ANO 24 - Nº 284 - JULHO /2016 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

Editorial

Segurança Pública: entre a legalidade retórica e a letalidade real

Segurança pública é um assunto muito sério. As ações governamentais voltadas à proteção da incolumidade de pessoas e coisas e à preservação da ordem urbana precisam ser construídas em base a informações técnicas, decididas conforme o interesse público e implementadas com rigorosa observação da fronteira definida pelos direitos humanos.

Como se vê, constitui desafio que vai na contramão do que, tradicionalmente, se observa em tão delicada seara. Em regra, e infelizmente, as estratégias de controle social em nosso país permanecem a uma considerável distância do que se poderia ter por desejável: uma política criminal racional, isto é, informada pelo conhecimento científico e orientada por valores republicanos.

As estratégias políticas vistas cotidianamente alinham-se a posturas tendentes à força bruta e ao autoritarismo, cuja popularidade é inversamente proporcional à eficiência. Ao extenso repertório das análises teóricas, prefere-se tremular a bandeira das (aparentes) soluções simplórias e superficiais. Um exemplo notório foi o brutal ataque da força policial paranaense contra desarmados professores que reivindicavam melhores salários. Em âmbito nacional, podemos pensar na impotência mesclada com leniência própria à apuração dos indiscriminados homicídios coletivos executados na periferia por vingativos agentes policiais, sem falar nos lamentáveis episódios de extrema e descoordenada violência praticada contra os movimentos estudantis e opositores ao *impeachment* presidencial.

Tal linha de conduta conduz a direção política do sistema de justiça criminal, e isso não é acidental. Afinal, o Brasil nunca elevou o conjunto de estratégias amplas e diversificadas para repressão, prevenção e tratamento das consequências dos processos de criminalização à condição de política oficial de Estado, deixando isso à relativa inépcia de cada administração executiva.

As poucas mudanças governamentais propostas, quando surgem, jamais afastam a ideia nuclear de repressão reativa do centro do sistema, persistindo a tendência de protagonismo policial e pouca inteligência. Uma opção política que, vale notar, perpassa todos os partidos, da esquerda à direita, com raríssimas exceções à parte. Em nome de certo e desencantado realismo terceiro-mundista, a maioria dos eleitos está disposta a seguir – por pressão, conveniência ou obscurantismo – a trilha notoriamente violenta e ineficiente que tem dado o tom desde a redemocratização, e que enterra, sem perspectiva de ressurreição, o potencial emancipatório de medidas lúcidas, democráticas e profiláticas para o controle social.

Curto e grosso: no Brasil, a possibilidade de uma verdadeira Política Criminal é sumariamente rejeitada em favor da miséria moral e intelectual da Política Penal tradicional, que reduz a maior parte dos conflitos sociais à rotina policialesca, de um lado, e à cominação, aplicação e execução de penas, de outro.

Preso a esse míope horizonte, prefeitos, governadores e até presidentes não fazem muito mais do que indicar, para posições centrais no campo da segurança pública, os nomes dispostos a perpetuar esse modelo de forma pragmática. Os melhores, entre eles, são suficientemente hábeis para disfarçar essa missão sob uma retórica aparentemente legítima. Porquanto, apesar da explícita escolha pela repressão violenta, algumas demãos de verniz liberal são fundamentais para o desejado lustro de licitude que convém a uma sociedade civilizada.

De fato, em um país com índice de mortes violentas semelhante ao de territórios em guerra, no qual a polícia mata um cidadão a cada três horas e mais de um policial é morto por dia, os critérios para escolha dos Secretários de Segurança revelam muito sobre a função ideológica do Direito em contextos desiguais e violentos. A indicação preferencial de bacharéis em Direito para tais cargos, especialmente policiais e promotores, sinaliza a importância do discurso jurídico para justificar uma violência sem justificativa: nada como um bom jurista para mascarar a barbárie, numa trágica articulação entre legalidade retórica e letalidade real.

Tão cruel lógica parece, com grande força, alcançar o Ministério da Justiça. Na Política de Drogas, por exemplo, anuncia-se uma nova fase de "endurecimento" com a nomeação de coronel da reserva da PM para a Secretaria Nacional de Drogas, o que nos distancia ainda mais das modernas e urgentes alternativas descriminalizadoras e regulatórias. E, talvez mais importante, as restrições orçamentárias na pasta ministerial alcançam todos os âmbitos, à exceção do aparelhamento policial: sombrios são os tempos em que, sob as névoas retóricas do discurso juridicamente escorreito, a justiça parece limitar-se – ou confundir-se – com a força policial.

A exigência de indicar especialistas para a coordenação de políticas públicas, em vez de nomes fisiologicamente convenientes ou de grande apelo populista, supõe a profissionalização da gestão pública como sinal de moralidade. E ainda que não baste a técnica – é preciso também ética –, essa demanda segue sem alcançar o sistema de justiça criminal, o que é bastante estranho, considerando a dimensão do problema.

Lamentavelmente, nada parece indicar a superação desse quadro. Seguimos imersos no lodo de apelos políticos e populistas. À técnica, preferimos a retórica. À justiça, preferimos o policiamento brutal. Tempos novos não chegarão sem o constante esforço de quem percebe que a lógica que norteia a segurança pública há, decisivamente, de ser outra.

| Editorial

O fim do dolo eventual
Israel Domingos Jorio ____ 2

Denúncia em branco: uma incompletude juridicamente congênita
Philipe Benoni Melo e Silva ____ 3

A aplicação do reconhecimento de pessoas pela Polícia Civil do município de São Paulo
Arthur Sodré Prado e Gustavo Alves Parente Barbosa ____ 6

Bem jurídico penal e limitação do poder punitivo
Lívia Maria Silva Macêdo ____ 9

Os atos preparatórios na nova Lei "Antiterrorismo"
João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem ____ 11

Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do *compliance officer*
José Danilo Tavares Lobato e Jorge Washington Gonçalves Martins ____ 12

Informação relevante e o crime de *insider trading*: limites para interpretação do tipo penal
Evandro Camilo Vieira ____ 14

"Mas o que ela estava vestindo?": a violência sexual contra mulheres no Brasil
Flavia Aline de Oliveira ____ 16

Violações sofridas pelas mulheres na ditadura brasileira
Inês Virgínia Prado Soares e Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos ____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ
Superior Tribunal de Justiça ____ 1941

| JURISPRUDÊNCIA
Supremo Tribunal Federal ____ 1943
Superior Tribunal de Justiça ____ 1944
Tribunais Regionais Federais ____ 1946
Tribunais de Justiça ____ 1947

O fim do dolo eventual

Israel Domingos Jorio

No duplo sentido da palavra "fim", usada no título, resumem-se os propósitos deste artigo: (a) explicitar qual é o fim (finalidade, propósito) do dolo eventual enquanto instituto dogmático; (b) expor os argumentos que embasam a tese de que ao dolo eventual deve ser posto um fim (ele deve ser extinto).

Note-se que a maioria dos sistemas jurídicos confere tratamentos diversos a infrações dolosas e culposas. As nomenclaturas variam, mas o fato é que costuma haver distinção entre a transgressão proposital e aquela que decorre da falta de cuidado. Isso repercute nas penas (muito mais severas para os crimes dolosos), mas, principalmente, sobre o juízo de tipicidade (a maioria das violações somente encontra previsão legal na forma dolosa, constituindo a forma culposa, como regra, um indiferente penal).

Não há uma concepção ontológica de dolo, ou seja, ele não é um instituto dotado de uma "essência" ou "natureza". Temos, na verdade, várias formas de concebê-lo. Para os "volitivistas", o dolo é composto pela integração entre a representação mental (elemento cognitivo) e a vontade (elemento volitivo) referentes à realização de um tipo. Os "cognitivistas", de outro lado, contentam-se com a verificação do primeiro dos elementos citados, dispensando, por completo, a presença da vontade para o reconhecimento do dolo. E, a respeito dos referidos elementos (cognitivo e volitivo), também há divergências. Segundo uma concepção psicológica de dolo, representação mental e vontade são fenômenos psíquicos cuja real existência na mente do agente deve ser objeto de prova empírica. Partindo de uma concepção normativa, no entanto, o dolo é um construto jurídico inteiramente artificial que não pode ser efetivamente comprovado, mas, sim, atribuído ao agente (presumido) diante de certos indícios fáticos. Não há preocupação com a prova do dolo (em sentido empírico), mas, sim, com as técnicas interpretativas que conduzem à sua imputação com base nas circunstâncias do fato (leia-se, com as regras que autorizam a sua presunção). A concepção psicológico-volitiva é majoritária não só no Brasil, mas na Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Argentina e Chile, dentre outros países.

O propósito do dolo eventual

O dolo eventual é um instituto dogmático cuja construção se deu a partir da visível pretensão político-criminal de ampliar o âmbito do dolo direto, permitindo a aplicação dos rigores característicos dos crimes dolosos a determinados fatos culposos. É um sucedâneo da figura medieval do *dolus indirectus*, instituto jurídico arcaico orientado pelo raciocínio da *versari in re illicita*. Trata-se de uma forma de responsabilidade penal objetiva, sintetizada no pensamento de que, quem opta por ingressar na esfera da ilicitude, automaticamente assume a responsabilidade sobre todos os prejuízos que de sua conduta sejam eventualmente decorrentes. Em suma, algumas transgressões, embora tecnicamente pertençam ao âmbito da culpa, "merecem", pela gravidade de suas consequências (desvalor do resultado), o tratamento dado às lesões dolosas (para tornar típico um fato que seria atípico ou para elevar brutalmente as penas de uma infração). Assim, diante da irresignação quanto a uma suposta impunidade ou "brandura", operou-se uma profunda distorção do conceito de "vontade", classicamente considerada pela doutrina majoritária como um componente indispensável do dolo. Note-se que isso bem explica o contemporâneo "fetiche do dolo eventual", especialmente em sede de lavagem de dinheiro e de crimes de trânsito cometidos em condição de embriaguez ou "racha". Como somente há previsão para a primeira infração na forma dolosa, e como a pena prevista para o homicídio culposo na direção de veículo automotor é considerada muito suave, fortalece-se a tendência jurisprudencial do reconhecimento do dolo eventual como forma de ajustar uma política criminal supostamente frouxa.

Independentemente da definição que se queira dar ao dolo eventual (conforme a teoria que se adote, "assumir o risco", "consentir com o resultado", "contar com", "levar a sério", "aprovar" ou "ser indiferente" em relação ao resultado" etc.), ele é indisfarçável fruto de uma deformação do conceito tradicional (descritivo-psicológico)[(1)] de vontade, predominante não apenas no ambiente jurídico, mas no espaço cultural das sociedades ocidentais, de um modo geral. A "vontade", no dolo eventual, é artificial, deturpada. Não é a mesma "vontade" do dolo direto ("querer"), que em muito se aproxima da intenção (propósito).

A extinção do dolo eventual

Especialmente se considerado o paradigma dominante (concepção psicológico-volitiva), o dolo eventual é um instituto dogmático fadado ao fracasso. A conceituação de fenômenos emocionais ou psíquicos como "vontade" e "intenção" atormenta a filosofia ocidental há mais de dois mil anos. A definição de supostos eventos psicológicos como "assunção do risco", "consentimento" ou "indiferença para com o resultado" é praticamente inalcançável. São construções puramente jurídicas, arbitrárias, distantes daquilo que se concebe, no plano pragmático da linguagem, como vontade. Na prática forense, o quadro só piora. Por mais que seja difícil, é até possível, em determinados contextos, imputar com segurança a intenção (a quem der três tiros à queima-roupa na cabeça de outrem, por exemplo). Mas a afirmação da "assunção do risco" ou seus equivalentes é absolutamente impossível. Por consequência, o que se opera é uma pura e simples presunção.

Não é inadmissível o uso de presunções em Direito Penal e Processual Penal (é viável, por exemplo, supor que uma pessoa imputável saiba que lançar uma criança do vigésimo andar de um prédio certamente causará a sua morte, e que, tendo assim agido, provavelmente quis o resultado). Mas essas presunções definitivamente não podem ser absolutas, e é o que vem acontecendo com o dolo eventual. Criam-se fórmulas matemáticas para o seu reconhecimento (ao estilo "beber + dirigir = assumir o risco de matar"), dispensando-se a consulta às minúcias dos casos concretos e às idiossincrasias dos agentes, e inviabilizando-se a produção de provas em sentido contrário pela defesa. Ora, se desejamos essas técnicas matemáticas da imputação subjetiva, devemos abandonar a concepção psicológica do dolo em favor de uma que seja normativa, com todos os inconvenientes que essa decisão possivelmente trará (as presunções absolutas, embora confiram maior previsibilidade e segurança jurídica, são potencialmente mais injustas, além de trazerem consigo o imanente risco da arbitrariedade que representa o total desprezo de uma realidade empírica em nome de uma ficção jurídica insuscetível de questionamento).

Rigorosamente, o dolo eventual não é dolo. Sua proximidade para com a culpa consciente é maior do que para com o dolo direto, seja ele de primeiro ou de segundo grau. Assumir o risco ou consentir com a realização do tipo não é genuína atitude volitiva, de modo que, para a configuração do dolo eventual – assim como para a caracterização da culpa consciente – basta um componente cognitivo (representação mental da realização do tipo). Mesmo na academia, jamais se logrou êxito em estabelecer critérios seguros para diferençar esses dois elementos subjetivos (os embates ainda fervilham nas doutrinas espanhola e alemã). Pensando na prática, tratamos de um instituto

ANO 24 - Nº 284 - JULHO /2016 - ISSN 1676-3661

com grande potencial para a perniciosidade e a seletividade penal. Provar o conhecimento é algo possível (um médico, por sua formação, certamente sabe que dose cavalar de morfina matará). Provar a intenção, em determinados casos, também (fere lógica e razão recusar intenção homicida a quem tenha decapitado sua vítima). Mas "assunção do risco" e expressões congêneres são verdadeiramente insuscetíveis de prova, pois da previsão de um risco não necessariamente decorre o querer ou o assumir (o elemento cognitivo é pressuposto do volitivo, mas definitivamente não se pode afirmar o inverso). Quem tem como possível um resultado danoso e ainda assim pratica a conduta capaz de ocasioná-lo, pode, de fato, tê-lo assumido, mas também pode tê-lo afastado mentalmente por entendê-lo remoto ou por outras razões (autoconfiança, por exemplo).

Conclusão

No fundo, em todo caso de dolo eventual haverá dúvida e, como por força do *in dubio pro reo*, ela deve se resolver a favor do acusado; a solução que se impõe, fatalmente, é a desclassificação para a culpa consciente. Em suma, se levarmos a sério o brocardo, o dolo eventual é inútil. No fim das contas, assunção do risco e outras deturpações da vontade são objeto de pura presunção absoluta, incompatível com o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito. Resta a possibilidade da ruptura com o paradigma dominante para a adoção de uma concepção estritamente normativa de dolo. Mas isso teria seu preço. A normativização falha em esconder suas feições punitivistas assim que desvelamos seu real propósito, que é, apenas, a simplificação e a facilitação do processo de imputação do dolo. E, isso, ao alto custo do atropelo de tradições éticas e culturais historicamente sedimentadas, tais como a aferição do valor ou desvalor de uma conduta a partir, precipuamente, dos fins a que ela se destina. Esse juízo de valor ou desvalor conforme os fins norteia vários sistemas éticos ocidentais (*v.g.*, **Aristóteles**), e é um *topos* fortemente consolidado na maioria das sociedades. Desprezar essa realidade social em nome da efetividade da imputação subjetiva – leia-se, da facilitação da imputação do dolo – é, mais do que desprezar um código cultural de suma importância, empurrar goela abaixo dos destinatários da norma uma opção político-criminal contrária aos valores por eles majoritariamente compartilhados. Como solução, não resta alternativa senão a extinção do dolo eventual. Em seu lugar, separando culpa inconsciente e dolo direto, e unificando dolo eventual e culpa consciente, pode surgir uma terceira figura de imputação, intermediária, tal qual já sugeriram vários penalistas (**Hassemer**, **Puppe**, **Feijóo Sánchez**). Mas esse é um assunto para outra oportunidade.

Nota

(1) Puppe, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 31.

Israel Domingos Jorio
Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV.
Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV.
Professor de Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público do ES e da (Faculdade de Direito de Vitória – ES).

Denúncia em branco: uma incompletude juridicamente congênita

Philipe Benoni Melo e Silva

1. Introdução

Do ponto de vista genérico, denúncia é uma declaração que alguém faz perante uma autoridade a quem compete a iniciativa de resolução a respeito de um fato que prejudique terceiro ou a sociedade, com o objetivo de que o autor do delito seja punido.

O instituto da denúncia é, entre vários outros, um instrumento de controle social de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988, denominada Constituição Cidadã, pela primeira vez, a teor do seu art. 74, § 2.º, conferiu legitimidade a cada cidadão brasileiro para denunciar a ocorrência de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Cumpre evidenciar que o *caput* do art. 74 da Constituição Federal alude aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Quer isso significar que o cidadão brasileiro, por força dos arts. 74, 75 c/c art. 1.º, todos da Constituição Federal, está legitimado pelo constituinte originário para exercer, por meio da denúncia, naquelas matérias de competência dos tribunais de contas, o controle social da República Federativa do Brasil, em todos os seus níveis: Estados, Municípios e Distrito Federal.

Além de instrumento de controle social, a denúncia possui aplicação no Direito Civil, Direito Penal, Direito Tributário, Direito Administrativo, Direito do Consumidor, entre outros.

Extrai-se das considerações até aqui expendidas que o instituto da denúncia dispõe de robusta capilaridade, tanto no tecido social como nos Poderes da União, nos entes que compõem a República Federativa do Brasil, bem como nos órgãos e autoridades que integram o Estado brasileiro.

Trata-se, pois, de um tema que merece uma dedicada e aprofundada pesquisa, especialmente para se identificarem as nuances, as particularidades, os regramentos, os requisitos etc. que o instituto da denúncia estampa em cada ramo do Direito. Este artigo não se ocupa com um exame dessa envergadura. O nosso propósito aqui é discorrer, de forma incipiente, sobre o instituto da denúncia, no ramo do Direito Processual Penal, quando de autoria do Ministério Público, e, especificamente, nos casos em que o fato delituoso denunciado pelo órgão ministerial é capitulado em um dispositivo legal reconhecido como uma norma penal em branco.

2. A denúncia e a descrição do fato criminoso

Nesse contexto, de acordo com o art. 41 do Código de Processo Penal, a denúncia deve conter "*a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas*". Nem todos esses elementos são de observância obrigatória, como o rol de testemunhas,

por exemplo. Todavia, a ausência de certos requisitos, em razão da sua obrigatoriedade e necessidade para o pleno exercício do direito de defesa, conduz à rejeição da peça acusatória, em virtude da sua inépcia. É nesse campo do requisito obrigatório que sobressai, para os fins deste artigo, *"a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias"*.

Daí por que essa exigência, constante no art. 41, indicado no parágrafo precedente, deve ser lida com o art. 395, I, do Código de Processo Penal, que determina que a denúncia será rejeitada quando for *"manifestamente inepta"*. E assim deve ser porque a ausência, defeito ou incompletude da *"exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias"*, inviabiliza a necessária e precisa indicação dos limites da imputação, comprometendo, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como a justeza na aplicação da lei penal.

É esse o magistério que se colhe de **Nucci**,[1] para quem dá-se a inépcia da denúncia quando a peça acusatória *"não se prestar aos fins aos quais se destina, vale dizer, não possuir a menor aptidão para concentrar, concatenadamente, em detalhes, o conteúdo da imputação, permitindo ao réu a exata compreensão da amplitude da acusação, garantindo-lhe, assim, a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa"*.

A narrativa do fato antijurídico, com todas as suas circunstâncias, é fundamental para o exame de admissibilidade de deflagração da ação penal. Essa exigência atende, pelo menos, dois aspectos básicos, a saber: de um lado, possibilita o enquadramento legal da conduta considerada típica e, de outro lado, oportuniza a plena defesa do acusado, na medida em que precisa se defender dos fatos que lhe são imputados.

Em função disso, a exposição do fato típico, com todas as suas circunstâncias, deve vir coadjuvada dos elementos obrigatórios da denúncia, tais como: a individualização do acusado e a descrição pormenorizada do fato criminoso, fazendo menção às qualificadoras, causas de aumento ou diminuição de pena, agravantes, elementos do dolo ou culpa, tudo de forma clara e completa. Isso porque a peça acusatória não se presta, pura e simplesmente, à imputação criminal, mas, conforme **Scarance Fernandes**, principalmente a proporcionar a reação do acusado, mediante o devido contraditório e ampla defesa.[2]

A descrição clara do fato imputado é medida imposta por lei que permite avaliar a correspondência com a realidade e o contexto temporal, espacial e circunstancial da conduta. Como bem aponta o italiano **Berling**, "*tudo a fim de facilitar a tarefa do juiz e permitir que o acusado prepare sua defesa*".[3] Não se trata de excesso de formalismo, mas sim de formalidade legal e constitucionalmente exigidas. Como bem leciona **Hassemer**, formalidades no núcleo do Processo Penal são formas de proteção da totalidade dos interesses dos participantes no processo e, sobretudo, do acusado.[4]

3. A denúncia e a norma penal em branco

O Direito Penal de hoje, em razão de sua natural evolução, está a exigir redobrada atenção quando do enquadramento legal da conduta tida como antijurídica. É que há diversos tipos penais com bem jurídicos indeterminados, aumento dos crimes de perigo abstrato e normas penais em branco, chegando-se a falar até em "espiritualização do bem jurídico".

O fato é que a desmaterialização do bem jurídico ou a referência, no tipo penal, à outra norma exige que a narrativa do fato com enquadramento legal em alguma denúncia referente a uma norma penal em branco seja integrada pela lei ou ato normativo que completa essa lacuna normativa, sob pena de a imputação não atender a exigência legal da *"exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias"*, expediente que, por certo, propiciará o juízo de rejeição da denúncia, por ser manifestamente inepta.

Em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser balizado por um Processo Penal Constitucional, em que a primeira das garantias (saber ao certo do que se está sendo acusado) deve ser sempre respeitada. Sobre esse tema, noticia o Decreto 678/1992 que, desde 25.09.1992, entrou em vigor no Brasil a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. O art. 8.º, 2, "b", desse Pacto assegura ao acusado, como garantia mínima, a comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada.

Assim, por ser a imputação criminal a manifestação da pretensão punitiva do Estado, ela deve ser prévia, certa e determinada, pois, conforme **Badaró**, o direito de punir somente pode se concretizar por meio do processo.[5] No mesmo sentido, **Hassemer** afirma que, tanto jurídico como cientificamente, faz sentido caracterizar o processo penal não somente como a realização do direito penal substantivo, mas também como um direito constitucional aplicado ou como um indicador da respectiva cultura jurídica e política de determinado Estado. A lei processual penal e a sua aplicação prática são os sinais que avaliam a qualidade da relação entre o Estado e os seus cidadãos com uma precisão especial.

Nesse contexto de necessidade de imputação certa e clara, exsurge a pretensão acusatória que se propõe a atribuir a alguém o crime previsto numa norma penal em branco. Nesse caso, em tese, a imputação criminal referente à norma penal em branco demanda maior esforço da acusação, pois deve fazer referência à norma complementar para que haja a devida adequação típica e, assim, preencher as exigências legais que legitimam a persecução criminal por parte do Estado.

Como sabido, a maioria das normas penais é completa, ou seja, possui preceitos e sanções que não dependem de outra norma para serem aplicados ou interpretados. Todavia, em virtude do aumento da proteção de bens jurídicos e da própria espiritualização do bem jurídico, nem sempre o legislador apresenta a capacidade técnica necessária para estabelecer, no próprio tipo penal, de maneira prévia, certa e determinada, todos os elementos indispensáveis para a normal penal cumprir sua finalidade. Desse modo, surgem as normas penais em branco que, por conterem preceitos genéricos ou indeterminados, dependem da complementação de outra norma jurídica (lei, decreto, portaria, resolução etc.) para concluírem a descrição da conduta típica proibida.

De acordo com **Bitencourt**, *"a falta ou inexistência dessa dita norma complementadora impede que a descrição da conduta proibida se complete, ficando em aberto a descrição típica"*.[6] Em outras palavras, a inexistência da norma integradora da lei penal em branco faz com que essa lei seja uma *"norma penal ainda atípica"*, pois sem essa complementação normativa é impossível imputar o crime previsto ao agente, por verdadeira atipicidade da conduta.

4. O caso da Lei de Drogas

Tome-se como exemplo a Lei 11.343/2006. Em vários dispositivos dessa norma (arts. 2.º, 28, 34 e 38) constam os seguintes dizeres: *"sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar"*. Nos termos do parágrafo único do art. 1.º desse diploma legal, *"consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União"*.

A inexistência das normas integradoras, indicadas no parágrafo precedente, faz com que cada comando normativo específico seja considerado uma norma penal ainda atípica, por ausência de complementação normativa que é dependente. Nesses casos, o subscritor da denúncia ofende o princípio da legalidade ou da reserva legal, que recebeu *status* constitucional na condição de direito e garantia fundamental. No campo jurídico-penal, essa garantia está expressa no art. 5.º, inciso XXXIX, da CF, assim: *"não há crime sem lei anterior*

que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Nesse passo, as condutas praticadas antes da vigência das normas integradoras da norma penal em branco não podem ser consideradas antijurídicas, típicas ou criminosas.

Portanto, somente com a vigência da norma complementar exigida pela lei penal em branco é que se poderá adequar inteiramente a conduta praticada à lei penal em branco combinada com seu preceito complementar.

Contudo, a inépcia da denúncia tem lugar não apenas quando a narrativa dos fatos está ancorada em uma norma penal em branco, cuja legislação integradora ainda não faz parte da pirâmide normativa. Esse juízo negativo da denúncia também ocorre quando a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, silenciar sobre as normas complementares indicadas na norma penal em branco, sendo que tais normas já fazem parte do mundo jurídico.

Assim, tem-se que, se de um lado a norma penal em branco exige o seu complemento normativo para a plena aplicabilidade, de outro, a denúncia criminal que pretende imputar a prática de um crime previsto nessa norma penal em branco seja também "integrada", isto é, em atenção ao comando do art. 41 do Código de Processo Penal, faça a narrativa expressa da *"exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias"*, tanto em relação à normal principal quanto no tocante à norma complementar indicada na normal penal em branco para que haja a adequação típica global do fato imputado, sob pena de ser considerada inepta.

Sobre esse assunto, **Bitencourt** afirma que, *"tratando-se de norma penal em branco, a própria denúncia do* Parquet *deve identificar qual lei complementar satisfaz a elementar exigida pela norma incriminadora, ou seja, deve constar da narrativa fático-jurídica qual lei desautoriza a prática da conduta imputada, sob pena de revelar-se inepta, pois a falta de tal descrição impede o aperfeiçoamento da adequação típica"*.(7)

Veja-se, pois, que a inépcia da denúncia se dá porque, apesar de o acusado se defender dos fatos no processo penal, ela não descreve com inteireza e precisão as circunstâncias fático-jurídicas que adornam a conduta do agente. No exemplo dado anteriormente (Lei de Drogas), esse erro seria corrigido com a indicação, conforme o caso, de alguma das normas complementares da Lei 11.343/2006 e a necessária *"exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias"*, para suprir a falha da denúncia e, assim, evitar que sobre ela recaia o juízo de inépcia.

5. O caso da Lei de Licitações

Existem normas penais em branco que exigem mais do que a simples referência a outra norma. Observe que esse mesmo cuidado deve ser adotado em relação ao art. 92 da Lei 8.666/1993. O *caput* desse dispositivo legal estabelece o seguinte:

"Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa".

Extrai-se da transcrição *supra* que o *caput* do art. 92 da Lei de Licitações é norma incompleta, pois a sua integração para verificar se foi praticada a conduta de admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação, vantagem ou prorrogação ilegal, de modo a adequar com precisão o tipo penal, depende de outras normas jurídicas previstas no próprio tipo penal, quais sejam *"autorização em lei"*, *"ato convocatório da licitação"* ou nos *"respectivos instrumentos contratuais"*. Disso decorre que, se houver modificação contratual em favor do adjudicatário, todavia, sendo ela autorizada pela lei, tem-se que a conduta praticada pelo gestor público seria atípica, pois, tendo sido aludida modificação autorizada por lei, segue-se que, nesse caso, a conduta de admitir, possibilitar ou dar causa não se ajusta ao comando do *caput* do art. 92 da Lei de Licitações porque praticada com âncora na legislação de regência.

Assim, não basta que a denúncia se refira apenas à norma penal em branco. É necessário que, de forma circunstanciada, exponha, também, o fato tido como criminoso, comprovando o seu descumprimento da norma complementar correspondente. Havendo essa adequação típica completa no mundo material, é preciso que, no mundo processual, a inicial acusatória demonstre que a conduta contraria a norma penal em branco e seu complemento, cumprindo inteiramente os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

6. Conclusão

Caso a denúncia se atenha apenas à norma penal em branco, sem demonstrar a tipicidade complementar da norma dependente ou sem existir no mundo jurídico a legislação integradora, carregará a mesma incompletude da norma penal em branco. E, a exemplo da lei penal, será, também, uma denúncia em branco. Por denúncia em branco entende-se a denúncia manejada pelo Ministério Público, que pretende imputar um crime previsto em norma penal em branco, sem que a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, seja também efetivada em relação à norma complementar, a fim de demonstrar que a conduta que está sendo objeto de represália por parte do *Parquet* tenha sido, de fato, praticada em desacordo com a legislação que está sendo referida na norma penal.

Em casos que tais, ocorre o fenômeno da *incompletude juridicamente congênita*. Incompletude porque, de um lado, inexiste a norma complementar ou, de outro, o subscritor da denúncia não se desincumbiu da tarefa obrigatória de expor o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, referente à norma integradora. É jurídica porque pertence ao mundo do direito. É congênita porque gerada com a mesma natureza da norma penal em branco, sendo dela gêmea e, por consequência, padecendo da mesma incompletude. Será, portanto, uma denúncia (em branco) inepta.

Ora, se num Estado de Direito, em que a norma penal pretende ser prévia, escrita, certa e determinada, não é demasiado exigir que a inicial acusatória também o seja, por determinação constitucional e legal.

Notas

(1) Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1.381.

(2) Fernandes, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002. p. 183.

(3) Apud Bettiol, Giuseppe. *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1936. p. 19.

(4) Hassemer, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 89.

(5) Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 76.

(6) Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 248.

(7) Bitencourt, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 256.

Philipe Benoni Melo e Silva
Mestrando em Políticas Públicas,
Processo e Controle Penal pelo Uniceub.
Especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção/DF.
Advogado.

ANO 24 - Nº 284 - JULHO /2016 - ISSN 1676-3661

A aplicação do reconhecimento de pessoas pela Polícia Civil do município de São Paulo

Arthur Sodré Prado e Gustavo Alves Parente Barbosa

Introdução

No primeiro semestre de 2015, advogados e estagiários de direito vinculados ao Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos – IDDD participaram de um projeto chamado *Liberdade em Foco – redução do uso abusivo da prisão provisória no Estado de São Paulo*. A ação, realizada em parceria com a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo e da Secretaria de Justiça e Cidadania, consistiu em um mutirão para formular pedidos relacionados à liberdade de homens que estavam presos provisoriamente no Centro de Detenção Provisória I de Guarulhos. O Instituto almejou, também, a realização de um diagnóstico com os dados colhidos nos atendimentos às pessoas encarceradas, bem como a divulgação das informações sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal para sociedade.

Na condição de voluntários desse projeto, notamos uma parcela significativa de casos em que havia menção ao reconhecimento do sujeito que acabara de ser preso. Tratava-se, além disso, de uma circunstância utilizada da conclusão do Delegado de Polícia para a lavratura de auto de prisão em flagrante. O tema despertou nosso interesse porque o Código de Processo Penal não prevê expressamente uma autorização para a prisão em flagrante quando houver reconhecimento. No entanto, o art. 302 desse diploma legal, nos incisos III e IV, dispõe que deve ser considerada como flagrante a prisão de quem for "*perseguido*", e "*logo após*", preso "*em situação que faça presumir ser ele o autor da infração*". Também haveria flagrância na situação de quem for "*encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da ação*". Expressões como "*logo após*", "*logo depois*" e "*situação que faça presumir*" são bastante abertas à interpretação,[1] razão pela qual suspeitamos de que o reconhecimento possa ter sido um fator influente na hermenêutica dessas palavras.

Por outro lado, o reconhecimento é considerado com um meio de prova e possui diversas formalidades. O art. 226 do Código de Processo Penal dispõe que a pessoa que for proceder ao reconhecimento deve inicialmente descrever o indivíduo que deva ser reconhecido. A autoridade deve, quando possível,[2] colocar a pessoa cujo reconhecimento se pretende ao lado de outras que com ela tiverem semelhança; se houver receio de intimidação ou alguma outra influência, a autoridade cuidará para que o indivíduo que procederá ao reconhecimento não seja visto por quem será reconhecido; e a autoridade deve lavrar auto de reconhecimento pormenorizado, assinado por ela, pelo indivíduo que procedeu ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.[3]

Um terceiro aspecto que demanda atenção é a existência de pesquisas na área da psicologia, apontando como o ato de reconhecimento pode ser manipulado e influenciado por diferentes posturas das autoridades.[4] Há de se considerar, também, os resultados divulgados por um instituto norte-americano chamado *innocence project*, que procura oferecer exames de DNA para pessoas condenadas naquele país. O instituto revela já ter inocentado mais de 300 pessoas por meio dessa prova, incluindo 20 indivíduos que estavam no corredor da morte. Essas 300 pessoas passaram, em média, 14 anos presas injustamente, e a maior parte delas (72%) foi reconhecida por testemunhos presenciais.

Por conta desses fatores, resolvemos estudar os boletins de ocorrência lavrados durante o projeto Liberdade em Foco para checar qual é a recorrência de casos em que há flagrante decorrente de reconhecimento na Delegacia, e em que circunstâncias ele é formalizado. O escopo da pesquisa é a melhor compreensão da importância do instituto e de quais são as suas consequências jurídicas, especialmente se ele é considerado para afirmar a presença de uma das modalidades da prisão em flagrante.

Embora o trabalho ainda esteja em fase exploratória, dada a discrepância entre a quantidade de dados e os recursos para processá-los, a narrativa dos resultados parciais da pesquisa já permitirá o diálogo com a comunidade acadêmica sobre as questões metodológicas e sobre os diferentes rumos que a pesquisa pode tomar. Esse relatório está dividido em quatro partes: Em um primeiro momento, apresentamos uma descrição do projeto Liberdade em Foco, fonte dos dados coletados. Em uma segunda fase, passamos à exposição da metodologia de pesquisa, comentando as limitações de escopo e os possíveis fatores de risco de imprecisão nos resultados. Na terceira parte, apresentamos os resultados do trabalho até o presente momento para, ao final, ponderar sobre quais novos rumos que o estudo pode tomar, baseado nos primeiros resultados.

Sobre o projeto

A partir de um convênio com o Governo do Estado de São Paulo, e com apoio financeiro de uma parceria entre o Fundo Brasil de Direitos Humanos e a OAK *Foundation*, o IDDD engajou seus membros em um mutirão de advocacia *pro bono*. Uma parte dos voluntários realizou, junto com os coordenadores técnicos do projeto, entrevistas com todas as pessoas presas na Unidade I do Centro de Detenção Provisória de Guarulhos/SP. Nessas entrevistas, embasadas em um formulário-padrão, foram coletados dados sobre os fatos e sobre as circunstâncias socioeconômicas de tais pessoas. Além disso, os voluntários as indagavam se tinham condições de ser defendidas por um advogado particular e se desejavam auxílio do IDDD para a formulação de eventuais pedidos de liberdade.[5] Em caso positivo, era colhida uma procuração do preso. Os ativistas também extraíram cópias fotográficas de trechos dos autos dos procedimentos instaurados por conta das prisões.

Eram formados, então, dossiês com as cópias do auto de prisão em flagrante, do boletim de ocorrência, da nota de culpa, de outros documentos reputados como importantes para o conhecimento dos fatos, da "anamnese" realizada na entrevista e da procuração. Esses documentos foram separados em pastas, por indivíduo e por dia de atendimento, e imediatamente eram encaminhados a voluntários que decidiam, com autonomia, pleitear o que achavam ser mais efetivo para colocar o cliente[6] em liberdade. A atuação dos voluntários se dava apenas até o recebimento de uma eventual denúncia, e somente no que toca à liberdade, desde o Juízo do Departamento de Inquéritos Policiais até o Supremo Tribunal Federal, se necessário.

Na primeira fase do projeto, foram realizados 485 atendimentos,[7] durante período de pouco mais de 8 meses. Na segunda e derradeira fase, pesquisadores contratados pelo IDDD compilaram e analisaram

ANO 24 - Nº 284 - JULHO /2016 - ISSN 1676-3661

os dados dos atendidos, as informações sobre os pedidos de liberdade e as decisões judiciais a elas referentes.[8]

O levantamento publicado pelo IDDD, no entanto, não teve como objetivo abordar aspectos processuais como a existência ou não de reconhecimento de pessoas, objeto deste trabalho.

A metodologia de pesquisa

Os objetivos do estudo sobre o reconhecimento são de três ordens: A primeira meta é checar a relevância do instituto jurídico para os casos reais, ou seja, qual é a incidência de casos em que as regras sobre o reconhecimento deveriam ser aplicadas. As outras preocupações deste exame são a compreensão de em que tipo de infrações penais ocorre o reconhecimento, e quais são as condições em que esse instituto jurídico é aplicado.

De posse de todos os dossiês sobre os atendimentos realizados pelo IDDD, desenvolvemos os seguintes passos na pesquisa: como a questão sobre a incidência do reconhecimento poderia realizar o papel de justificativa para a continuidade da pesquisa, decidimos examinar toda a população. Procedemos à leitura dos boletins de ocorrência relativos aos atendimentos do projeto para separar os casos em dois grupos:[9] um grupo é o de casos em que houve reconhecimento do autor dos fatos, por parte da vítima ou de testemunhas oculares; no segundo grupo, todos os outros casos em que não é mencionado no boletim de ocorrência ter ocorrido o reconhecimento do hipotético autor do crime, inclusive os casos em que a vítima reconheceu objetos subtraídos.

A escolha dos boletins de ocorrência se deu em razão do fato de que são documentos em que o Delegado de Polícia manifesta a sua opinião sobre a ocorrência, ou não, de flagrante. Como a nossa preocupação também era com a relevância do reconhecimento para a prisão, a leitura dos boletins permite entender qual o papel realizado pelo reconhecimento na convicção da autoridade policial. O campo "histórico" desse tipo de documento também é privilegiado para a pesquisa, porque contém a narração do fato criminoso, a qualificação jurídica pela autoridade policial e o resumo dos motivos que ensejaram o registro. Nos depoimentos colhidos, a autoridade policial descreve se houve reconhecimento e em que circunstâncias ele ocorreu. Além disso, trata-se de informação que estava disponível em todos os dossiês analisados, o que permitiria a comparação.

Após separar os grupos, resolvemos colher amostras operacionais. O número de amostras (30 casos por grupo) foi estabelecido por um critério completamente discricionário, relativo ao máximo da nossa capacidade de processamento dos dados.[10]

As amostras operacionais foram extraídas de forma aleatória. Como já tivemos contato com o material e não gostaríamos de enviesar a pesquisa, imprimimos duas listas contendo o nome dos atendidos e pedimos a uma colega que escolhesse, de forma mais aleatória possível, 30 nomes de cada. As amostras foram catalogadas sob os seguintes critérios: identificação do caso, infração penal atribuída ao autor e a Delegacia de Polícia. Na amostra dos casos em que houve reconhecimento, outro critério foi acrescido: o tipo de reconhecimento, em que checamos se havia menção a um auto de reconhecimento formal.

O critério da infração penal pretendeu observar eventual relação com a existência de vítimas (o que não ocorre, ao menos diretamente, nos casos de tráfico de entorpecentes) e o nível de violência que as vítimas e testemunhas foram expostas pelo crime antes de proceder ao reconhecimento. A separação por Delegacia foi um controle para procurar variações nos dados em relação aos resultados, e o tipo de reconhecimento, por sua vez, nos permitiria avançar na pesquisa sobre o cumprimento das formalidades previstas no Código de Processo Penal.

As limitações da pesquisa são várias. Em primeiro lugar, não tivemos acesso a todos os documentos de todos os autos. Então, é possível que tenha havido reconhecimentos não citados nos boletins de ocorrência. Pior que isso, fomos obrigados a considerar que houve o cumprimento das formalidades legais sempre que o boletim de ocorrência afirma ter ocorrido, inobstante em apenas um documento tenha havido a narrativa expressa de que o sujeito teria sido reconhecido em meio a mais pessoas. Ademais, a pesquisa só considera uma parte dos casos da cidade de São Paulo, o que não garante a abstração disso como um fenômeno regional ou nacional.

Uma questão que influencia o tamanho da população é a possibilidade de, em situações de coautoria, o mesmo boletim de ocorrência ser considerado como dois casos diferentes, pois o atendimento se deu por pessoa e não por processo.

A nossa pesquisa só enxerga os casos de pessoas que ficaram presas. É possível que, mesmo tendo havido reconhecimento, o Delegado de Polícia tenha considerado não ser hipótese de prisão em flagrante. Tendo em vista as várias modalidades de medidas cautelares diversas da prisão e o dever de a autoridade policial arbitrar fiança em casos de infrações penais leves, nossa pesquisa provavelmente aborda apenas os casos mais graves, em que houve maior rigor policial.

Por fim, é preciso apontar que os dados foram colhidos antes da implementação das audiências de custódia em São Paulo e não avançaram sobre a interpretação dos juízes sobre o reconhecimento. Esta não é a nossa impressão, pois os casos que chegaram aos voluntários já haviam sido ajuizados, mas não pudemos testar se os juízes adotam critérios diferentes para o reconhecimento. Esse aspecto pode ser tão crucial, ou mais, para a compreensão do tema, haja vista a previsão de controle judicial de legalidade sobre os atos da autoridade policial (art. 306 do CPP).

Os resultados parciais

Mesmo após a revelação de vários aspectos que podem influenciar a precisão da coleta de dados e a interpretação dos resultados, já há informações reveladoras nesta etapa da pesquisa.

Das 555 pessoas atendidas, 266 delas foram submetidas a reconhecimento pela Polícia Militar ou pela Polícia Civil. Em outras palavras, em quase metade dos casos encaminhados para o CDP I de Guarulhos (48%) o reconhecimento do autor dos fatos contribuiu para o embasamento da prisão em flagrante.

Observando a amostra em que houve reconhecimento, notamos que todos os 30 casos separados envolviam o crime de roubo; na larga maioria, qualificado.[11] Os casos foram distribuídos por nove delegacias, e os que mais tiveram atendimentos (com 8 e 7 casos, respectivamente), foram os 24.º e 63.º Distritos Policiais.

Considerando haver o cumprimento das normas legais quando isso é mencionado nos boletins de ocorrência – embora suspeitemos de que haja discrepância entre o que ocorre nas situações reais e o que é formalizado em um auto de flagrante-, chega-se ao resultado de que em apenas 6 casos (20%) houve o reconhecimento formal. Em um deles, ocorrido no 103.º DP, a autoridade faz constar que o reconhecimento ocorreu sem que se tenha colocado outras pessoas para reconhecimento. Somente em um dos casos (3,3%) há menção de que o reconhecimento do autor se deu na presença de mais duas pessoas.

No que toca aos casos em que não há nem declaração de que o reconhecimento foi formalizado, em 4 situações (13,3%) houve reconhecimento por fotografias, uma delas por uma fotografia armazenada no telefone celular da pessoa presa.

Digna de destaque é uma das situações em que houve prisão em flagrante mesmo sem que a vítima tenha reconhecido, e em outra foram colocados os três suspeitos juntos para serem reconhecidos.

Do exame da amostra dos casos em que não houve reconhecimento, nota-se que mais da metade dos casos (53%) era relativa ao crime de

tráfico de entorpecentes. O segundo motivo de aprisionamento foi a captura, ocorrida em 5 casos (17%). Na sequência, vieram os delitos de roubo e receptação, com 10% de incidência cada.

A distribuição territorial também foi relativamente homogênea entre 10 delegacias. A única concentração relevante de ocorrência se deu no 24.º DP, com 9 casos.

Os próximos passos

Mesmo considerando os possíveis vieses e imperfeições na coleta de dados, o presente exame permitiu concluir que há muitas pessoas presas submetidas ao reconhecimento sem que se faça observar as regras previstas no art. 226 do Código de Processo Penal. A pesquisa revela que 48% das pessoas atendidas pelo IDDD foram submetidas a reconhecimento pessoal. As amostras, por sua vez, sugerem que em 80% desses casos essa prova foi colhida informalmente.

Para um melhor entendimento sobre o assunto, é possível pesquisar em maior profundidade as circunstâncias dos casos particulares e, assim, aprofundar o entendimento sobre as hipóteses de prisão em flagrante. Será que só o reconhecimento é relevante para a Polícia, ou algo a mais é exigido? Em que medida o "logo após" e o "logo depois" são afetados quando há reconhecimento?

Lendo os processos em seu atual estágio, é possível notar como os juízes valoraram esse tipo de elemento de informação. É prova suficiente de autoria? Como se deram os reconhecimentos em juízo? Houve a confirmação?

Para além dessas perguntas, a pesquisa pode seguir com entrevistas com vítimas, com autoridades e acusados para entender quais foram as circunstâncias psicológicas em que o ato ocorreu e o impacto delas nos processos.

Como se disse na introdução deste trabalho, há uma ampla margem de interpretação sobre os termos da lei, e fundado receio de que o reconhecimento não seja uma fonte de prova confiável.

Por isso, precisamos falar mais sobre ele. O presente trabalho é um convite à comunidade científica para que nos ajude a discutir o tema do reconhecimento como uma prática do sistema de justiça, e não somente como um capítulo de manual. Somente assim a regulação processual penal poderá ser aperfeiçoada para atingir o seu fim primeiro, que é a aplicação racional do *jus puiniendi* pelo Estado, respeitadas as garantias do devido processo legal e da ampla defesa.

Referências bibliográficas

Badaró, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Bradfield, Amy L.; Wells, Gary L. Distortions in eyewitness's recollections: Can the postidentification-feedback effect be moderated? *American Psychological Society*, vol. 10, março de 1999.

_____. Good, you identified the suspect: Feedback to eyewitnesses distorts their reports of the witnessing experience. *Journal of Applied Psychology*, v. 83, n. 3, p. 360/376, 1998.

Bradfield, Amy L.; Wells, Gary L.; Olson, Elisabeth A. The Damaging effect of confirming feedback on the relation between eyewitness certainty and identification accuracy. *Journal of Applied Psychology*, v. 87, n. I, p. 112-120, 2002.

Magalhães Noronha, Edgard. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

Stein, Lilian Milnitski; Brainerd, Charles et. al. How Does Negative Emotion Cause False Memories? *3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers*. 2008. Disponível gratuitamente na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1159170>. Acesso em: 26 mar. 2016.

Notas

(1) Comentando a expressão "*logo após*", Choukr aponta que "*diante da estrutura do Código de Processo Penal, simplesmente não há baliza concreta na qual possa se orientar o operador, cabendo verdadeiramente ao casuísmo (e não a uma construção empírica logicamente desenvolvida) resolver pontualmente a situação (2014, p. 609). Sobre o termo 'logo depois', o autor invoca precedente do Superior Tribunal de Justiça para sustentar que a expressão 'permite interpretação elástica, havendo maior margem na apreciação do elemento cronológico'*" (Choukr, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal* – Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 610).

(2) Como ilustrado por Badaró (2015), há divergência entre a doutrina e a jurisprudência sobre as hipóteses em que esse requisito possa ser dispensado pela impossibilidade de encontrar pessoas semelhantes, pois os Tribunais tendem ser mais flexíveis com a exigência de pluralidade.

(3) Entre tantos outros sobre o assunto, indicamos a observação de Magalhães Noronha (1976, p. 116-117).

(4) O projeto Pensando o Direito, do Ministério da Justiça está apoiando uma pesquisa intitulada "Avanços científicos no reconhecimento pessoal", conduzida pela Profa. Lílian Milnistky Stein (2008), cujos resultados revelam diversos fatores que podem influenciar no reconhecimento e como as formalidades legais não estão sendo respeitadas. A pesquisadora tem longa bibliografia sobre o tema, e um seminário em que a pesquisa é apresentada está disponível na internet: <https://www.youtube.com/watch?v=XGoxZhwvqjc.> Gary Wells e Amy Bradfield também têm dedicado seus estudos para a confirmação da influência do *feedback* positivo da autoridade não só na certeza da vítima quanto a ter reconhecido a pessoa certa, como também na precisão do acerto (1998, 1999, 2002).

(5) "Pedidos de liberdade" é uma expressão referente a qualquer medida em juízo que poderia acarretar a soltura, como pleitos de liberdade provisória, *habeas corpus*, pedidos de relaxamento da prisão em flagrante e de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

(6) Por "cliente", referimo-nos à pessoa presa que pediu auxílio do IDDD, ressaltando que nunca houve qualquer tipo de contraprestação, além das eventuais palavras de gratidão, pelos serviços prestados pelos voluntários.

(7) Embora tenham sido realizados 485 atendimentos pelo IDDD, para nossa pesquisa foram utilizados 555 boletins de ocorrência. O número de atendimentos feitos pela instituição não contabilizou os casos em que, por exemplo, o acusado já tinha defensor constituído ou não queria ser atendido pelo projeto.

(8) Resultados do projeto podem ser visualizados pelo site <http://www.iddd.org.br/index.php/2016/04/28/projeto-de-mutirao-carcerario-do-iddd-resulta-em-diagnostico-sobre-prisoes-provisorias/>.

(9) A leitura e compilação de dados conta com a indispensável ajuda de Bárbara Maria de Lima Garcia e Matheus Bueno de Souza.

(10) O exame sobre os casos em que não houve reconhecimento se deve a uma preocupação com o controle de eventual viés não previsto e com a curiosidade de descoberta de algum padrão interessante.

(11) Em apenas dois casos tratava-se da infração penal na sua forma simples.

Arthur Sodré Prado
Advogado voluntário do IDDD.

Gustavo Alves Parente Barbosa
Advogado voluntário do IDDD.

IBCCRIM
Fundado em 14.10.92
DIRETORIA DA GESTÃO 2015/2016

DIRETORIA EXECUTIVA
Presidente: Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente: Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário: Fábio Tofic Simantob
2.ª Secretária: Eleonora Rangel Nacif
1.ª Tesoureira: Fernanda Regina Vilares
2.ª Tesoureira: Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Carlos Isa

CONSELHO CONSULTIVO
Carlos Vico Mañas
Ivan Martins Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Saad
Sérgio Mazina Martins

OUVIDOR
Yuri Felix

Bem jurídico penal e limitação do poder punitivo

Lívia Maria Silva Macêdo

A despeito de todas as críticas que podem ser direcionadas ao conceito de bem jurídico, seu papel como topos argumentativo de legitimidade e critério de criminalização parece ser ainda uma importante bandeira na estratégia de uma dogmática contentora de poder punitivo e propulsora do Estado de Direito. O conceito de bem jurídico deve traduzir a individualização das condições necessárias (e/ou suficientes) para a incriminação, sem com isso deixar de reconhecer criticamente suas limitações, carências e relatividade.

A definição de **Nilo Batista** é irretocável: o bem jurídico, concebido sob a forma de referencial da norma, põe-se "*como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, 'revelando' e demarcando a ofensa*".[1] É a presença de um bem jurídico alheio afetado "*que permite reconhecer o conflito jurídico, pelo extravasamento do âmbito pessoal da liberdade moral e pela introdução do outro, a alteridade como pressuposto geral de intervenção penal*".[2]

Seu potencial está muito mais em oferecer critérios negativos de deslegitimação corporificados não só na irrelevância ou efemeridade do bem, mas também na desproporcionalidade das penas previstas, no reconhecimento de suas reais (não simbólicas) possibilidades da atuação sobre as situações conflitivas, e principalmente de parâmetro de análise da lesão ou perigo de lesão (não em termos de "suficiência" mas de "necessidade") como pressuposto de legitimidade *in concreto* da norma penal. "*El bién jurídico y con ello lo injusto es la piedra angular de la revisión crítica en un sistema que, como el democrático, persigue una liberación permanente*".[3]

Ter por base uma dogmática que negue qualquer função legitimante da pena significa também negar a função "protetiva" da norma penal. Com isso o bem jurídico deve ser visto como objeto de referência da norma e não sua "tutela". Só sob esta perspectiva será possível explorar as potencialidades de uma função transsistemática e atribuir-lhe um "rendimento" dogmático não simbólico.

O sistema de justiça criminal, denunciado como estratégia de controle social desde **Rusche** e **Kirchheimer** tem no discurso dogmático penal uma função de legitimação que se ancora em muitas das já conhecidas falácias quanto à completude da norma jurídica e onisciência do legislador. No âmbito penal, em especial, a estes mitos encobridores adiciona-se a missão de "tutela de bens jurídicos" identificados pelo bem comum e entendidos quase que basicamente em termos de "*essencialidade para a vida humana em sociedade*".

Este processo de "seleção" de condutas lesivas a bens jurídicos se dá pelo ato de poder dos órgãos legislativos competentes (criminalização primária) e não está imune a seletividade que se denuncia em sua vertente secundária (operacionalidade concreta), pois em todo caso "*é na diferenciação social dos sujeitos em suas posições estruturais na sociedade capitalista (e não o desvalor da conduta ou a gravidade do dano 'individual' ou 'social' causado) que a criminalização secundária demonstra a seletividade da criminalização primária*".[4]

Logo, há objetivos manifestos e latentes não só na pena, mas no próprio Direito Penal. Aqueles são destacados pelo discurso oficial da teoria jurídica (tutela de bens jurídicos gerais) e estes identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica, como contrapontos das correspondentes dimensões de ilusão e realidade de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas e cujo objetivo principal é produzir uma aparência de neutralidade do sistema e ausência de conflito entre seus atores sociais, ou ao menos no que tange à questão criminal.[5]

Assim, por meio das definições legais o legislador "protege" interesses e necessidades aparentemente gerais, comuns a todos os homens, independentemente da posição social ou de classe respectiva, como a vida, integridade física e psíquica, liberdade individual e sexual, honra, meio ambiente. Entretanto, essa "proteção", que já é desigual em nível concreto, como demonstra qualquer pesquisa empírica (a única coisa suscetível de verificação na norma penal é sua capacidade de confisco de um conflito)[6], relaciona-se diretamente com anseios específicos. Veja-se a histórica importância dos crimes patrimoniais e contra a ordem pública.

Ao não se levar em consideração a negatividade social e o sistema de controle como objetos de uma construção social e institucional que reflete a dinâmica dos conflitos e o seu deslocamento, a transformação do "poder de definir" dos atores envolvidos e das relações entre eles, a maneira altamente seletiva pela qual são cobertos apenas parcialmente os interesses representados nos sistemas de bens jurídicos, bem como a diferente intensidade de tal proteção ou mesmo a arbitrariedade de sua seleção, em que pese sua apresentação universal, mantém-se toda uma estrutura analítica baseada na improvável missão do Direito Penal de "proteção de bens jurídicos".

Essa perspectiva parece adquirir novas nuances em face das hodiernas propostas de cisão entre a "criminalização tradicional" e "nova criminalidade[zação]", em que se confere ao Direito Penal, desigual por excelência, uma aparência de igualdade, já questionável desde seu ponto de partida eis que sua "efetividade", normalmente entendida como condenação, requer um novo modelo, que flexibiliza a tradição doutrinária liberal.[7]

Tratar o bem jurídico sob uma forma tutelar "*digere e neutraliza o efeito limitador da ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo*" ao impor a conclusão de que "*todo bem jurídico demanda uma tutela, ou instiga à criminalização sem lacunas*",[8] principalmente se os bens jurídicos são vistos como "os principais da humanidade" e o Direito Penal como "encarregado de proteger os principais bens jurídicos" que geram, inclusive "perigo para o futuro da humanidade".

Como a ofensividade é ofuscada pela pretensa tutela, e como a tutela não se verifica (só se afirma dedutivamente), acaba se debilitando a própria ideia de bem jurídico "*para cair na minimização do conceito e terminar afirmando que a função do direito penal se reduz a garantir a validade das expectativas normativas*".[9] Por trás

ANO 24 - Nº 284 - JULHO /2016 - ISSN 1676-3661

desta impossibilidade de verificação resta um único bem jurídico, a vontade do Estado porquanto acaba como o único juiz da premência e do vigor da ilusória tutela.

Desmistificadas, portanto, as funções legitimantes que se atribuem à pena, resta desmistificada a função dogmática tutelar (afirmativa), esse "*sonho narcísico que entorpece o pensamento e ofusca a realidade*".(10) O bem jurídico passa a ser entendido de forma contentora do poder punitivo (pela racionalização do que dele puder ser feita) e reposicionado de "qualidade de objeto de proteção" a "pressuposto de existência da norma", recapacita-se sua função negativa com a consequente plenitude de seu potencial transsistemático.

Por fim, evita-se, com isso, a "circularidade lógica" denunciada por **Alessando Baratta** (o Direito Penal se auto-oferece os critérios de validação porque auto-define os bens a serem tutelados), desmente-se o pressuposto consensual de sociedade e parcial do conflito, ou seja, da seleção que se dá em uma "comunidade homogênea" que busca "proteger-se de uma minoria desviante", polarizando a atenção do discurso para conflitos interpessoais e conflito entre indivíduo e sociedade enquanto excluem-se os conflitos estruturais e aqueles que se dão entre grupos sociais: "*o fato de que se legitimem certos objetos de tutela enquanto que outros são excluídos deste tratamento tendo por justificativa a 'relevância penal dos mesmos', deixa em aberto o tema da legitimação do direito penal baseado na sua qualidade instrumental*".(11)

Notas

(1) Batista, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 95.

(2) Zaffaroni, E. Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejadro. *Direito penal brasileiro:* Primeiro volume – Teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 228.

(3) Ramirez, Juan Bustos; Mallaré, Hermán Hormazábal. *Pena y Estado*. Disponível em: <http://papers.uab.cat/article/view/v13-bustos-hormazabal/pdf-es>. Acesso em: 23 jun. 2014. p. 126

(4) Santos, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 12.

(5) Idem, ibidem, p. 8. "*Os pressupostos não questionados desses objetivos* declarados são as noções de unidade (e não de divisão) social, de identidade (e não de contradição) de classes, de igualdade (e não de desigualdade real) entre as classes sociais, de liberdade (e não de opressão) individual, de salário equivalente ao trabalho (e não de expropriação de mais-valia, como trabalho excedente não remunerado) etc." Guilherme Merolli faz referência a "falsa universalidade do bem jurídico" mencionando também a sempre grande importância historicamente atribuída aos crimes contra o patrimônio e a vaga incriminação das condutas afetas às classes sociais hegemônicas que contribuem para sua contínua imunização como regra geral do sistema penal. Alessandro Baratta fala da função simbólica do Direito Penal que sob o pretexto de atingir "um apanhado de criminalizações essencialmente decorativas", por via transversa, "acabam por produzir uma encarniçada relegitimação discursiva em favor do enrijecimento do Direito Penal Convencional". Salo de Carvalho fala na proteção de bens jurídicos como uma "missão metafísica" que se atribui ao Direito Penal. Também questionam a função protetiva que se atribui ao bem juridico, de alguma forma: Castro, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005 (Col. Pensamento Criminológico, v. 10); Merolli, Guilherme. *Fundamentos críticos de direito penal*. Dos princípios penais de garantia. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014; Baratta, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 5-24; Ramírez, J. Bustos. *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: Ed. Promociones Publicaciones Unversitárias, 1987; Tangerino, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 5; Batista, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 33; Tavares, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 174 e ss.; Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24; Zaffaroni, E. Raúl; Batista, Nilo et. al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume... p. 226 e ss.; Matías, Eidem. *Bien jurídico y límites al poder punitivo*. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com>. Acesso em: 26 maio 2014; Carvalho, Salo de. A ferida narcísica do direito penal: crítica criminológica à dogmática jurídico-penal. IN: *AntiManual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 90 e ss. O autores e autoras se remetem, em último caso a Pachukanis: "O fetichismo da mercadoria se completa com o fetichismo jurídico" (Pachukanis, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 75).

(6) Legitima-se "junto ao poder punitivo, a orfandade da vítima e o conseqüente direito do estado a desprotegê-la. A invocação da vítima é discursiva, mas o modelo a abandona sem solução" (Zaffaroni, E. Raúl; Batista, Nilo et. al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume... p. 227).

(7) Merolli, Guilherme. Op. cit., p. 113.

(8) Zaffaroni, E. Raúl; Batista, Nilo et. al. *Direito penal brasileiro:* primeiro volume ... p. 227.

(9) Idem, Ibidem.

(10) Carvalho, Salo de. A ferida narcísica... p. 94-98.

(11) Baratta, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas... p. 10.

Lívia Maria Silva Macêdo
Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho
COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Suguimori Santos.

CONSELHO EDITORIAL:
Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emy Rebouças Imasaki, André Felipe Pellegrino, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D´Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Pimenta Coelho Machado, Beatriz Ferreira Jubilut, Bruna Nascimento Nunes, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, Carlos Domênico Viveiros, Caroline Braun, Cecilia de Souza Santos, Cecilia Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Daniel Leonhardt dos Santos, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Evandro Camilo Vieira, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Balera, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Fernando Lacerda, Felício Nogueira Costa, Flávia Guimarães Leardini, Frederico Manso Brusamolin, Gabriel Huberman Tyles, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Silveira Braga, Guilherme Suguimori Santos, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, João Jacinto Anhê Andorfato, Jamil Chaim Alves, Jorge Miguel Nader Neto, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanno Gonçalves Leone Louveira, Leonando Biagioni de Lima, Luan Benvenutti Nogués Moyano, Luis Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marina Ludovico Bruno, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Herren Falivene de Sousa, Matheus Silveira Pupo, Milene Cristina Santos, Matheus Herren Falivene de Sousa, Milene Mauricio, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Paulo Sergio Guardia Filho, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Pedro Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael de Souza Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanziola Vieira, Renata Macedo Souza, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall´Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Sâmia Zattar, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vinícius Lapetina, Wilson Tavares de Lima e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:
Arthur Martins Soares, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Daniel Del Cid, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefanno Leone Louveira, Ludmila Bello, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Mauricio, Milton Alexandre do Nascimento, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Morais, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thaís Marcelino Resende, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Alberto Silva Franco, Maria Cláudia Girotto do Couto, Renato Watanabe de Morais e Suzane Cristina da Silva.

EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho e Willians Meneses.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.com.br

REVISÃO: Microart - Tel.: (11) 3013-2309
microart@microart.com.br

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

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 representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:
Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

Os atos preparatórios na nova Lei "Antiterrorismo"

João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem

Com o advento da Lei 13.260/2016, a conhecida Lei "Antiterrorismo", uma questão veio à tona em relação à sua estrutura dogmática. O novel diploma prevê a possibilidade de punição criminal para os atos preparatórios daquilo que está definido como terrorismo, para os quais a pena cominada "*correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade*" (art. 5.º). Apresenta-se, pois, uma exceção à regra dominante de que a punibilidade surge a partir do primeiro ato executório, o que representa um perigo a um dos mais caros princípios do Direito Penal: o da legalidade.

Conforme a doutrina tradicional, o *iter criminis* (caminho do crime) tem seu início na cognição do agente, desenvolve-se com os atos preparatórios, tem seu limiar de concretização com os atos executórios e é finalizado com a consumação. Obviamente, a cognição é impunível porque não é legítima a responsabilidade penal pelo simples pensamento. A mera vontade de praticar um ato ilícito não pode ser objeto de punição dado o seu inexistente potencial lesivo. A imposição de responsabilidade penal aos pensamentos significaria verdadeira demonstração de um direito penal da pessoa, que se contrapõe ao Direito Penal do fato.

Os atos preparatórios, aqueles que antecedem a fase da execução, somente são puníveis quando constituem um tipo penal autônomo, ou seja, quando possuem seu próprio *iter criminis*. Por exemplo, quando alguém adquire ilegalmente uma arma de fogo com o intuito de praticar um roubo, a aquisição dessa arma é punível com fundamento no Estatuto do Desarmamento, não como ato preparatório do roubo. E qual a razão da impunidade dos atos preparatórios? O Direito Penal não pode se antecipar à execução para punir, com a presunção de que o comportamento suspeito será o início de um ato ilícito. Enquanto não houver o início da execução, deve-se presumir que a conduta é lícita (princípio da presunção de inocência); tanto que se o ato preparatório, por si, representar um perigo a um bem jurídico, a própria legislação o reconhece como um tipo penal autônomo.

Assim, em conservação ao princípio da lesividade, o mínimo que se exige para responsabilizar penalmente alguém é a maior proximidade de perigo ao bem jurídico tutelado. Para isso, é necessário que haja um bem jurídico definido, relevante e indispensável para a convivência harmoniosa em sociedade. Quando se fala em terrorismo, ocorre um primeiro problema: qual o bem jurídico tutelado? Há realmente um bem jurídico palpável a ser tutelado ou temos uma norma de precaução, que criminaliza determinados comportamentos apenas porque devem ser proibidos? Na hipótese de normas de precaução, nota-se uma elevação dos crimes de perigo abstrato, os quais presumem uma situação de perigo ao bem tutelado, este nem sempre definido ou palpável.

A tipificação da nova lei está estruturada da seguinte forma: primeiro, define-se o terrorismo; depois, descrevem-se as formas como o terrorismo pode ser praticado; por fim, declaram-se as situações que não se enquadram no conceito inicial. Deve haver a conjugação de pelo menos um dos comportamentos descritos (art. 2.º, § 1.º) com a finalidade específica de praticar o terrorismo (art. 2.º, *caput*). Ademais, por exclusão (art. 2.º, § 2.º), tais comportamentos não podem configurar "*manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei*".

Não bastasse a dificuldade em definir terrorismo, o legislador emplacou a punição aos atos preparatórios (art. 5.º). Quer dizer, se o crime de terrorismo consumado já é complexo, pois depende da combinação de diversas elementares, tanto de ordem objetiva quanto subjetiva, seus atos preparatórios exigem ainda mais cautela. Na cabeça do intérprete, qualquer coisa poderá ser ato preparatório para o terrorismo. Vejamos alguns exemplos: (1) um sujeito decide viajar a um país conhecido por abrigar grupos extremistas; (2) estudantes que, por meio de fóruns de discussão na internet, discorrem sobre a "opressão do ocidente contra o oriente" e, determinado dia, decidem se reunir pessoalmente; (3) numa conversa interceptada, um dos interlocutores, de forma jocosa, diz que gostaria de "explodir" o Congresso Nacional.

Cada um desses exemplos pode, a juízo do intérprete, configurar ato preparatório de terrorismo, o que permitiria antecipar a punição por comportamentos que sequer seriam praticados. Nos exemplos citados, o sujeito pode ter viajado a turismo, como os estudantes teriam se reunido apenas para conversar e o interlocutor da conversa não tem a mínima noção de como lidar com explosivos. Pior situação é o intuito de praticar outros crimes que não sejam o terrorismo e o ato preparatório não puder ser punido. O sujeito compra um pacote de veneno porque quer provocar diversas mortes, porém, sem o dolo de provocar "terror generalizado", em uma pequena comunidade, pela contaminação da água potável que chega aos cidadãos. Se esse sujeito for interceptado a caminho da represa, com o pacote de veneno, sem iniciar os atos de execução, não poderá ser punido criminalmente. Entretanto, se houver o dolo específico do terrorismo, caberá a punição.

A necessidade de tantas elementares para a configuração do terrorismo pode conduzir a duas respostas opostas: ou o fato dificilmente será considerado terrorismo, pela dificuldade de provas de todos os elementos típicos, ou qualquer coisa poderá ser terrorismo, pois os obstáculos para provar as elementares levará o intérprete a uma análise superficial do fato. Logo, independentemente da opção eleita, infere-se que a técnica legislativa empregada é ofensiva ao princípio da legalidade.

O problema se agrava para se determinar os atos preparatórios, uma vez que os tipos abertos de terrorismo se tornam escancarados. Acrescenta-se verdadeira violação ao princípio da proporcionalidade na cominação das penas aos atos preparatórios. Na lei não há preceito que regule tratamento punitivo diverso à tentativa. Logo, aplica-se a regra geral contida no Código Penal (art. 12). Com efeito, a tentativa de qualquer das condutas conjugadas (§ 1.º com o *caput* do art. 2.º) poderão ser punidas de forma mais branda que um mero ato preparatório dessa mesma ação. Veja-se que o máximo de diminuição de pena pela tentativa corresponde a dois terços, ao passo que a redução pela prática de atos preparatórios é, no máximo, de metade. Tal interpretação, parece ser uma afronta ao princípio da proporcionalidade

Acreditamos que a solução menos complicada seria não definir o terrorismo, mas somente descrever as condutas que possam gerar insegurança individual e/ou coletiva, como motivo de alarme social ou de medo anormal. Estes comportamentos incomuns, aparentemente ilícitos, que poderiam configurar atos preparatórios de terrorismo,

ANO 24 - Nº 284 - JULHO /2016 - ISSN 1676-3661

deveriam ser tipificados autonomamente, como normas de precaução, nos limites da legitimidade do perigo abstrato. Os comportamentos comuns, mesmo que destinados à prática de atos de terror, não podem ser punidos criminalmente. Não se pode partir de uma presunção de que qualquer conduta praticada por uma pessoa suspeita, necessariamente, desdobrará em um atentado.

Tudo o que foi dito até agora, de forma alguma, rejeita as estratégias que devem ser aplicadas no combate aos atos de terrorismo. O que se repudia é a falta de cautela na criminalização de condutas, especialmente com a criação de tipos penais abertos, cuja interpretação permite abranger qualquer conduta, seja ou não perigosa, a depender do intuito punitivo do profissional jurídico. Ao que parece, não há necessidade de mudança legislativa no plano material. O combate ao terrorismo demanda serviço de inteligência das forças de segurança, maior eficiência na investigação e cooperação internacional. Não há lei que sobreviva à falta de estratégia nas políticas de segurança pública.

João Paulo Orsini Martinelli
Professor adjunto da Universidade Federal Fluminense.
Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP.
Pós-Doutor em Direitos Humanos pela
Universidade de Coimbra.

Leonardo Schmitt de Bem
Professor adjunto da Universidade Estadual
de Mato Grosso do Sul.
Doutor em Direito Penal pela Università
degli Studi di Milano, Itália.
Doutor em Direitos e Liberdades Fundamentais pela
Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha.

Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do *compliance officer*

José Danilo Tavares Lobato e Jorge Washington Gonçalves Martins

O Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, editado pela Presidência da República, prevê, em seu art. 42, inciso IX, a figura do "*responsável pela aplicação do programa de integridade*", inovando nosso ordenamento jurídico. O art. 42 do citado ato normativo elenca o rol de parâmetros a serem avaliados na determinação da efetividade dos programas de *compliance*, dentre os quais se destaca a previsão de um setor independente voltado à aplicação e à fiscalização dos programas de integridade. Esse setor compõem-se dos chamados *compliance officers*.

De um modo geral, argumenta-se, na seara penal, que os programas de integridade têm como finalidade precípua evitar riscos de responsabilidade criminal[1] por meio da imposição de uma série de regras e procedimentos preventivos dirigidos a todos os colaboradores da empresa, ou seja, desde funcionários subalternos até altos executivos.[2] De um modo geral, compete ao *compliance officer*, como atribuições básicas, desenvolver e gerir o programa de integridade, criar regras e aprimorá-las permanentemente, apoiar a direção da empresa, inclusive, nos processos negociais, fornecer aconselhamento preventivo e treinamento aos integrantes da organização empresarial, introduzir e coordenar os meios de controle para manter o respeito às normas do programa, detectar antecipadamente os desvios, informar frequentemente aos conselhos de direção acerca da situação do programa, de novos riscos identificados e das medidas preventivas, além de executar e/ou coordenar investigações internas e tomar, junto com os diretores, medidas disciplinares punitivas e as destinadas a eliminar os âmbitos de vulnerabilidade da empresa.[3] Essa extensa gama de atribuições embasa um crescente risco de responsabilização penal do *compliance officer* que atue de forma defeituosa no exercício de sua atividade de prevenção criminal no âmbito das atividades da empresa.[4] No entanto, pouco se tem avançado, na doutrina pátria, sobre a formulação dos critérios que poderiam estruturar a imputação, a título de comissão por omissão, ao *compliance officer*, de um resultado delitivo produzido dentro do seu âmbito de competência funcional.

O ponto de partida dessa imputação encontra-se na transferência de uma suposta posição de garantia que o empresário deteria em relação aos atos de seus subordinados. Assim, argumenta-se que a posição jurídica do *compliance officer* não é originária senão derivada do próprio empresário por delegação de funções.[5]

Nesse tocante, importa frisar a existência de uma diversidade de entendimentos sobre a questão. De um modo geral, **Silva Sánchez** identifica duas posições doutrinárias merecedoras de nota, ambas baseadas no dever de vigilância. A primeira, cuja elaboração atribui a **Schünemann**, sustenta que o empresário, devido ao domínio hierárquico – poder jurídico e fático – que exerce sob seus empregados, além da superioridade informativa em relação a estes, pode controlar as causas do resultado. Já a segunda, defendida pelo próprio **Silva Sánchez**, postula que o empresário deve controlar os perigos que derivam da sua esfera de competência organizacional.[6] Como se pode observar, esse entendimento se aproxima da ideia da responsabilidade por competência organizacional de **Jakobs**.[7] A posição de **Schünemann** aparenta trazer um requisito a mais à fundamentação da posição de garantia, já que exige do superior hierárquico domínio da fonte de perigo para que se lhe possa imputar o delito causado por um de seus subordinados. Contudo, em que pese sua enorme contribuição à delimitação da responsabilidade do empresário, essa posição, a rigor, não resolve satisfatoriamente o problema da imputação quando se lida com sociedades empresariais complexas. Sobre isso, explica **Feijoo Sánchez** que as sociedades empresariais complexas caracterizam-se pela fragmentação das condutas, decisões e conhecimentos de tal forma que o empresário tem apenas uma visão geral e superficial das atividades que ocorrem dentro da organização empresarial.[8] Por esse motivo, em face dos vários órgãos descentralizados da empresa, haveria

um déficit na direção e no controle dos superiores hierárquicos, ou seja, os diretores da empresa não deteriam um poder de mando mínimo que legitimasse sua posição de garantia frente ao controle dos resultados produzidos por seus subalternos.(9)

No entanto, apesar do acerto do princípio da autorresponsabilidade penal, deve-se ressaltar que esse axioma não vem encontrando eco na formação de uma recusa teórica à atribuição ao empresário e, consequentemente, ao *compliance officer*, dos crimes praticados por seus subordinados. Para **Robles Planas**, a autorresponsabilidade do empregado não impõe nenhum obstáculo à imputação do fato ao empresário se ele descumprir seu dever de evitar a ocorrência de crimes no curso da atividade empresarial.(10) Nessa linha, ao argumento de ser delegatário das funções do empresário, majoritariamente, atribui-se, ao *compliance officer*, a posição de agente garantidor.(11) Em termos práticos, afirma-se que a assunção – formal e material – das funções de vigilância e controle de uma fonte de perigo gera uma transformação na obrigação geral de prevenir crimes,(12) de modo que o garantidor originário – empresário – "exonera-se" da obrigação de, diretamente, vigiar e controlar a fonte de perigo, apesar de permanecer na posição de garantia em tarefas residuais, tais como a supervisão do delegado. Nessa perspectiva, a função de agente garantidor transfere-se ao *compliance officer* que, portanto, torna-se o principal responsável pela atividade de controle de riscos, afinal, a delegação de funções suporia a delegação da posição de garantia à pessoa encarregada.(13)

Bermejo e **Palermo** verificam três fases de atuação do *compliance officer*: a primeira toca à montagem, isto é, à elaboração do programa de integridade voltado à prevenção de riscos criminais no âmbito das atividades empresariais. Esse programa deve ser aprovado pelos órgãos diretivos para ter existência na vida empresarial. A segunda fase consiste na execução do programa. Nessa etapa, o *compliance officer* capacita e difunde o programa de integridade entre os funcionários, além de implementar os processos e as medidas de identificação, controle, comunicação e mitigação dos riscos criminais próprios da atividade empresária. A terceira fase trata do controle interno, quando, finalmente, o *compliance officer* exerce, faticamente, a gestão do risco por meio da administração dos procedimentos de *compliance* anteriormente implantados, de modo a identificar possíveis infrações e a reportar os fatos apurados aos seus superiores. Para **Bermejo** e **Palermo**, em tese, poder-se-ia responsabilizá-lo em qualquer uma dessas fases, tanto por dolo quanto por culpa, caso não cumpra devidamente suas obrigações,(14) o que, contudo, em nosso sentir, denota um excesso e traz o risco de uma responsabilização penal objetiva.

Por outro lado, como não há um tipo penal específico que incrimine o *compliance officer* pelo mero descumprimento de suas funções, cumpre reconhecer que esse profissional somente poderá ser responsabilizado recorrendo-se à estrutura típica da omissão imprópria, ou seja, por meio da construção de um dever de evitar a prática de crimes que sejam correlatos à atividade empresarial e estejam dentro do âmbito de sua competência profissional. Assim, por exemplo, se o *compliance officer* não vigiar o cumprimento do seu programa e, em razão dessa falha, crimes forem cometidos dentro de sua esfera de atribuições, sua responsabilização tornar-se-ia factível caso deixasse de reportar aos seus superiores os indícios da prática de crimes que, mediante sua comunicação, pudessem ter sido evitados. Em contrapartida, se o *compliance officer* identificar os autores de um crime ocorrido dentro de seu âmbito de competência e reportar, a seus superiores, as informações obtidas, ainda que estes nada façam, ele estará exonerado, uma vez que não ostentaria poder de correção e nem o dever de informar as autoridades públicas.(15) No mesmo sentido, trabalha-se a hipótese em que, apesar do cumprimento adequado do dever de vigilância, não se logra impedir a ocorrência de crimes, posto que o dever de vigilância da posição de garantia é de meio e não de fim, do contrário, responsabilizar-se-ia objetivamente o *compliance officer*.

No entanto, cumpre ter em mente que eventual responsabilidade do gestor do programa de integridade será sempre delegada e decorrente da transferência – ainda que parcial – da posição de garantia que, concreta e juridicamente, os diretores da empresa ocupem. Por isso, equivoca-se a perspectiva dominante ao partir de uma posição de garantia apriorística dos membros da direção empresarial. Em realidade, ao insistir no uso de uma metodologia puramente dedutiva e cega à realidade, a dogmática penal empobrece o debate de suas categorias e enfraquece-se. Para analisar a responsabilidade do *compliance officer*, é imprescindível que, primeiramente, seja devidamente estabelecido e esclarecido o plexo de deveres jurídicos do empresário, o que, até o momento, não encontra uma resposta satisfatória, seja na doutrina, na Lei Anticorrupção ou no Decreto presidencial 8.420/2015. Nesse tocante, registre-se que tanto a lei quanto o decreto são lacônicos. De todo modo, para que o debate evolua e não seja meramente circular, torna-se necessário assumir uma mudança metodológica que troque um pensamento puramente dedutivista por um que, em um primeiro momento, se construa tópica e indutivamente e que, somente em um segundo, se conjugue a uma análise dedutivista.(16) Em outros termos, a permanecer com a metodologia atual, tendemos a seguir fomentando um debate acadêmico dotado de muita esterilidade prática e que, por consequência, pouco serve de norte técnico à redução das intuições – majoritariamente de cunho punitivista – da Justiça Criminal.(17)

Notas

(1) Bock, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. In: Kuhlen, Lothar; Montiel, Juan Pablo; Ortiz de Urbina, Íñigo. *Compliance y Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 107.

(2) Benedetti, Carla Rahal. Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 59, p. 315, jan. 2013.

(3) Moosmayer, Klaus. Anforderungen an den Compliance-Beauftragten. In: Rotsch, Thomas (org.). *Criminal Compliance*. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 209.

(4) Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH) valeu-se, como argumento obter dictum, da regra da posição de garantia para fundamentar a condenação de um diretor de um departamento jurídico de controle interno de uma empresa de direito público alemã. No julgado, ressalvou-se que se o diretor tivesse comunicado os crimes descobertos ao Presidente do Conselho de Administração ou ao Presidente do Conselho de Supervisão teria se exonerado da posição de agente garantidor: Moosmayer, Klaus. Op. cit., p. 207. Uma forte crítica a esse julgado em: Rotsch, Thomas. Wider die Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten. In: Schulz, Lorenz et al. (orgs.). *Festschrift für Imme Roxin*. Heidelberg: C.F. Müller, 2012. p. 485-500.

(5) Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar. La Intervención Delictiva del Compliance Officer. In: Kuhlen, Lothar; Montiel, Juan Pablo; Ortiz de Urbina, Íñigo. *Compliance y Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 178.

(6) Silva Sánchez, Jesús-Maria. Deberes de Vigilancia y Compliance Empresarial. In: Kuhlen, Lothar; Montiel, Juan Pablo; Ortiz de Urbina, Íñigo. *Compliance y Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 83 e 84.

(7) Jakobs argumenta que os crimes comissivos e omissivos possuem, por um lado, fundamento na competência de organização e, por outro lado, na competência institucional. Jakobs, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 267.

(8) Feijoo Sánchez, Bernardo José. Autoría y Participación en Organizaciones Complejas In: Bacigalupo Saggese, Silvina et. al. *Gobierno Corporativo y Derecho Penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008. p. 192.

(9) Nesse tocante, cf.: Carrión Zenteno, Andy; Urquizo Videla, Gustavo. La Responsabilidad Penal del Oficial de Cumplimiento en el Ámbito Empresarial: Un Breve Análisis Comparativo entre Alemania-Perú y EEUU. In: Ambos, Kai; Caro Coria, Dino Carlos; Malarino, Ezequiel. *Lavado de Activos y Compliance: Perspectiva Internacional y Derecho Comparado*. Lima: Jurista Editores, 2015. p. 381.

(10) Robles Planas, Ricardo. El Responsable de Cumplimiento ("Compliance Officer") ante el Derecho Penal. In: Silva Sánchez, Jesús-María; Montaner Fernández, Raquel. *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y Reacciones Corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p. 322.

(11) Importante destacar que nem sempre o *compliance officer* será garantidor. Essa posição é composta por um rol de atividades que variam muito de empresa para empresa. Assim, é possível que, em certo grupo empresarial, o *compliance officer*

não tenha assumido, nem no contrato de trabalho, nem faticamente, o dever de evitar a prática de crimes relacionados à atuação empresária, mas tão somente a obrigação de avaliar os riscos existentes e sugerir medidas de prevenção à diretoria. Afirmações de que o "*compliance officer* é sempre garantidor", sem qualquer ressalva, são equivocadas. Cf.: Dopico Gomez-Aller, Jacobo. Posición de Garante del Compliance Officer por Infracción del "Deber de Control": una Aproximación Tópica. In: Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán. El Derecho Penal en la Era Compliance. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p.170.

(12) Carrión Zenteno, Andy. Urquizo Videla, Gustavo. Op. cit., p. 380.

(13) Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar. Op. cit., p. 181-183.

(14) Idem, ibidem.

(15) Dopico Gomez-Aller, Jacobo. Op. cit., p. 189.

(16) Ainda que se recuse o funcionalismo penal, permanece válida a crítica de Roxin à impropriedade dos sistemas dedutivos fechados oriundos de supraconceitos valorativos e a aos perigos da desconsideração da justiça do caso concreto pelo pensamento sistemático: Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. München: C.H.Beck, 2006. p. 232.

(17) Sobre o comportamento judicial, cf.: Schünemann, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Trad. José Danilo Tavares Lobato. Revista Liberdades, São Paulo, n. 12, p. 30-50, set.-dez. 2012.

José Danilo Tavares Lobato
Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito.
Professor e Líder do Grupo de Pesquisas Ciências Criminais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ.

Jorge Washington Gonçalves Martins
Membro do Grupo de Pesquisas Ciências Criminais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ.
Graduando em Direito – UFRRJ

Informação relevante e o crime de *insider trading*: limites para interpretação do tipo penal

Evandro Camilo Vieira

Desde a edição da Instrução CVM 31/84, relevante é o fato ou ato, decidido em assembleia, nos órgãos da companhia aberta ou em seus negócios que possam influir de modo ponderável na cotação dos valores mobiliários, na decisão dos investidores em negociá-los ou exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia.

Neste rumo, o órgão regulador entende que há dever de informar atos ou fatos que tenham a potencialidade de influenciar[1] na cotação de valores mobiliários, pois a dinâmica do mercado tornaria impossível de se provar a efetiva e concreta influência, perdendo a essência do objetivo da vedação ao uso da informação privilegiada: a assimetria informacional,[2] que traria ao mercado distorções de precificação,[3] crises de rentabilidade e liquidez das ações, além de privilégios indevidos àqueles que se utilizam da informação privilegiada de dentro da companhia em detrimento daqueles que obtêm informações públicas.[4] A ideia, portanto, de um mercado público livre e aberto é construída por um preço justo refletido a partir do fomento do mercado de capitais de maneira eficiente e competitiva, mantendo a dinâmica de oferta e compra longe de práticas desonestas.

O *full disclosure*, como princípio da ampla divulgação de informações, é o pressuposto fundamental do mercado de capitais, orientando todas as normas que regulamentam este setor do mercado financeiro.[5] O sistema normativo americano, que influenciou o sistema brasileiro, a partir do caso SEC *v.* Texas Gulf Sulphur Co.,[6] produziu a teoria *Disclose or Abstein Rule* consistente na responsabilização por *insider trading* do sujeito que negociar valor mobiliário – violando um dever fiduciário – ao divulgar informação relevante a que tiver acesso anteriormente à operação. Neste caso, após encontrado um valioso depósito de minerais no Canadá, *insiders* transacionaram quantias vultosas em valores mobiliários de sua emissão, antes da divulgação pública deste fato relevante, dando ensejo a sua punição.

Atualmente, considera-se relevante[7] para a CVM, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável: "*I – na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados; II – na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários; III – na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados*".[8]

O Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente questão relacionada ao alcance do elemento normativo "informação relevante", previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976, entendendo que "*compete ao aplicador da lei a valoração em concreto da relevância da informação, conforme o momento e a realidade em que ocorreram, até porque o rol mencionado não é taxativo, mas exemplificativo*".[9]

Como se vê, por mais que o julgado tenha admitido a índole normativa do elemento "informação relevante", constante no tipo penal, o equívoco foi considerar, para fins penais, apenas exemplificativo o rol de informações relevantes previstos na Instrução CVM 358/02, que complementaria a norma penal em branco.

Desta forma, considerar referido rol como exemplificativo implica numa interpretação que considere "informação relevante" qualquer ato ou fato que possa *influir de modo ponderável* nas conseqüências previstas nos incisos I ao III do art. 2.º da Instrução CVM 358/02, tornando o tipo penal altamente abstrato e de difícil delimitação.

Como se não bastasse, pode-se permitir a punição de uma ação em momentos que esta sequer se torna concreta, factível e específica, ampliando exponencialmente o espectro punitivo da norma penal e causando incerteza sobre o atuar proibido[10]. Por isso, indaga-se: o

Direito Penal admitiria interpretar um elemento normativo com tanta subjetividade? É permitido ao juiz valorar o momento em que uma informação torna-se relevante?

Tiedemann, denunciando a figura da "ambivalência normativa" caracterizada pelo uso, no Direito Penal Econômico, de cláusulas gerais, aduz que estes devem ser entendidos como elementos normativos indeterminados, adquirindo conteúdo normativo de amplitude variável com o fim de possibilitar a adaptação para mudança de concepções e contextos, sem a necessidade de alterações legislativas; entretanto, propõe a obrigatoriedade do uso do sentido técnico da palavra, que em observância ao princípio da taxatividade dirigido ao juiz, impõe uma interpretação restritiva da norma jurídica indeterminada como forma de garantir um juízo seguro e previsível da conduta punível, inclusive para que "*la interpretación penal no deb[a] ir más allá del ámbito de aplicación de la regulación del Derecho económico (o civil)*".[11]

Prado sustenta a necessidade de "*evitar o* arbitrium judicis *através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos*".[12]

A par disso, uma tradição liberal – especialmente no mercado de valores mobiliários – exige que as proibições dirigidas aos agentes econômicos sejam claras o suficiente para que seus destinatários possam transitar, sem aflições e inseguranças, entre o atuar permitido e proibido.[13] Entretanto, como critica **Rios**,[14] o princípio da legalidade vem sofrendo uma insatisfatória realização com a tendência de política criminal voltada ao excesso de elementos normativos na descrição típica da tutela penal dos interesses difusos. **Claus Roxin**,[15] no mesmo rumo, não desconsidera os tipos penais abertos ou o uso de cláusulas gerais valorativas no Direito Penal, apenas restringindo a criação de um tipo tão aberto que deixasse ao intérprete a verdadeira delimitação do proibido.

Por isso, importante ponderar que para parte da doutrina, a diferença entre o tipo administrativo e o tipo penal é justamente porque "*ao contrário do Direito Penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja, no Direito Administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono de cargo: A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como 'falta grave', 'procedimento irregular', 'ineficiência do serviço', 'incontinência pública', ou outras infrações previstas no modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim deve ser levado em consideração a gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço público*".[16]

Portanto, o tipo administrativo pode ser expresso "através de comandos normativos proibitivos ou impositivos que trazem ora minudentes descrições, ora padrões vagos, para a definição do ilícito administrativo e do ilícito disciplinar, constituindo tipificações fluidas, abertas, flexíveis",[17] e o tipo penal deve ser taxativo e estar previsto em lei.[18]

Evidentemente que os tipos infracionais administrativos são diferentes dos tipos penais, sendo possível que a CVM, em seus julgados, amplie a extensão do que se refere "informação relevante" para além das hipóteses especificadas no art. 2.º, parágrafo único, da Instrução CVM 358/02.

Com efeito, o STJ admite que a informação relevante não se submete à efetiva realização da OPA (Oferta Pública de Ações), mas na possível realização, aliás, é este o posicionamento da CVM, representado pelo voto do Diretor Pedro Oliva Marcílio de Souza no âmbito do Processo Administrativo Sancionador CVM RJ2006/5928, julgado em 17.04.2007: "*não se exige que a informação seja definitiva ou esteja formalizada para que se considere um fato relevante e, portanto, sujeito ao dever de divulgação. Basta que a informação não seja meramente especulativa, mera intenção, não baseada em fatos concretos. Informações sobre atos bilaterais (contratos, reestruturações societárias, etc.) podem ser divulgáveis, independentemente de consenso entre as partes, desde que uma delas já tenha tomado a decisão de realizar o negócio, fazer uma oferta de compra ou tenha a intenção de prosseguir uma negociação ou concluir uma negociação em andamento. Nesses casos, divulga-se a intenção, mas não a conclusão do negócio*".

Contudo, não obedece ao princípio da taxatividade, o juízo valorativo sobre uma norma que não apresenta um conteúdo claro e objetivo quanto ao que se quer proibir, como é o caso da expressão "influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários" para justificar a vedação ao uso de informação relevante (art. 155, §§ 1.º e 4.º da Lei 6.404/76) e incidência da norma penal incriminadora. Ou seja, proíbe-se o resultado (influir de modo ponderável[19] na cotação de valores mobiliários), sem saber, abstratamente, qual a conduta que efetivamente está proibida, necessitando que o défice de legitimidade do crime de perigo abstrato em relação ao princípio da taxatividade seja "*contrabalanceado pela extraordinária minúcia que o legislador o põe, deve pôr, na descrição das condutas proibidas*".[20]

Isso porque o Direito Penal pune condutas, os resultados podem ser significativos a depender do tipo, mas ainda assim é preciso haver uma conduta proibida sem expressões ambíguas, diante da dificuldade dos "*administradores preverem eventuais reflexos, no mercado, de certos atos ou fatos da sociedade, sabendo-se que as reações daquele nem sempre são ditadas pela lógica e pelo bom senso*".[21]

Em outras palavras, o resultado pode ser alcançado *ex post* (influência de modo ponderável na cotação de valores mobiliários) mas os *insiders* não puderam prever tal conseqüência, numa perspectiva *ex ante*, em razão da falta de lógica e bom senso que muitas vezes conduzem referido mercado, ou então, pelo efeito cumulativo de vários fatos ou atos que juntos liberaram o curso causal do tipo penal, mas que isoladamente não poderiam obter o resultado vedado pela norma penal incriminadora.

Como aponta **Costa**, os ilícitos penais e administrativos diferenciam-se apenas normativamente não havendo razão para discutir diferenças ontológicas, ou seja, os ilícitos seriam diferenciados por imposições normativas ao legislador para criação e estrutura jurídica.[22] A mesma autora ainda indica que na estrutura jurídica para a criminalização de condutas, impõe-se a observância de afetação a bem jurídico-penal, com respeito a fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, e ainda, respeito a regras de proporcionalidade e legalidade. Já aos ilícitos administrativos que ostentam requisitos menos rígidos, deve-se observar o núcleo dos direitos fundamentais, a legalidade e a proporcionalidade.[23]

Por isso, a interpretação que deve ser dada à expressão "informação relevante" contida no tipo penal é no sentido de que o uso indevido de informação privilegiada somente ocorreria para aqueles que tiveram contato com esta após determinado ato ou fato adquirir viabilidade concreta[24] apresentando-se como uma informação específica, precisa,[25] determinada e com potencialidade de ser executada, bem como, a incidência do tipo penal somente se justificaria se a conduta

adequar-se ao rol dos fatos relevantes previstos no art. 2.º, parágrafo único, da Instrução CVM 358/02.

Não se pode aceitar que as normas penais em branco possam arbitrariamente dispor de suas próprias competências,(26) permitindo que o aplicador do direito, no caso o juiz, interprete um complemento extrapenal que não respeite a clara descrição da conduta proibida ao sujeito, realizando juízo de valor e oportunidade sobre determinada informação ao afirmar sua relevância a partir de seu efeito (resultado) e não da conduta que é proibida.

Portanto, inobstante a necessidade da informação ter viabilidade concreta,(27) para a solução da amplitude e a imprecisão do conteúdo do termo "informação relevante", propõe-se que para a subsunção ao tipo penal previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976, não basta ser informação que tenha a potencialidade de ser relevante ou produzir efeitos no mercado de capitais segundo o intérprete ou perito. Esta informação deve ser concretizada por meio das ações inequívocas que a CVM regulamenta como imposição do dever de divulgar, guardar segredo ou não se aproveitar, que em observância ao princípio da taxatividade, somente se aperfeiçoa nas condutas descritas no rol enumerado no art. 2.º, parágrafo único, da Instrução CVM 358/02, que permitem caracterizar-se como complemento do elemento normativo "informação relevante".

Notas

(1) A CVM emitiu a nota explicativa 28/84 indicando sua posição a respeito da divulgação e uso de informações relevantes. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/anexos/nota/nota028.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

(2) Barros, Benedicto Ferri de. *O Mercado de Capitais dos Estados Unidos*. 2. ed. São Paulo: Bolsa de Valores de São Paulo, 1970. p. 333.

(3) Proença, José Marcelo Martins. Insider Trading – *regime jurídico do uso de informações privilegiadas no Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 140.

(4) Girão, Luiz Felipe de Araújo Pontes. *Assimetria informacional*, insider trading *e avaliação de empresas: evidências no mercado de capitais brasileiro*. (Mestrado em Ciências Contábeis) – Programa Multiinstitucional e Inter-Regional de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), João Pessoa, 2012.

(5) Calabró, Luiz Felipe Amaral. *Regulação e autorregulação do mercado de bolsa*. São Paulo: Almedina, 2011. p. 147.

(6) Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/401/833/324140/>. Acesso em: 22 abr. 2016.

(7) A CVM entendeu no Processo Administrativo 2002/1822, que a relevância da informação avalia-se por sua repercussão no valor da companhia, independentemente do rol exemplificativo da Instrução CVM 358/02.

(8) Brasil. CVM. Instrução 358, de 03.01.2002, art. 2.º.

(9) STJ, REsp 1.569.171-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 16.02.2016.

(10) Tavares, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 173.

(11) Tiedemann, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 107-115.

(12) Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 133.

(13) STF, RE 583523, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03.10.2013.

(14) Rios, Rodrigo Sanchez. Reflexões sobre o princípio da legalidade no direito penal e o Estado Democrático de Direito. *Fascículos Penais*, São Paulo: RT, ano 95, v. 847. p. 414-415, 2006.

(15) Apud Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal I – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 16.

(16) Di Pietro, Maria Sylvia Zannela. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 492.

(17) Dezan, Sandro Lúcio. *O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 55, 2005.

(18) Pimentel, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: RT, 1987. p. 52.

(19) Uma análise mais profunda da subjetividade do conceito de "informação relevante" e o sentido do termo "ponderável" foi feita por Nora Rachman (*O princípio do Full Disclosure no mercado de capitais*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999).

(20) Costa, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 645.

(21) Teixeira, Egberto Lacerda; Gerreiro, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979. v. 2, p. 477.

(22) Costa, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 192 e ss.

(23) Costa, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador:* ne bis in idem *como medida de política sancionadora integrada*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. p. 146.

(24) Puga, Arturo Prado. Acerca del concepto de información privilegiada en el mercado de valores chileno: su alcance, contenido y limites. *Revista Chilena de Derecho*. v. 30, n. 2, p. 241, 2003.

(25) Costa, José de Faria; Ramos, Maria Elisabete. *O crime de abuso de informação privilegiada – A informação enquanto problema jurídico-penal*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 49.

(26) Zaffaroni, Eugênio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 450.

(27) Costa; Ramos. *O crime*... cit., p. 50.

Evandro Camilo Vieira
Pós-graduado em Direito Penal Econômico (FGV/SP).
Coordenador do Grupo de Pesquisa
em Direito Penal Econômico da FGV/SP.
Advogado.

"Mas o que ela estava vestindo?": a violência sexual contra mulheres no Brasil

Flavia Aline de Oliveira

1. Introdução: a violência contra a mulher no Brasil

O Brasil é o quinto país no *ranking* mundial de violência contra a mulher, segundo um estudo da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais.(1) Ao ligar o noticiário, deparamo-nos com a violência contra a mulher em todos os lugares – jornais, como "Cidade alerta", relatam diariamente mortes de mulheres, estupros, meninas prostituídas aos 11 anos de idade. Essas notícias são parte da rotina brasileira, em que os dados confirmam um cotidiano violento: pelo menos 13 mulheres são assassinadas por dia no Brasil.(2)

Um cotidiano trágico que não é avaliado com o cuidado necessário. Vivemos em uma sociedade patriarcal e machista, na qual a violência contra a mulher é naturalizada.[3] Questiona-se: "o que ela estava vestindo?", "o que ela estava fazendo tão tarde na rua?", "quem mandou casar com vagabundo?". Essa culpabilização da vítima quanto à violência que ela sofreu é uma das bases que sustenta a alta tolerância (cultural e institucional) em relação à violência contra a mulher, o que dificulta a descoberta de soluções que tragam segurança e proteção para mulheres.[4]

O machismo é quase um espetáculo na cultura brasileira. Segundo a filósofa **Marcia Tiburi**: "*Não há no Brasil mulher que não tenha sofrido violência, que não tenha alguma mulher na família ou não conheça quem tenha sofrido violência. Não há quem não seja ou não conheça um sujeito ativo da violência contra as mulheres*". [5]

Para a sociedade e para a cultura machista em que vivemos, os corpos das mulheres não lhes pertencem, e se ela for violentada, ela é a culpada por isso – "ela pediu" de "alguma forma". Segundo a socióloga **Maria Minayo**: "*a concepção do masculino como sujeito da sexualidade e o feminino como seu objeto é um valor de longa duração da cultura ocidental*".[6] E essa mentalidade permanece e estimula o estupro num país em que mulheres já sofrem com um leque inteiro de opressões.

2. A violência sexual no Brasil

Violência sexual, uma expressão formal para estupro, é uma das violências contra mulheres mais antigas na história da humanidade. Para a autora **Susan Brownmiller**,[7] a descoberta dos homens de que sua genitália poderia ser uma arma capaz de gerar medo pode ser considerada uma das mais importantes descobertas da história. Para **Brownmiller** "*o estupro* (...) *é um processo consciente de intimidação através do qual os homens mantêm as mulheres sob a custódia do medo*".[8] Assim, diferentemente do que se diz popularmente, estupro não é um crime relacionado a desejo sexual: é sobre afirmar poder, reflexo do machismo e de uma sociedade que "coisifica" mulheres em "objetos sexuais".

Na concepção do masculino como sujeito da sexualidade e o feminino como objeto, para **Minayo**, no estupro "*realiza-se superlativamente a dissociação entre o sujeito e o objeto da sexualidade, entre o apoderamento sexual do outro e a anulação da vontade da vítima*".[9] E mesmo que os estupradores confessem que forçaram suas vítimas, eles também acreditam que "no fundo" elas queriam, onde se evidencia a visão do ser feminino como objeto no ato, em que a vontade da mulher é interpretada pelo sujeito da sexualidade como ele entende, e não como ela está transmitindo, pois o medo da vítima é para o agressor uma confirmação de seu poder.

Um medo que faz sentido para mulheres. Segundo uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada,[10] apenas em 2011, foram notificados no Sinan[11] 12.087 casos de estupro no Brasil, considerando que somente 10% das vítimas denunciam o crime. Segundo o estudo, "*88,5% das vítimas eram do sexo feminino, mais da metade tinha menos de 13 anos de idade, 51% dos indivíduos eram de cor preta ou parda e apenas 12% eram ou haviam sido casados anteriormente. Por fim, mais de 70% dos estupros vitimizaram crianças e adolescentes*".[12]

Dados anunciados em janeiro de 2016 revelam que uma mulher é estuprada a cada três horas no Brasil. Segundo a matéria,[13] o número de estupros no Brasil é de oito por dia ou um a cada três horas, em média, sendo esse número apenas relacionado aos casos que são denunciados pelo telefone 180.

A pesquisa do Ipea também revela que mais de 92% dos agressores eram do sexo masculino, e que 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados, amigos ou conhecidos da vítima. Esse último dado mostra que a violência ocorre mesmo aonde a vítima se considera segura, e que diferentemente de como o imaginário popular imagina um estuprador, estupradores são sujeitos "comuns", decorrentes da cultura de estupro[14] que possuímos, onde, "*homens estupram em nome da sua masculinidade e mulheres são estupradas em nome da sua feminilidade. A mulher, quando nega uma relação sexual, é vista como uma* cockteaser *(quem provoca o pênis, mas, na hora H, não quer aceitá-lo). E é aí que aparece a culpabilização. As vítimas de estupro aprendem a se sentirem culpadas. 'Alguma coisa elas fizeram pra merecer isso', é o pensamento dominante*".[15]

A mulher é responsabilizada pelo abuso que sofreu. Mesmo hoje, ao falarmos de estupro, é comum questionar quais eram as vestimentas da vítima, seu estado alcoólico, onde ela estava e em que horário.

Mulheres temem essa violência em tempo integral nas suas vidas. Em uma pesquisa encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, constatou-se que em 84 municípios brasileiros com mais de 100 mil moradores, a preocupação – e o medo – de ser estuprada é majoritária entre as mulheres; 90% das mulheres, dos 16 aos 60 anos, dizem temer se tornarem vítimas de estupro.[16]

E as consequências dessa violência são devastadoras. Tanto físicas quanto psicológicas. De acordo com a pesquisa do Ipea, 23% das vítimas têm estresse pós-traumático, 11% têm transtorno de comportamento, e 15% das vítimas ficam grávidas. E aqui é necessário considerar que apenas 10% das vítimas denunciaram a violência que sofreram, e que há um número consideravelmente maior de mulheres que passaram por essa violência e que não tiveram condições ou que foram coagidas a não denunciar seu agressor.

3. Considerações finais

Apesar dos alarmantes dados sobre estupro no Brasil, em 2015 foi colocada em pauta no congresso uma lei que visa dificultar o atendimento pelo SUS a mulheres que sofreram violência sexual. O PL 5.069, de autoria de Eduardo Cunha, estabelece que mulheres só poderão ter direito ao atendimento no SUS após terem apresentado queixa na polícia e realizado o exame de corpo delito. Além disso, remove do atendimento na saúde pública a assistência em relação à prevenção de gravidez ou AIDS. Porém, a principal finalidade dessa lei é eliminar o aborto que hoje é permitido em casos de estupro, sob o argumento de que este estaria acontecendo mesmo com a desaprovação majoritária da sociedade.[17]

Junto a isso, o estupro segue naturalizado em todos os meios de comunicação que conhecemos. Essa naturalização permite que os corpos das mulheres sejam vistos como algo que não lhes pertence e coloca o medo como parte do cotidiano das mulheres brasileiras. Mas a busca por eliminar essa naturalização acerca de abusos tem ganhado espaço, assim como as lutas em torno dos direitos das mulheres. E para que possamos mudar algo, é preciso manter essas lutas na pauta do dia.

ANO 24 - Nº 284 - JULHO /2016 - ISSN 1676-3661

Notas

(1) O Brasil fica atrás apenas de países como El Salvador e Colômbia. Waiselfisz, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: 2015.

(2) Idem.

(3) Fonte: *Revista Cult*. Disponível em: <http://revistacult.uol.com.br/home/2015/11/a-violencia-natural-contra-as-mulheres-e-a-administracao-da-ignorancia/>. Acesso em: 23 jan. 2016.

(4) Segundo o Sociólogo Julio Jacobo, diversas instituições que deveriam zelar pela segurança da mulher a tratam como culpada. Fonte: Agência Patrícia Galvão. Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/feminicidio-desafios-e-recomendacoes-para-enfrentar-mais-extrema-violencia-contra-mulheres/>. Acesso em: 23 jan. 2016.

(5) Fonte: *Revista Cult*. Disponível em: <http://revistacult.uol.com.br/home/2015/11/a-violencia-natural-contra-as-mulheres-e-a-administracao-da-ignorancia/>. Acesso em: 28 jan. 2016.

(6) Fonte: Minayo, Maria. *Laços perigosos entre machismo e violência*. Rio de Janeiro: 2005. p. 1. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n1/a03cv10n1>. Acesso em: 28 jan. 2016.

(7) Susan Brownmiller é uma jornalista, escritora e ativista feminista americana. É conhecida por ter sido uma das primeiras autoras a teorizar e problematizar a questão do estupro.

(8) Brownmiller, Susan. *Against Our Will: Men, Women and Rape*. New York, 1975. p. 15.

(9) Minayo, Maria. *Laços perigosos entre machismo e violência.* cit., p. 2.

(10) Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde*. Brasília, 2014.

(11) Sistema de Informação de Agravos de Notificação.

(12) Idem, p. 7.

(13) Fonte: *Globo*. Disponível em: <http://g1.globo.COM/BOM-DIA-BRASIL/noticia/2016/01/uma-mulher-e-estuprada-cada-tres-horas-no-brasil.html?utm_source=facebook&utm_medium=share-bar-desktop&utm_campaign=share-bar>. Acessado em: 28 jan. 2016.

(14) "Quando a violência sexual torna-se algo usual dentro de uma sociedade, podemos usar o termo cultura do estupro para nomear tal abuso. É um conceito usado para indicar o quanto a violência contra a mulher é normalizada dentro da sociedade. A tolerância e a normalização acabam incentivando ainda mais as atitudes violentas. Entre os exemplos de comportamentos associados à cultura do estupro estão a culpabilização da vítima, a sexualização da mulher como objeto e a banalização da violência contra a mulher." Fonte: *Lugar de mulher.* Disponível em: <http://lugardemulher.com.br/o-silencio-que-ecoa-a-cultura-do-estupro-no-brasil/>. Acesso em: 23 jan. 2016.

(15) Idem.

(16) Fonte: *Exame*. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/a-cada-11-minutos-uma-pessoa-e-estuprada-no-brasil). Acesso em: 23 jan. 2016.

(17) Fonte: *EL País*. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/09/21/politica/1442871349_074158.html>. Acesso em: 26 jan. 2016.

Flavia Aline de Oliveira
Graduada em Relações Internacionais.

Violações sofridas pelas mulheres na ditadura brasileira

Inês Virgínia Prado Soares e Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos

No Brasil, passamos por uma ditadura militar entre 1964 e 1985. Esse período foi marcado por supressão de direitos e práticas estatais de graves violações de direitos humanos, com ampla repressão contra cidadãos vistos como opositores do regime militar. Dentre as pessoas reprimidas, muitas mulheres sofreram prisões, desaparecimentos forçados, torturas, exílios, homicídios, banimentos, estupros e outras violências.

Desde o retorno à democracia, em 1985, o Estado está obrigado a lidar com o legado de violência do regime autoritário, tomando por base um tema da ciência política, o qual se convencionou chamar de Justiça de Transição – JT, que começa a ser incorporado na agenda de direitos humanos brasileira, e precisa ser compreendido pelos operadores do Direito.(1) Sob a ótica da necessidade de reparação das vítimas e atendimento de suas expectativas, a Justiça de Transição é identificada como instituto típico da passagem de um período de graves violações dos direitos humanos para outro, cuja expectativa é de garantia de direitos e de consolidação de valores democráticos. A Justiça de Transição tem como eixos a verdade, memória, justiça, reparação e reformulação das instituições.

A apuração da verdade sobre os acontecimentos e os atos de violência praticados, a reparação dos danos causados às vítimas, a prevenção contra novas violações aos direitos humanos, a responsabilização e os limites para concessão de perdão aos agressores (principalmente por leis de anistia) são temas típicos da justiça de transição, que integram as agendas de direitos humanos em diversos países, inclusive do Brasil.

Para a análise neste texto, num recorte temático, no grupo de vítimas e sobreviventes da ditadura brasileira há o das mulheres, para o qual as leis de gênero específicas se somam ao conjunto de abordagens e mecanismos aptos a reparar as graves violações sofridas durante o regime autoritário. Nesse texto, abordaremos a narrativa das mulheres sobre os acontecimentos mais nefastos que sofreram como mecanismo de reparação essencial na cicatrização de toda a sociedade.

Os direitos das mulheres têm recebido acolhida e tratamento não só nas declarações obtidas por ocasião das Conferências das Nações Unidas, pois se encontram, em grande parte, definidos por instrumentos específicos, que compreendem tanto o sistema global quanto o regional de proteção aos direitos humanos.

O reconhecimento de que a violência contra a mulher existe tanto no âmbito público quanto privado, e que se constitui numa violação aos direitos humanos, encontra seu marco legal tanto na "Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher" (da Organização das Nações Unidas – ONU), em 1993, quanto na "Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher" (Convenção de Belém do Pará), elaborada pela Organização dos Estados Americanos – OEA, em 1994, e ratificada pelo Brasil em 1995.

A Convenção de Belém do Pará define a violência contra a mulher como "*qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na privada*". Em seu art. 2.º, *b*, estabelece que a violência contra a mulher compreende, entre outras condutas, a violação, o abuso sexual, a tortura, os maus tratos e o assédio sexual. Além disso, este documento reforça em seus

"considerandos" que, a Declaração para a Erradicação da Violência contra a Mulher, aprovada na Vigésima Quinta Assembleia de Delegadas da Comissão Interamericana de Mulheres, já estipulava que: "*a violência contra a mulher permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases*".

Ainda no plano internacional, no âmbito das mulheres e violações da ditadura, é aplicável a Resolução 60/147, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 2005 (Princípios e Diretrizes Básicos sobre direito a recurso e reparação), que dispõe sobre os recursos para as graves violações de direitos humanos e de direito internacional humanitário. Nos termos dessa Resolução, a completa e efetiva reparação inclui a restituição, reabilitação, compensação, satisfação e a garantia de não repetição.

Um dos mecanismos de reparação utilizados no Brasil recentemente, e que lançou luzes sobre as graves violações sofridas pelas mulheres na ditadura, foi a Comissão Nacional da Verdade – CNV, que funcionou de 2012 a 2014. A Comissão de Verdade – CV é uma forma de responsabilização na esfera pública e um espaço oficial para narrativa das vítimas. No documento produzido pelo Escritório do Alto Comissariado da ONU para Direito Humanos,[2] é destacado que, embora as CVs não sejam um substituto da ação judicial, são uma possibilidade de explicar o passado. No caso das violações às mulheres, as CVs têm sido particularmente úteis, especialmente pela falta de capacidade do sistema judicial para apresentar uma resposta às questões de gênero, para que nunca mais se repitam.

A CNV teve a vantagem de aproveitar a experiência das 40 CVs existentes no mundo e contar com vasto conjunto documental interno, com destaque para o Projeto Brasil Nunca Mais, o Dossiê da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos, e os acervos da Comissão Especial dos Mortos e Desaparecidos Políticos, da Comissão de Anistia e do Memórias Reveladas.

Em relação à experiência de outras CVs no tema da violência contra a mulher, vale lembrar que tanto no Relatório *Nunca Más* (Argentina, 1984) quanto no Relatório *Rettig* (Chile, 1991), **Hiner**[3] aponta que o gênero foi sistematicamente excluído, e que somente nos últimos 10 anos é que esta questão passou a ser observada. Ou seja, durante muitos anos, a presença feminina não pressupôs um maior questionamento sobre as maneiras específicas de como a violência política também poderia ser caracterizada como uma violência de gênero. Muito ao contrário, à época destes Relatórios se buscava resgatar a violência somente como sendo "política" e, para tanto, as vítimas eram vistas como um grupo homogêneo, no sentido de não possuírem gênero, etnia, raça ou orientação sexual.

Muito embora ambos os Relatórios não assinalarem a temática da tortura e da violência sexual, seria possível observar que as distintas narrativas ali contidas poderiam prover várias possibilidades de enfrentamento da questão acerca da prática de uma "violência político-sexual" e de uma "tortura familiar".

No documento brasileiro, logo no início do Capítulo 10 do Relatório da CNV, é dito que: "*No cumprimento de seu mandato, ao buscar promover o esclarecimento circunstanciado de casos de tortura ocorridos durante a Ditadura Militar, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) pôde constatar que a violência sexual constituiu prática disseminada do período, com registros que coincidem com as primeiras prisões, logo após o golpe de Estado. Assim, este capítulo é dedicado à violência estruturada pela hierarquia de gênero e sexualidade, que busca anular a dignidade dos indivíduos violados, impedindo-os de viver como querem, de viver bem e sem humilhações. Tal violência atinge de forma diversa mulheres e homens, como mostram as investigações e os testemunhos realizados pelo grupo de trabalho 'Ditadura e Gênero'*".

Esse Capítulo apresenta diversas narrativas de mulheres, que tornam públicos e oficiais os suplícios que sofreram. É possível perceber que muitas das experiências narradas transcorreram porque as detidas eram mulheres. O forte traço de discriminação de gênero torna a prática violenta (comum a todos) ainda mais cruel em relação às detidas.

Por isso, neste texto que homenageia as mulheres vítimas da ditadura, queremos ressaltar que o encerramento dos trabalhos da CNV não significa o fim da busca pela verdade, remanescendo a necessidade de levantamento de informações e narrativas na perspectiva de gênero. Ao mesmo tempo, a partir do Relatório da CNV, a expectativa é de que a agenda brasileira de direitos humanos tenha algumas demandas históricas dos familiares e defensores dos direitos humanos oficializadas como diretrizes de políticas públicas, políticas para mulheres, inclusive.

É nesse cenário que se pode identificar uma ampla abertura para o recorte de gênero, em diversas frentes: na busca e identificação das desaparecidas políticas; no desenho de memoriais e nas pesquisas sobre violações específicas sofridas pelas mulheres; na divulgação das narrativas de mulheres atingidas pela ditadura; e em medidas que melhorem a situação atual das presas, que hoje sofrem violações típicas de gênero.

Notas

(1) Para compreensão do que é justiça de transição ver: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Justi%C3%A7a+de+transi%C3%A7%C3%A3o>.

(2) Herramientas del Estado de Derecho para Estados de Post-Conflicto, Rule-of-Law for Post-Conflict State, *Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Nueva York, 2006, HR/PUB/06/1. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionssp.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2010.

(3) Hiner, Hillary. El "Nunca Más" tiene gênero? Un análisis comparativo de Las Comisiones de La Verdad en Chile Y Argentina. *Revista Estudos Sociológicos*. UNESP, v. 20, n. 39, p. 253-270, jul.-dez. 2015.

Inês Virgínia Prado Soares
Mestre e Doutora em Direito
pela Pontifícia Universidade Católica da São Paulo.
Realizou pesquisa de pós-doutorado no Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo - NEV-USP (2009-2010).
Procuradora Regional da República.

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos
Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP).
Realizou pesquisa de pós-doutorado no Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo – NEV-USP (2008-2010).
Advogada.

PÓS-GRADUAÇÃO

IBCCRIM - COIMBRA

DIREITO PENAL ECONÔMICO

Aulas presenciais ou a distância!

Inscreva-se!

www.ibccrim.org.br/dpe2016

REALIZAÇÃO: IBCCRIM, idpee

APOIO: AASP, OAB

PROFESSORES CONFIRMADOS

NACIONAIS

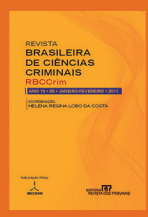
- ALBERTO ZACHARIAS TORON (SP)
- ANTENOR MADRUGA (DF)
- ANTONIO SÉRGIO DE MORAES PITOMBO (SP)
- CEZAR ROBERTO BITENCOURT (DF)
- DAVI TANGERINO (SP)
- EDUARDO SAAD DINIZ (SP)
- FABIO ROBERTO D'AVILA (RS)
- FERNANDA REGINA VILARES (SP)
- GIOVANI SAAVEDRA (RS)
- GUSTAVO BADARÓ (SP)
- JOÃO DANIEL RASSI (SP)
- LEANDRO SARCEDO (SP)
- MARCELO ALMEIDA RUIVO (RS)
- MARCELO COSTENARO CAVALI (SP)
- MARCELO LEONARDO (MG)
- MARLUS ARNS (PR)
- MARTA SAAD (SP)
- PIERPAOLO CRUZ BOTTINI (SP)
- RAFAEL DE SOUZA LIRA (SP)
- RENATO MELO JORGE SILVEIRA (SP)
- RODRIGO DE GRANDIS (SP)
- VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS (RS)

INTERNACIONAIS

- ANABELA MIRANDA RODRIGUES (Coimbra)
- CLÁUDIA CRUZ SANTOS (Coimbra)
- JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (Coimbra)
- MANUEL DA COSTA ANDRADE (Coimbra)
- MARIA JOÃO ANTUNES (Coimbra)
- SUSANA AIRES DE SOUSA (Coimbra)

Os **50 PRIMEIROS ASSOCIADOS*** inscritos no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e os **PRIMEIROS 200 ASSOCIADOS**** a se inscreverem no 22° Seminário Internacional de Ciências Criminais...

... serão contemplados com uma das edições da RBCCRIM de 2015!



* Os alunos inscritos presencialmente deverão retirar o exemplar no primeiro dia de aula e os alunos inscritos a distância receberão via correio, no endereço indicado no ato da inscrição.
** O exemplar deverá ser retirado durante o evento, em estande previamente indicado.

22° SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
FÓRUM MUNDIAL

Aproveite as condições especiais de julho!

23 a 26 de agosto de 2016

Inscreva-se!

www.ibccrim.org.br/seminario22

PALESTRANTES NACIONAIS

- ADILSON JOSÉ MOREIRA (SP)
- ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (SP)
- BRUNO PAES MANSO (SP)
- CAIO PAIVA (MG)
- CARLOS AUGUSTO DA SILVA CAZARRÉ (RS)
- CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ (RJ)
- CRISTIANO PAIXÃO (DF)
- DJAMILA RIBEIRO (SP)
- ÉDSON LUÍS BALDAN (SP)
- FELIPE MARTINS PINTO (MG)
- FERNANDO GALVÃO (MG)
- FERNANDO NEISSER (SP)
- FLAVIO ANTÔNIO DA CRUZ (PR)
- FLÁVIO MIRZA (RJ)
- GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA (PR)
- HELENO TORRES (SP)
- ILZVER DE MATOS OLIVEIRA (SE)
- JACSON ZILIO (PR)
- JUAREZ TAVARES (RJ)
- LIA VAINER SCHUCMAN (SP)
- LILIAN MILNITSKY STEIN (RS)
- LUÍS GERALDO LANFREDI (SP)
- LUIZ GUILHERME PAIVA (DF)
- MAFOANE ODARA POLI DOS SANTOS (SP)
- MARCELO DAYRELL VIVAS (SP)
- MARCUS ALAN GOMES (PA)
- MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA (CE)
- MILENE CRISTINA SANTOS (SP)
- OSCAR VILHENA VIEIRA (SP)
- RICARDO FREITAS (PE)
- ROBERTO CARVALHO VELOSO (MA)
- ROSANE DA SILVA BORGES (SP)
- SALAH H. KHALED JR. (RS)
- SÍLVIO LUIZ DE ALMEIDA (SP)
- TEREZA CRISTINA ALBIERI BARALDI (SP)
- VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE (SC)
- VICENTE BAGNOLI (SP)

PALESTRANTES INTERNACIONAIS

- ADÁN NIETO MARTÍN (ESPANHA)
- ANDRIES HUIBERT KLIP (HOLANDA)
- CÂNDIDO DA AGRA (PORTUGAL)
- EMILIO VIANO (EUA)
- JOHN A. E. VERVAELE (HOLANDA)
- JORDI NIEVA FENOLL (ESPANHA)
- JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC (ESPANHA)
- JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)
- LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPANHA)
- PAULINA CHIZIANE (MOÇAMBIQUE)
- PAULO SERGIO PINTO DE ALBUQUERQUE (PORTUGAL)
- STELLA MARIS MARTÍNEZ (ARGENTINA)
- WARREN YOUNG (EUA)

REALIZAÇÃO: IBCCRIM
PATROCÍNIO: Itaú