícita, uma conduta de auxílio a crimes de guerra, enquanto delito principal, então a *empresa*, por confiar nesta autorização, deve ser liberada da responsabilização penal, desde que não se possa comprovar em relação a ela um injusto autônomo de participação. Existe somente um auxílio — e de fato — estatal.

E pode existir um injusto autônomo de participação da empresa? Pode-se considerar uma exportação de armas autorizada no âmbito interno do Estado que, conforme o caso, viola normas de cuidado internacionais ou outras regulamentações e, desse modo, fundamenta a responsabilização do próprio Estado, mas no qual a empresa podia confiar (porque no caso o Estado autorizador se tratava de um efetivo Estado de Direito), como um injusto autônomo de participação da empresa no delito principal, no caso, o crime de guerra (ou outro crime internacional)? Caso se afirme isso com o argumento de que, por exemplo, a empresa — independentemente do processo de autorização pelo Estado — teria que cumprir deveres de cuidado autônomos, não só se poderia renunciar de antemão ao processo de autorização do Estado, como isto também expressaria um profundo descrédito em relação a este (ainda que o Estado autorizador não seja uma República de Bananas). Por outro lado, pode também não ser correto liberar uma empresa de armamentos da eventual responsabilização penal remetendo-se, aqui, à autorização interna do Estado, se aos olhos dos que veem, talvez até com maior conhecimento do que os órgãos autorizadores, ela oferece armas para o cometimento de crimes internacionais. Isso porque ela não atua mais com uma confiança *legítima* — de boa-fé — na autorização estatal, mas — de má-fé — [revestida] com “sentido delituoso” (Claus Roxin). E é nesse sentido, portanto, que pode estar baseada a correta intuição dos denunciadores de Berlim: o caráter evidente dos crimes de guerra no Iêmen dribla a autorização estatal e torna as empresas fornecedoras de armas cúmplices de crimes de guerra.

## NOTAS

<sup>1</sup> Tradução de “Beihilfe zu Kriegsverbrechen durch (legale) Waffenlieferungen? FAZ-Einspruch, de 20.12.2019, pelo Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alfien (UFRGS),

com revisão direta pelo autor.

<sup>2</sup> N. do T.: na Alemanha, a legislação sobre comércio exterior é composta,

além do Direito da União Europeia, pela Lei do Comércio Exterior (*Außenwirtschaftsgesetz* - AWG) e pelo Regulamento sobre Comércio Exterior (*Außenwirtschaftsverordnung* - AWW), os quais regulamentam e estabelecem certas limitações na circulação de bens, serviços e capital no estrangeiro, e entre Estados.

<sup>3</sup> N. do T.: A questão é igualmente de extrema relevância no contexto nacional, seja pelo fato de o Brasil figurar no cenário mundial, desde 2014, ao lado dos EUA e Itália, entre os maiores exportadores de armas de fogo, seja em virtude da entrada em vigência do Decreto 9.847, de 25 de junho de 2019, que, ao regulamentar a Lei 10.826/2003, também estabeleceu normas específicas no

tocante à importação e exportação de armas. O mesmo vale para o Decreto 10.030, de 30 de setembro de 2019, que, ao estabelecer o Regulamento de Produtos Controlados, regulamentou a exportação de armas de guerra e de agentes químicos e precursores de agentes de guerra química.

<sup>4</sup> Sobre este caso e outros, compare AMBOS, Kai. *Direito Penal Internacional Econômico*. Tradução, prólogo e notas de Pablo Rodrigo Alfien. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 51-53.

<sup>5</sup> Cf. com maiores detalhes e inclusive indicando as fontes deste dever AMBOS, Kai., op. cit., p. 34-40.

Recebido em: 08/01/2020 - Aprovado em: 05/02/2020 - Versão final: 15/16/2020

## CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA | JULHO DE 2020

### BOLETIM IBCCRIM N.º 332

#### CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

# EL PRECEDENTE VILLASEÑOR VELARDE VS. GUATEMALA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS COURT CASE VILLASEÑOR VELARDE VS. GUATEMALA

## María Eugenia Villaseñor Velarde

Dra. en Ciencias Penales por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Jueza de Primera Instancia del Ramo Penal, 1979-1992. Magistrada de Corte de Apelaciones: 1992-2014. Supervisora General de Tribunales: 2010-2013. Magister en Políticas Públicas, Universidad Rafael Landívar Guatemala.

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria. Universidad de San Carlos de Guatemala. Colegio de Abogados de Guatemala.

Asociación Guatemalteca de Derecho Penal y Criminología. Asociación Internacional De Mujeres Jueces. Asociación Internacional de Club de Leones.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5295-328X>

villasenoreugenia@gmail.com

#### RESUMEN

El artículo tiene como objetivo abordar el caso *María Eugenia Villaseñor Velarde vs. Guatemala*, bien como tratar del contexto general del Poder Judicial vivenciado en aquel país, apuntando algunos de los desafíos de la actualidad. Al principio, el precedente analiza los hechos ocurridos entre 1994 hasta 2013 que constituyeron acciones intimidatorias que causaron daños a jueza Villaseñor, en razón de su cargo de jueza. El discurso de la Corte claramente establece la obligación de investigar aquellas acciones u omisiones que pongan en riesgo la integridad de los jueces y que lesionan la independencia judicial, de quienes ejercen la judicatura, privando a las personas de hacer que se cumpla la ley, garantizando una justicia independiente e imparcial.

**Palabra-clave:** Derechos humanos, Independencia Judicial y Corte Interamericana.

#### ABSTRACT

The article addresses the case of *María Eugenia Villaseñor Velarde vs. Guatemala*, through a brief overview of the general context of the Judiciary Power and some of the current challenges faced by the mentioned State. At first, one points the facts that took place between 1994 up to 2013, which refer to threats and intimidating actions that have caused damages to Villaseñor's personal and professional integrity, due to her mandate as a judge. In the studied sentence, the Inter-American Court clearly recognizes the obligation to investigate those actions or omissions that pose a risk to the integrity of the judges. Indeed, such threats harm the judicial independence, depriving people of the possibility of an adequate law enforcement through an independent and impartial Justice System.

**Keywords:** Human rights, Judicial Independence and Inter-American Court.

#### 1. Introducción

El caso<sup>1</sup> se sometió a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>2</sup> por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, derivado de sucesivos hechos que desde el año 1994 hasta 2013, constituyeron acciones intimidatorias que causaron

a María Eugenia Villaseñor, en su calidad de Jueza y Magistrada<sup>3</sup> de Corte de Apelaciones de la República de Guatemala,<sup>4</sup> daños sin que dichas acciones fueran investigadas por el Estado de Guatemala.

Como breves ejemplos se pueden citar: amenazas de muerte, intento de secuestrar a su hija de dos años, golpiza a su escolta,

mensajes subliminales con el nombre de su abogada en el panteón de un familiar y otros hechos que, separadamente no constituían amenazas, como el hecho de destrozar las llantas de su vehículo; sin embargo, esto en ese momento, era constitutivo de una violencia psicológica y material equivalente a una guerra psicológica.<sup>5</sup>

De conformidad con la sentencia proferida, el Estado de Guatemala ha sido responsabilizado por la violación de los artículos 5.1 (derecho a la integridad personal); 8.1 y 25.1 (garantías judiciales y derecho a un remedio judicial efectivo), de la Convención, en relación con la obligación de garantizar los derechos establecidos en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de María Eugenia Villaseñor Velarde.<sup>6</sup>

El caso está inserido en un contexto de falta de independencia del sistema de justicia guatemalteco,<sup>7</sup> debido a presiones externas de los otros Poderes y de las Fuerzas Armadas. La Corte a efecto de examinar el presente caso toma en cuenta que, respecto al ámbito temporal en el mismo se inserta diversas fuentes que indican una situación problemática del sistema de administración de justicia, en particular a partir de hechos reiterados de intimidación contra sus operadores.<sup>8</sup> El tribunal destaca también que la Comisión para el esclarecimiento histórico de Guatemala afirmó que desde 1996, jueces, abogados, y empleados del sistema de justicia fueron ejecutados arbitrariamente y esto generó temor en los operadores de justicia y provocó un aumento de la inacción de los tribunales y la impunidad.<sup>9</sup> Además, menciona que:

(...)el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que, en varias ocasiones, se amenazó de muerte e incluso se mató a miembros del Poder Judicial en Guatemala, y lamentó que no se hubieran tomado medidas eficaces para impedir la repetición de tales actos.<sup>10</sup>

A partir de dicho contexto, la Corte destacó que la conducta estatal indebida se restringió al deber de investigar, en definitiva por falta de actuaciones efectivas para apurar los hechos. La corte concluyó que Guatemala incumplió su deber de garantizar el derecho a la integridad personal, de la señora Villaseñor que se vio afectado en relación con su independencia judicial. Así mismo, menoscabó sus derechos a las garantías judiciales y protección judicial.

Después de la sentencia de la Corte, se trató de investigar un caso, pretendiendo que la víctima señalara que no le interesaba la investigación por el tiempo transcurrido. No se tienen evidencias de investigaciones realizadas por el Estado de Guatemala por la muerte de varios jueces o magistrados, entre 1994 e 2013.

El discurso de la Corte claramente establece la obligación de investigar aquellas acciones u omisiones que pongan en riesgo la integridad de los jueces y que lesionan la independencia judicial, de quienes ejercen la judicatura, privando a las personas de hacer que se cumpla la ley garantizando una justicia independiente e imparcial. Además destaca que la conducta del Estado no debió restringir el derecho a investigar los hechos denunciados y evidencia la falta de inacción para investigar hechos relacionados con jueces y magistrados que hoy en día, se mantiene.

Otro punto importante de los alegatos de las peticionarias era si el despido del puesto de Supervisora de los Tribunales<sup>11</sup> (ocurrido en 2013) podría considerarse arbitrario, lo que constituiría una violación adicional de los Artículos 8 y 25 de la CADH. Sobre la cuestión, la Corte Interamericana sostuvo, en las consideraciones previas al

fondo,<sup>12</sup> que el objeto del caso era el análisis de amenazas a la vida de la jueza, de modo que los hechos que rodearon el despido no tendrían un vínculo causal con el objeto de la disputa, tal como se definió por la Comisión Interamericana en su Informe del Fondo. Por esta razón, el Tribunal no consideró el tema. Al contrario de lo que entendió la Corte Interamericana, la víctima considera que el despido arbitrario es ilustrativo de unos de los elementos que constituían el cuadro general de persecución de los jueces(as) entre los años noventa hasta la actualidad. La Corte Interamericana perdió la oportunidad de pronunciarse sobre este asunto, a pesar de que condenó a Guatemala por otras razones, también relevantes.

De toda manera, importa destacar que los parámetros contra la destitución de jueces(as) están establecidos en otro precedente: el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*.<sup>13</sup> La Corte IDH ordena la reinstalación de una jueza interina que no interpuso un recurso que el Estado consideraba importante, dentro de un proceso a su cargo. La Corte ordenó su reinstalación y el pago de las prestaciones a que tenía derecho, por el despido, extremo muy alentador para establecer las obligaciones que los Estados tienen en relación a no despedir jueces por actuaciones que simplemente no les gustan.<sup>14</sup> La importancia del precedente radica en lo manifestado por la Corte al afirmar la responsabilidad internacional del Estado Venezolano, condenando la destitución arbitraria de la jueza María Cristina Reverón Trujillo, evidenciando la inexistencia de un recurso judicial efectivo, capaz de remediar en forma integral la vulneración, violándose el derecho a la integridad personal, sus derechos políticos y las garantías Judiciales y procesales. Se concluye que en ese momento existía un inadecuado nombramiento de jueces que representa una violación a la garantía de Independencia Judicial, y al derecho de inamovilidad sin justa causa.

En el caso *Villaseñor vs Guatemala* se planteó un caso similar originándose la separación del cargo de Supervisora General de Tribunales, órgano de investigación de las actuaciones de cualquier juez Magistrate, ostentando además el cargo de Magistrada Suplente de Corte de Apelaciones.<sup>15</sup> Partiendo como origen de la separación del cargo, una denuncia planteada para que se investigaran grupos paralelos que manejaban el poder judicial, relacionados con actos de corrupción, denuncia promovida por uno de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, quien posteriormente se suicida, en un hecho no esclarecido aún. La denuncia promovida nunca ha sido investigada y en ella el Magistrado pedía, el resguardo de la Magistrada Villaseñor y la conservación del cargo que ostentaba, lo que tampoco se dio. Muchos de los intervinientes en los casos de corrupción siguen teniendo poder en lo político y en la elección de Jueces y Magistrados. Es importante reconocer que aún hoy en día en Guatemala, no hay carrera judicial, a pesar de que así se propague e informe, o se contenga en la Constitución.

### 3. Perspectiva sobre el Poder Judicial de Guatemala

Haciendo un análisis retrospectivo del Poder Judicial guatemalteco, se puede señalar claramente que antes del año 1962, siempre estuvo sujeto a los vaivenes políticos, la elección de Magistrados de Corte Suprema de Justicia, Corte de Apelaciones, jueces de primera instancia y jueces de paz. Incluso el personal administrativo, siempre fue nombrado atendiendo al clientelismo o amiguismo, según fuera el caso. En 1962, comienza a surgir un grupo de jueces de primera instancia que principian a introducir cambios dentro del sistema, manteniendo su independencia, para juzgar los hechos sometidos a su consideración con una visión, de que dentro del personal que

hoy se denomina asistente judicial debían de formarse los nuevos jueces. No existía una escuela judicial, la que se forma después de 1986, y su verdadera denominación es "Unidad de Capacitación Institucional" que, después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, principió impartiendo cursos para capacitar personal, incluyendo capacitación de ascensos de jueces de paz a jueces de primera instancia. La Constitución Política de la República de Guatemala creó la "Ley de la Carrera Judicial", que tiene el problema de que el nombramiento es por cinco años para magistrados y jueces, los primeros electos por una comisión de postulación de la cual el Congreso de la República elige a los magistrados (donde se sostiene que, por lo tanto, no hay una efectiva carrera judicial). La Corte Suprema de Justicia debió ser electa a más tardar en septiembre del 2019, pero por omisiones no subsanadas del Consejo de la Carrera Judicial para evaluar a jueces y magistrados, por intervención de la Corte de Constitucionalidad, no ha sido electa, causando inseguridad y falta de certeza jurídica.

#### 4. Aplicación de una interpretación localista

Las sentencias proferidas por la Corte IDH no han tenido mayores repercusiones en el ámbito judicial de Guatemala y ocasionalmente en casos especiales se ha utilizado. Esto indudablemente está basado en el principio de la pirámide de Kelsen, que aún se mantiene en Guatemala, en donde la preeminencia constitucional es lo máximo llegándose a utilizar únicamente la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, con una interpretación muy restringida y utilizándola cuando así conviene. Lo cual se verá en el apartado de convencionalidad.

Guatemala ha adoptado el control de convencionalidad, dentro de su discurso político, pero su aplicación no es una normativa general, utilizando, por ejemplo que, algunos principios durante la pandemia del Coronavirus, en 2020 para declararar el Estado de calamidad, se han basado en doctrinas de la Corte Interamericana que permiten restringir garantías básicas como el derecho de locomoción en casos que lo ameriten, con motivo de contener la infección del virus. La Corte de Constitucionalidad, ha declarado:

(...) Para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, de otros ordenamientos han acudido al bloque de constitucionalidad, el que ha sido parte de anteriores pronunciamientos de la corte de Constitucionalidad ( verbigracia los expedientes 90-90, 159-97,3004-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009,1940-2010 y 3086.2010 entre otros), aunque en ninguno de estos se ha definido su contenido y alcances, (...) "El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios aunque no forman parte del texto formal de la constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. ( Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del Derecho Internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y al mismo tiempo servir de complemento para la garantía de los derechos humanos en el país(...) por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona humana, incluyendo

todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano. El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que compone aquél son también parámetros para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 Constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos(...).<sup>16</sup>

Véase una interpretación, contradictoria, que retrata el pensamiento que sigue teniendo el jurista guatemalteco en muchos casos.

Los tratados y convenios internacionales- en cuya categoría se encuentran la declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre , la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos- no son parámetros para establecer la Constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46<sup>17</sup> de la Constitución le otorga preminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad. Por consiguiente, en lo referente a este punto debe declararse que no se da la violación a ninguna norma de la Constitución Política de la República. (...) "<sup>18</sup>

La aplicación práctica del control de convencionalidad en actividades delictivas cotidianas no se da desde el punto de vista del respeto a los derechos humanos. Parece un tema interesante compartir, que después de 36 años de un conflicto armado interno, Guatemala no ha logrado sentar las bases de una real aplicación de los derechos humanos, Por ejemplo: la policía al detener a una persona, permite poner a la vista de los medios de comunicación a los detenidos antes de haber sido puestos a disposición de un Juez competente, muchas veces levantándoles la cara para escarnio del detenido, siendo una prohibición constitucional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha confirmado que los Tribunales de Justicia de Guatemala han hecho un abuso de la prisión preventiva.<sup>19</sup> Al producirse la Pandemia del Coronavirus y crearse una norma que promovió el toque de queda en el que las personas no pueden estar fuera de sus casas desde las 16 horas de un día hasta las 4 horas del día siguiente, no se han tomado medidas públicas necesarias para prevenir el contagio de las personas detenidas por esa razón. Se ha detenido a padres incluso llevando niños, y confinándolos en lugares insalubres y faltos de higiene en donde se entiende que lo que importa es detener a las personas que a las dieciséis horas no se encuentren en sus hogares y no prevenir

el contagio de la enfermedad.

## 6. Consideraciones Finales

En el Caso Villaseñor y Otros vs. Guatemala, la importancia de recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue dejar

constancia de que se persiguió a una jueza por un espacio de más de 18 años, por el hecho de creer que puede haber un sistema de justicia transparente que garantice la justicia, a quienes por alguna razón están sujetos a ella, restándole importancia por tratarse de una mujer.

### NOTAS

- <sup>1</sup> Corte IDH. Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374.
- <sup>2</sup> CIDH, Informe No. 46/16, Caso 11.388, Admisibilidad y Fondo, María Eugenia Villaseñor y familia, Guatemala, 29 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2017/11388FondoEs.pdf>. Acceso en 04 mayo 2020.
- <sup>3</sup> La nomenclatura "magistrada" es reservada para los cargos en tribunales colegiados. Como los "desembargadores(as)" en Brasil.
- <sup>4</sup> Conforme destacado pela Corte IDH: "Durante la década de 1990 y con posterioridad, la señora Villaseñor se desempeñó como magistrada del Poder Judicial de Guatemala, ocupando distintos cargos: a) jueza de "Primera Instancia Penal de Instrucción"; a inicios de 1990; b) "Magistrada Titular de la Corte de Apelaciones"; electa por el Congreso el 1 de abril de 1992; c) "Magistrada Suplente de la Corte de Apelaciones"; electa por el Congreso el 9 de octubre de 2009. En marzo de 2010 la señora Villaseñor fue nombrada Supervisora General de Tribunales. En 2014, de acuerdo a lo indicado por las representantes, la señora Villaseñor finalizó su carrera judicial". In: Corte IDH. Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374, par. 34.
- <sup>5</sup> El relato de los hechos esta destacado en las declaraciones en la audiencia en la Corte Interamericana: <<https://vimeo.com/271757515>>. Acceso en 06 may 2020.
- <sup>6</sup> Corte IDH. Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374, parr. 78-132.
- <sup>7</sup> Sentencia caso Villaseñor y Otros vs. Guatemala. 5/2/2019
- <sup>8</sup> Corte IDH. Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374, parr. 24.
- <sup>9</sup> Corte IDH. Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374, parr. 25.
- <sup>10</sup> Corte IDH. Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374, parr. 25.
- <sup>11</sup> Órgano general de fiscalización de la actividad de los jueces. Se parecería al papel de la "Corregedoria" en Brasil.
- <sup>12</sup> A propósito: "La Comisión indicó en el Informe de Admisibilidad y Fondo No. 46/16 que determinadas notas de prensa publicadas en los años 2014 y 2015, así como la alegada "destitución irregular" de la señora Villaseñor de su cargo

- como Supervisora General de Tribunales, no se vinculan con el objeto central del caso, por lo que no los consideró entre los hechos respecto de los que hizo un análisis de fondo. Contrariamente, las representantes señalaron que la Corte debe analizar los hechos referidos, pues se encuentran aludidos en el Informe de Fondo, fueron señalados en el procedimiento ante la Comisión y en el escrito de solicitudes y argumentos. El Estado no se pronunció sobre si estos hechos integran el marco fáctico. La Corte advierte que del Informe de Fondo se desprende que la Comisión no consideró como hechos del caso la supuesta "destitución" de la señora Villaseñor en 2013 ni las notas de prensa de 2014 y 2015. Los hechos del caso sometidos a este Tribunal por la Comisión, enunciados en los párrafos 41 a 109 del Informe de Fondo, abarcan circunstancias que, según se ha aducido, sucedieron durante la década de 1990 y hasta 2013 y que se relacionarían con la actividad de la señora Villaseñor como jueza. Los alegados hechos de "destitución" de ella respecto de otro cargo y los referentes a las notas de prensa de 2014 y 2015 fueron inadmitidos por la Comisión y no fueron analizados en el Informe de Fondo y en consecuencia no fueron sometidos al conocimiento de este Tribunal. Por lo tanto, la Corte no los examinará y no dará cuenta de los argumentos relativos a ellos". In: Corte IDH. Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374, parr. 25.
- <sup>13</sup> Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.
- <sup>14</sup> Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.
- <sup>15</sup> 2 Ostentando nombramiento pero sin cargo determinado dentro del Poder Judicial.
- <sup>16</sup> Guatemala. Corte de Constitucionalidad. Gaceta 105.Expediente 1822-2011, sentencia de 17/07/2012.
- <sup>17</sup> Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio General de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.
- <sup>18</sup> Guatemala. Corte de Constitucionalidad. Gaceta 43.expediente 131-95. Fecha de sentencia: 12/03/1997.
- <sup>19</sup> CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala : Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2017. OEA/Ser.L/V/II.Washington: OAS, 2017.

Autora convidada

# JURISPRUDÊNCIA

## Supremo Tribunal Federal

**RECLAMAÇÃO. AÇÃO CAUTELAR. JULGAMENTO CONJUNTO. MATÉRIA PROCESSUAL PENAL. BUSCA E APREENSÃO REALIZADA NAS DEPENDÊNCIAS DO SENADO FEDERAL. MEDIDA AUTORIZADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE AUTOMÁTICA E NECESSÁRIA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVISÃO DE APURAÇÃO TENDENTE A ELUCIDAR CONDUTAS POTENCIALMENTE ATRIBUÍDAS A CONGRESSISTAS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PARLAMENTAR. VULNERAÇÃO À COMPETÊNCIA DESTA CORTE. HIGIDEZ DAS PROVAS REPETÍVEIS OU QUE DISPENSAM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

1. A competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, inclusive no que toca à etapa investigatória, encontra-se taxativamente elencada nas regras de direito estrito estabelecidas no art. 102 da CRFB, razão pela qual não permite alargamento pela via interpretativa.
2. Inexistente previsão constitucional em direção diversa, não há como se acolher a pretensão no sentido de que seria necessariamente do Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar pedido de busca e apreensão a ser cumprida nas dependências de Casas Legislativas. Isso porque, conforme se extrai do art. 102, CRFB, não se elegeu o local da realização de diligências, ou seja, o critério espacial, como fator de determinação de competência desta Corte.
3. Asimunidades parlamentares visam a salvaguardar a independência do exercício dos respectivos mandatos congressuais, de modo que não são passíveis de extensão em favor de outros agentes públicos ou funções alheias às estritas atividades parlamentares. Por essa

razão, não há impedimento normativo de que integrantes de Polícia Legislativa sejam diretamente investigados em primeiro grau, na medida em que referidas funções públicas não se inserem no rol taxativo a legitimar a competência penal originária desta Suprema Corte.

4. Eventuais interferências entre os Poderes constituídos ou condicionamentos da atividade jurisdicional, como a exigência de participação de outros órgãos na realização de determinadas diligências, devem decorrer de previsão constitucional, descabendo adotar mecanismo de freio e contrapeso não disciplinado, expressa ou implicitamente, pela própria Constituição da República.

5. A jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que a competência penal constitucionalmente estabelecida alcança também a fase investigatória. Assim, se inexistir indicativo de competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar eventual ação penal, não há razão para que a Suprema Corte aprecie medida de cunho preparatório e acessório.

6. Em sede de reclamação, a alegação de usurpação da competência do STF em razão da investigação, em primeiro grau, de agentes detentores de foro nesta Suprema Corte, deve ser demonstrada sem exigir o reexame de matéria fático-probatória. Para a configuração dessas circunstâncias, são insuficientes a possibilidade abstrata de envolvimento de parlamentares, bem como simples menções a nomes de congressistas.

7. Caso concreto em que, segundo decisões judiciais anteriormente proferidas pelo Juízo reclamado, a confirmação das hipóteses investigatórias poderia levar a identificação de parlamentares que, em tese, teriam comandado os atos objeto de apuração, cenário, a um só tempo, a denotar a usurpação da competência desta Suprema Corte e afastar a alegação de incidência da Teoria do Juízo Aparente.

8. A irregularidade atinente à competência para supervisão das investigações não infirma a validade de quaisquer elementos probatórios não sujeitos à cláusula de reserva de jurisdição e que, bem por isso, dispensam, para sua produção ou colheita, prévia autorização judicial.

9. As interceptações telefônicas, por sua vez, sujeitas a perecimento por excelência, bem como a quebra de sigilo telefônico deferida com base nesses diálogos captados, são declaradas ilícitas em relação aos detentores de prerrogativa de foro nesta Corte, providência que não se estende aos demais investigados.

10. O Tribunal Pleno, por maioria, acolheu o pedido cautelar formulado pela Procuradoria-Geral da República para o fim de não desconstituir a busca e apreensão realizada, resguardando-se o exame exauriente da validade de eventuais provas decorrentes da medida para momento oportuno, após avaliação do material arrecadado pelos órgãos de persecução.

11. Pedido julgado parcialmente procedente.

(STF, Rcl 25537, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 10-03-2020 PUBLIC 11-03-2020 - **Cadastro IBCCRIM 6158**).

**PETIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. DENÚNCIA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INVESTIGADO CONTRA A QUAL NÃO PROPOSTA PEÇA ACUSATÓRIA. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE ESPECIFICAÇÃO DE DILIGÊNCIAS À CONTINUIDADE DAS APURAÇÕES. TRANCAMENTO EX OFFICIO. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA. INSURGÊNCIA PROVIDA.**

1. As prerrogativas constitucionais inerentes à função institucional do Ministério Público contemplam a atribuição exclusiva para o pedido de arquivamento de elementos de informações, a ser formulado de modo expresse, nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal e do artigo 28 do Código de Processo Penal. Como consectário, o ordenamento jurídico e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rechaçam a modalidade tácita ou implícita do requerimento. Precedentes.

2. Nada obstante esse entendimento, que é a regra no que diz respeito ao procedimento de responsabilização criminal no ordenamento jurídico pátrio, não se pode olvidar que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, em hipóteses excepcionais nas quais verificadas flagrantes ilegalidades, admite o trancamento de inquérito *ex officio*, nos termos do art. 21, XV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

3. Em revista aos autos, para além das referências contidas em depoimentos prestados por colaboradores da Justiça, o titular da ação penal se ressentido de traçar qualquer linha de investigação paralela ou de indicar diligências que possam contribuir eficazmente na produção de evidências de remanescentes práticas delitivas, a partir do material indiciário já consolidado que, inclusive, deu ensejo ao oferecimento de denúncia sem a inclusão do agravante.

4. Agravo regimental provido para determinar, *ex officio*, o trancamento do Inquérito em relação ao agravante, ressalvada a possibilidade de retomada das investigações caso de novas provas se tenha notícia, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal.

(STF - 2.ª T. - Pet. 7.791 - rel. Edson Fachin - j. 23/04/2019 - public. 10/03/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6159**).

**HABEAS CORPUS.**

2. Evasão de divisas, corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa. Operação Câmbio Desligo. Prisão preventiva.

3. Impetração contra decisão que indeferiu liminarmente pedido formulado em anterior HC no STJ.

4. Supressão de instância. Ocorrência de constrangimento ilegal apto a afastar entendimento jurisprudencial firmado por esta Corte.

5. Perigo que a liberdade do paciente representa à ordem pública ou à aplicação da lei penal pode ser mitigado, no caso, por medidas cautelares menos gravosas do que a prisão. Precedentes da Segunda Turma: HCs 143.247/RJ, 146.666/RJ, 147.192/RJ e 156.730/RJ (DJe 7.2.2018, 10.4.2018, 23.2.2018 e 13.8.2018, respectivamente).

6. Concessão da ordem para substituir a prisão preventiva decretada em desfavor do acusado por medidas cautelares diversas da prisão, na forma do art. 319 do CPP.

(STF – 2.ª T. – HC 157.604 – rel. Gilmar Mendes – j. 04/09/2018 – public. 10/03/2020 – **Cadastro IBCCRIM 6160**).

Agravo regimental no agravo regimental em habeas corpus.

2. Prisão preventiva.

3. Crimes contra a ordem econômica, fraude à licitação, corrupção e lavagem de dinheiro. Operação Calicute/RJ.

4. Superveniência de sentença condenatória. Constrição cautelar mantida com os mesmos fundamentos da prisão preventiva. Não configuração de perda do objeto do presente HC.

5. Possibilidade da substituição da prisão preventiva do agravado por medidas cautelares diversas, na forma do art. 319 do CPP. Jurisprudência da Segunda Turma. Possibilidade de o relator decidir monocraticamente pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à Súmula desta Corte, nos termos do art. 21, § 1º, do RI/STF. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF – 2.ª T. – HC 145.181 – rel. Gilmar Mendes – j. 11/02/2020 – public. 20/03/2020 – **Cadastro IBCCRIM 6161**)

**MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ATO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CNMP. ARQUIVAMENTO DE PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL - PIC. PROCEDIMENTO DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. ARQUIVAMENTO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE DE SUBMISSÃO DA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO AO PODER JUDICIÁRIO. INAPLICABILIDADE DO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.**

1. O arquivamento de Procedimento de Investigação Criminal (PIC) determinado por Procurador-Geral de Justiça, em hipóteses de sua atribuição originária, não reclama prévia submissão ao Poder Judiciário, posto o arquivamento não acarretar coisa julgada material.

2. O Procurador-Geral de Justiça é a autoridade própria para aferir a legitimidade do arquivamento de Procedimento de Investigação Criminal (PIC), por isso que descabe a submissão da decisão de arquivamento ao Poder Judiciário nas hipóteses de competência originária do Procurador Geral de Justiça.

3. O arquivamento de Procedimento de Investigação Criminal pelo Procurador-Geral de Justiça, em casos de sua atribuição originária, não está imune ao controle de outra instância revisora. Isso porque ainda há possibilidade de apreciação de recurso pelo órgão superior, no âmbito do próprio Ministério Público, em caso de requerimento pelos legítimos interessados, conforme dispõe o artigo 12, XI, da Lei 8.625/93, *in verbis*: "Art. 12. O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe: (...) XI - rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária".

4. O artigo 28 do Código de Processo Penal é plenamente aplicável ao Procedimento de Investigação Criminal nas hipóteses que não configurem competência originária do Procurador-Geral de Justiça. Diferentemente, quando o chefe do Ministério Público Estadual possui competência originária para determinar o arquivamento de PIC, não acarretando coisa julgada material, não há obrigatoriedade de encaminhamento dos autos ao Poder Judiciário.

5. *Ex positis*, CONCEDO a segurança pretendida no presente *mandamus* para anular a determinação, contida em decisão do Conselho Nacional do Ministério Público, de submissão da decisão de arquivamento do Procedimento Investigativo Criminal, de competência originária do Procurador-Geral de Justiça, ao Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

(STF – 1.ª T. – MS 34.730 – rel. Luiz Fux – j. 10/12/2019 – public. 24/03/2020 – **Cadastro IBCCRIM 6162**).

**PENA - FIXAÇÃO - ANTECEDENTES - INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO - DESINFLUÊNCIA.** O Pleno do Supremo, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 591.054, de minha relatoria, assentou a neutralidade, na definição dos antecedentes, de inquéritos ou processos em tramitação, considerado o princípio constitucional da não culpabilidade. PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – CONDENAÇÕES NÃO DEFINITIVAS. Não cabe afastar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas com base



em condenações não alcançadas pela preclusão maior.

(STF, HC 166385, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 12-05-2020 PUBLIC 13-05-2020 – **Cadastro IBCCRIM 6163**)

**HABEAS CORPUS - REVISÃO CRIMINAL – ÓBICE – INEXISTÊNCIA.** O habeas corpus não sofre qualquer obstáculo, muito menos o decorrente de ter-se, em tese, a possibilidade de impugnação, mediante revisão criminal, do título condenatório. **DANO – REPARAÇÃO PARCIAL – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 16 DO CÓDIGO PENAL – INCIDÊNCIA.** É suficiente que ocorra arrependimento, uma vez reparada parte principal do dano, até o recebimento da inicial acusatória, sendo inviável potencializar a amplitude da restituição.

(STF, HC 165312, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 12-05-2020 PUBLIC 13-05-2020 – **Cadastro IBCCRIM 6164**)

Agravo regimental em *habeas corpus*.

2. Direito Processual Penal.
3. Crime contra a ordem tributária (art. 1º, I, da Lei 8.137/1990).
4. Pena restritiva de direitos. Execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. Impossibilidade. Pendência de julgamento do recurso especial e extraordinário. Ofensa direta ao princípio da presunção de inocência. Precedentes.
5. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.
6. Agravo regimental desprovido.

(STF – 2.ª T. – Ag. Reg. No HC 161.140 – rel. Gilmar Mendes – j. 08/06/2020 – public. 19/06/2020 – **Cadastro IBCCRIM 6165**)

Jurisprudência compilada por

*Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres*

## **Superior Tribunal de Justiça**

**PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE.**

## **PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM. WRIT CONCEDIDO, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR.**

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.

2. No caso, o decreto de prisão preventiva carece de fundamentação concreta, pois não foram apontados, de forma concreta e específica, elementos que demonstrem que a ordem pública e a segurança da lei penal estariam maculadas com a liberdade do paciente.

3. A ausência de relação de contemporaneidade entre o fato narrado na denúncia e o momento da decretação da segregação cautelar indica não estarem configuradas as hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Conforme magistério jurisprudencial desta Corte, “a urgência intrínseca da prisão preventiva impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar” (HC n. 214.921/PA, relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 25/3/2015).

5. Ordem concedida para determinar que DANIEL GOMES DA ROCHA responda solto ao processo, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, bem como de que sejam impostas outras medidas cautelares constantes do art. 319 do Código de Processo Penal, caso demonstrada sua necessidade.

(STJ – 6.ª T. – HC 557.628 – rel. Antonio Saldanha Palheiro – j. 10/03/2020 – public. 18/03/2020 – **Cadastro IBCCRIM 6166**)

**HABEAS CORPUS COLETIVO. EXECUÇÃO PENAL. SENTENCIADOS DO REGIME SEMIABERTO E ABERTO. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DO TRABALHO EXTERNO COMO MEDIDA DE PREVENÇÃO E COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19. RECRUDESCIMENTO DA SITUAÇÃO PRISIONAL À SEMELHANÇA DO REGIME FECHADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE AFASTA O ÓBICE DA SÚMULA 691/STF. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA. RATIFICADAS AS LIMINARES ANTERIORMENTE DEFERIDAS. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO.**

1. No que diz respeito ao cabimento do habeas corpus coletivo, diante dos novos conflitos interpessoais resultantes da sociedade contemporânea - “sociedade de massa” -, imprescindível um novo arcabouço jurídico processual que abarque a tutela de direitos coletivos, também no âmbito penal.

2. A reunião, em um único processo, de questões que poderiam estar diluídas em centenas de habeas corpus importa em economia de tempo, de esforço e de recursos, atendendo, assim, ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional desta Corte Superior mais célere e mais eficiente.

3. Na espécie, seria aplicável, em princípio, o enunciado da Súmula 691 do STF, observado também por esta Corte, segundo o qual não cabe habeas corpus contra indeferimento de pedido liminar em outro writ, entretanto verifico constrangimento ilegal suficiente para afastar o referido óbice sumular.

4. A revogação dos benefícios concedidos aos reeducandos elencados na petição inicial configura flagrante ilegalidade, sobretudo diante do recrudescimento da situação em que estavam na execução da pena, todos em regime semiaberto, evoluídos à condição menos rigorosa, trabalhando e já em contato com a sociedade.

5. Diversos Juízos da Execução Penal de comarcas mineiras adotaram medidas preventivas de combate à pandemia da Covid-19 extremamente restritivas, as quais não levaram em conta os princípios norteadores da execução penal (legalidade, individualização da pena e dignidade da pessoa humana), bem como a finalidade da sanção penal de reinserção dos condenados ao convívio social.

6. A suspensão do exercício do trabalho externo aos reeducandos do regime semiaberto trouxe uma degradação à situação vivida por esses custodiados, que diariamente saíam do estabelecimento prisional para trabalhar, mas, agora, foram obrigados a nele permanecer em tempo integral, o que manifestamente representa uma alteração na situação carcerária de cada um dos atingidos pela medida de extrema restrição.

7. O recrudescimento da situação prisional somente é admitido em nosso ordenamento jurídico como forma de penalidade, em razão de cometimento de falta disciplinar, cuja imposição definitiva exige prévio procedimento disciplinar, com observância dos princípios constitucionais, sobretudo da ampla defesa e do contraditório.

8. É preciso dar imediato cumprimento à citada recomendação do Conselho Nacional de Justiça, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo referido coronavírus (Covid-19), notadamente o disposto no inc. III do art. 5º da citada Resolução n. 62/CNJ, que dispõe sobre a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução.

9. Ordem concedida para impor o regime domiciliar, especificamente aos reeducandos do sistema prisional do Estado de Minas Gerais que cumprem pena em regime semiaberto e aberto, que tiveram suspenso o exercício do trabalho externo, como medida preventiva

de combate à pandemia, desde que não ostentem procedimento de apuração de falta grave. A ordem deve ser implementada pelos Juízos de Execuções de cada comarca de Minas Gerais, que deverão fixar as condições do regime domiciliar, considerando a ressalva aqui definida, bem como a situação daqueles que têm contrato de trabalho vigente, de modo a permitir-lhes a sua continuidade. Ficam ratificadas as medidas liminares deferidas nos autos. Deferido o pedido de extensão constante da Petição de n. 268.094/2020, apresentado pela Defensoria Pública do Distrito Federal, em virtude da comprovação da similitude fático-jurídica com o caso do sistema prisional ora julgado, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. Parecer ministerial acolhido.

(STJ – 6.ª T. – HC 575.495 – rel. Sebastião Reis Jr. – j. 02/06/2020 – public. 08/06/2020 – **Cadastro IBCCRIM 6167**).

Jurisprudência compilada por

**Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.**



#### **DIRETORIA EXECUTIVA**

Presidenta: **Eleonora Rangel Nacif**  
1.º Vice-Presidente: **Bruno Shimizu**  
2.º Vice-Presidente: **Helios Alejandro Nogués Moyano**  
1.ª Secretária: **Andréa Cristina D'Angelo**  
2.ª Secretário: **Luís Carlos Valois**  
1.º Tesoureiro: **Gabriel de Freitas Queiroz**  
2.º Tesoureiro: **Yuri Felix**  
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:  
**Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes**

#### **CONSELHO CONSULTIVO**

**Cristiano Avila Maronna**  
**Ela Wiecko Volkmer de Castilho**  
**Geraldo Prado**  
**Sérgio Salomão Shecaira**

#### **OUVIDORA**

**Fabiana Zanatta Viana**

**BOLETIM IBCCRIM** - ISSN 1676-3661

**CONSELHO EDITORIAL:** Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos, Sérgio Salomão Shecaira, Luis Fernando Niño, Vera Malaguti Batista e Vera Regina Pereira de Andrade.

**EDITOR-CHEFE:** Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

**EDITORES/AS ASSISTENTES:** Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhón Bechtluft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami, Erica do Amaral Matos, Isabel Penido de Campos Machado, Surrailly Fernandes Youssef e Roberto Portugal de Biazzi.

**EDITORES EXECUTIVOS:** Helen Christo e Willians Meneses.

**EXPEDIENTE EDITORIAL:** Diretoria do IBCCRim

#### **CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:**

Cristiano de Barros Santos Silva (USP - São Paulo/SP), Daiana Santos Ryu (USP - São Paulo/SP), Dayane Aparecida Fanti Tangerino (USP - São Paulo/SP), Hélio Peixoto Junior (USP - São Paulo/SP), Joel de Freitas (FMU - São Paulo/SP), Marco Aurélio Moura dos Santos (USP - São Paulo/SP), Paola Bianchi Wojciechowski (UniBrasil - Curitiba/PR), Patrícia Maria da Silva Gomes (USP - São Paulo/SP), Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (UFAL - Maceió/AL), Renato Watanabe de Moraes (UNISA - São Paulo/SP), Vitória Chammas Varela Alves (USP - São Paulo/SP).

#### **CORPO DE AUTORES(AS) DESTE VOLUME:**

Carlos Eduardo Adriano Japiassú (UERJ - Rio de Janeiro/RJ), Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo Barra (UFPA - Belém/PA), Filipe Lovato Batic (USP - São Paulo/SP), Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha), Karen Priscila Araújo Baraúna (Faculdade Baiana de Direito - Salvador/BA), Lucas Nogueira Rodrigues da Silva (UENP - Jacarezinho/PR), Maria Eugenia Villaseñor (Universidad de San Carlos de Guatemala/Guatemala), Pablo Rodrigo Afllen (PUC - Porto Alegre/RS), Paulo Victor Leôncio Chaves (UFPI - Teresina/PI), Raphael Boldt (Universität Hamburg/Alemanha), Samuel Lucky Lucyano Novaes Coelho (CESUPA - Belém/PA), Thiago Fabres de Carvalho (Universität Hamburg/Alemanha).

**PRODUÇÃO GRÁFICA E CAPA:** p2g.studio | Tel.: (11) 2400-0038 | E-mail: contato@p2g.studio

**REVISÃO:** Rogério Pelizzari de Andrade | E-mail: rpelizzari@usp.br

**IMPRESSÃO:** Eskenazi Indústria Gráfica | Tel.: (11) 98424-0654

#### **BASES DE DADOS INDEXADAS:**



O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não apresenta necessariamente a opinião deste Instituto.

#### **ENDEREÇO DO IBCCRIM:**

Rua Onze de Agosto, nº 52, 2º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP  
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)  
www.ibccrim.org.br

# INSCREVA-SE NOS CURSOS 100% EAD DO IBCCRIM



Estude quando quiser, de onde quiser.

CIÊNCIAS CRIMINAIS GARANTIAS FUNDAMENTAIS  
CLASSE SOCIAL DELITO PENA DIREITOS HUMANOS  
DEMOCRACIA JUSTIÇA LIBERDADE  
SISTEMA DE JUSTIÇA CURSO 5.MAR.2020  
VOTO E CÁRCERE  
CRIMINOLOGIA QUEER  
DECOLONIALIDADE  
GÊNERO FEMINISMO  
ENCARCERAMENTO FEMININO  
SEGREGAÇÃO  
VITIMA RAÇA  
INOCÊNCIA  
SEGURANÇA PÚBLICA  
SELETIVIDADE PENAL DELITO INOCÊNCIA PENA  
INOCÊNCIA PRISÃO PENA POLÍTICA CRIMINAL CRIME  
SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINOSO SELETIVIDADE PENAL PUNICAO  
CLASSE SOCIAL DEMOCRACIA  
PREVENÇÃO  
ENCARCERAMENTO EM MASSA

**NOVAS PERSPECTIVAS DA CRIMINOLOGIA**

CURSO 100% EAD  
INSCRIÇÕES EM NOSSO SITE WWW.IBCCRIM.COM.BR

CURSO 100% EAD DO IBCCRIM

**DROGAS ILÍCITAS:**  
QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS

**RECURSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES**  
CURSO 100% EAD

**LEI ANTICRIME** MÓDULO 1  
ASPECTOS PENAIIS

**LEI ANTICRIME** MÓDULO 2  
ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIIS

ASSOCIADOS E ASSOCIADAS DO IBCCRIM TÊM  
**25% DE DESCONTO**

CONHEÇA A PROGRAMAÇÃO COMPLETA DOS CURSOS E INSCREVA-SE EM

[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)