

| EDITORIAL

Tocando o terror

As mortes brutais de nove jovens no Baile da Dz7, em Paraisópolis, na madrugada do dia 1º de dezembro, mais do que um acidente ou fatalidade, são a face mais visível de uma recorrente política de criminalização do funk, a qual, por sua vez, reflete a histórica criminalização da população jovem, negra e pobre e de seu lazer no Brasil.

Nos tempos da escravidão, principalmente após a revolta dos escravos malês na Bahia, em 1835, a circulação e aglomeração de negros pela cidade do Rio de Janeiro tornaram-se objeto de preocupação da elite local, pois eram vistas como uma oportunidade para os escravos organizarem novas revoltas. À época, o escravo só poderia circular portando uma autorização de seu dono e para fins específicos.

Depois da proclamação da República, em 1889, um ano após a abolição da escravatura, a população negra foi posta sob vigilância diante do receio de que a mudança de regime pudesse estimular projetos de transformações sociais e políticas mais profundas, e da suspeita de que os negros fossem monarquistas em “gratidão” à Princesa Isabel. Não é à toa que o primeiro Código Penal republicano, de 1890, criminalizava a capoeira. Durante a Era Vargas, por sua vez, a ética do trabalho foi imposta às camadas pobres. Para circular pela cidade sem que fosse preso pela contravenção de “vadiagem”, a pessoa negra tinha de exibir uma carteira de trabalho assinada.

Surgidos no início dos anos 1970, no Rio de Janeiro, e consolidados em suas favelas e subúrbios, os bailes funk só atraíram os olhares do poder público quando uma briga de galeras rivais suburbanas foi confundida com um “arrastão”, nas areias das praias da zona sul carioca, em um domingo de outubro de 1992. A aglomeração de jovens, negros, pobres e suburbanos na praia, que já era mal vista por seus “legítimos frequentadores”, os moradores brancos da zona sul, motivou a chamada da polícia. Os jovens, por sua vez, ao avistarem a força policial, cientes de que são alvos preferenciais do aparato penal, tentaram se dispersar e a correria forneceu as imagens que construíram a narrativa de que um “arrastão” havia acontecido, fazendo, enfim, com que a profecia se autorrealizasse.

As galeras eram frequentadoras de baiels funks e, desde aquele domingo, o funk passou a ser tratado pelo poder público e pela grande imprensa majoritariamente como um caso de polícia. CPis foram instaladas, MCs acusados de fazer apologia ao crime nas músicas foram presos e projetos de lei foram propostos com vistas a proibir os bailes. Em São Paulo, não tem sido diferente desde que o funk se tornou o principal lazer da juventude na periferia. Os projetos de lei que buscam proibir ou restringir consideravelmente a realização de bailes funk, tanto na Câmara dos Vereadores quanto na Assembleia Legislativa, foram propostos por parlamentares oriundos do quadro da Polícia Militar.

A narrativa criminalizante tem sido a mesma que o funk enfrenta no Rio de Janeiro: os bailes seriam um espaço de devassidão sexual, consumo e tráfico de drogas, com a presença de menores. Tais encontros causariam grandes transtornos à vizinhança, impedida de dormir por causa do som ensurdecedor e de circular com seus carros pelas ruas ocupadas ilegalmente.

Não se nega que grandes concentrações de jovens são espaços propícios ao consumo de drogas e podem gerar transtornos no trânsito e poluição sonora. Porém, ainda que o atual presidente da República, entusiasta de rodeios, tente generalizar o *golden shower* como prática habitual de foliões no carnaval de rua, e seu ministro da Educação acuse estudantes de universidades públicas de plantarem maconha nos *campi*, as acusações são ridicularizadas por grandes veículos da imprensa.

As aglomerações de jovens de classe média e alta consumindo drogas nos entornos das universidades ou em blocos de carnaval não são rotineiramente alvos de bombas de gás lacrimogêneo ou de balas de borracha. O fato de haver tráfico de entorpecentes nesses eventos não faz com que, em regra, todos seus frequentadores sejam considerados criminosos, desocupados, vagabundos, e punidos coletivamente, mas que haja a preocupação de identificar individualmente os traficantes.

Em resposta à repressão aos blocos de carnaval durante a gestão de Gilberto Kassab, iniciou-se em São Paulo, a partir da gestão de

| Caderno de Doutrina

Breve taxionomia da argumentação
inconstitucional

Mauricio Stegemann Dieter _____ 3

Paralisia da crítica e conformação à opressão
e à dominação existentes

Jacson Zilio _____ 4

Corrupção política e a proposta de
criminalização do caixa dois eleitoral no
Projeto “Anticrime”

Alfredo Ermírio de Araújo Andrade,

Luis Henrique Pichini Santos e

Marco Antônio Riechelmann Júnior _____ 6

Recrudescimento penal no projeto de lei
anticrime: um caminho inócuo

Marina Favretto Luersen _____ 9

Capital genético da miséria: a proposta
de expansão do Banco Nacional de Perfil
Genético

Mariana Lins de Carli Silva _____ 13

A asfixia dos direitos humanos

Eduardo Augusto Paglione _____ 16

Ecocídio, crime contra a humanidade?

Raphael Boldt _____ 19

Ainda é preciso falar sobre o enunciado 231
da Súmula do Superior Tribunal de Justiça?

Victor Matheus Bevilacqua _____ 21

| Caderno de Jurisprudência

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS
DECISÕES COMENTADAS

O caso Yarcé: criminalização de
defensoras de direitos humanos e
deslocamento forçado intraurbano
à luz dos padrões de proteção do
sistema interamericano

Ana Luisa Zago de Moraes _____ 2241

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2245

Superior Tribunal de Justiça _____ 2246

Fernando Haddad, um debate sobre o direito à cidade, com a participação de representantes dos blocos, que resultou no revigoramento do carnaval de rua a ponto da programação carnavalesca paulistana ter se tornado uma das maiores do país e atrair muitos turistas, movimentando a economia da cidade. O baile funk é um fenômeno mais complexo, pois se trata de um evento distribuído pelo ano inteiro, e não concentrado em um único mês. Houve tentativas de aproximação da prefeitura com o funk tanto na gestão de Kassab quanto na de Haddad, com a realização de festivais voltados ao gênero e de bailes com o apoio da administração municipal, mas resultaram insuficientes para suprir a demanda por lazer. Se o apoio da prefeitura ao carnaval e a eventos como a Virada Cultural já são criticados por uma parcela conservadora da população, sob o argumento do desperdício de dinheiro público, o apoio ao funk é ainda mais criticado em razão de todos os estigmas que carrega.

Até a repressão policial às manifestações de esquerda, com a presença de jovens de classe média, não nega, mas reforça a hipótese da seletividade do poder punitivo. Afinal, enquanto esses manifestantes são tratados como baderneiros e vândalos, que obstruem as ruas, gerando transtornos na cidade, sendo recebidos com bombas de gás lacrimogêneo (nunca ao ponto de matá-los); outros manifestantes, com outras pautas, são saudados como a força viva da democracia, tiram *selfies* sorridentes com a polícia e têm as catracas do metrô liberadas pelo governador.

A alta letalidade policial em São Paulo, que tem como principais vítimas jovens, negros e pobres, é justificada com um discurso padrão, que vem desde os tempos da ditadura militar: A polícia avista um suspeito. Após ser atacada por ele, atira para se defender, nos chamados “autos de resistência” ou “resistência seguida de morte”. O suspeito morre na hora ou a caminho do hospital. Os dados, no entanto, muitas vezes não corroboram essa narrativa: o número e a localização das balas nos corpos dos suspeitos, a desproporção entre suspeitos mortos e feridos, bem como a desproporção entre suspeitos e policiais mortos.

A versão policial para o que ocorreu no Baile da Dz7 é a de que os policiais entraram em Paraisópolis perseguindo dois criminosos, que atiravam de uma moto, e foram hostilizados pelos frequentadores do baile. Mesmo assumindo essa versão como verdadeira, a ação policial foi no mínimo irresponsável ao colocar em risco a vida de milhares de pessoas para supostamente capturar criminosos. Enquanto a lógica da guerra se sobrepuser

à da inteligência, mais mortes ocorrerão, inclusive de inocentes. A fala do governador João Dória, reafirmando que a política de segurança pública não mudará, mesmo diante de um resultado desastroso, é preocupante e condiz com sua declaração prévia de que em seu governo a polícia atiraria para matar.

Moradores de Paraisópolis, por outro lado, relataram que já havia um clima de grande tensão no ar, com a expectativa de que a polícia invadiria a favela para “tocar o terror”, desde que um sargento foi assassinado no local no começo de novembro. Segundo essa versão, o desastre da ação policial no Baile da Dz7 foi premeditado, uma vingança que não conhece sequer o limite da retribuição individual da pena. Os frequentadores do Baile da Dz7, a maioria nem sequer moradora de Paraisópolis, teriam pagado pelo crime que não cometeram. A obstrução das rotas de fuga pela polícia e imagens de violência policial supostamente gravadas no dia das mortes reforçam a versão dos moradores da favela.

Defensores da pena de morte costumam elogiar a antiga prática chinesa de fazer a família do condenado pagar pela bala utilizada. É cruel pensar que, no caso do Baile da Dz7, a multidão de corpos que o funk atrai teria sido a arma empregada contra si própria. Como costuma ocorrer quando as vítimas são jovens, negras, pobres e da favela, elas foram julgadas, condenadas e responsabilizadas pela sua própria morte nas redes sociais e em diversos comentários de matérias jornalísticas. Pouco importa que as vítimas trabalhassem ou estudassem. Em uma sociedade em que o desemprego e o subemprego precário e massacrante atingem principalmente a parcela da população que estava no baile funk, as vítimas foram taxadas de vagabundas ou criminosas.

As reclamações sobre os transtornos causados pelos bailes de rua são legítimas, mas devem ter como resposta uma política de urbanismo, educacional e cultural. A falta de opções de lazer na periferia, aliada à falta de recursos financeiros para frequentar baladas fechadas, com segurança e isolamento acústico, empurram milhares de jovens para a rua, onde eles se apropriam da cidade ao mesmo tempo em que ficam expostos e vulneráveis à repressão policial. Em terra em que o Estado social está ausente para garantir direitos básicos de cidadania, incluindo o direito ao lazer, o Estado penal apresenta sua face mais sombria. Enquanto uns tocam funk, outros preferem tocar o terror.

DIRETORIA EXECUTIVA

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

CONSELHO CONSULTIVO

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

OUIDORA

Fabiana Zanatta Viana

Breve taxionomia da argumentação inconstitucional

Mauricio Stegemann Dieter

Resumo: Este ensaio aborda quatro linhas argumentativas utilizadas nos votos vencidos no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, que equivocadamente tentaram negar eficácia ao texto constitucional definido no artigo 5, inciso LVII, da Constituição da República, expresso no artigo 283 do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Execução de pena antes do trânsito em julgado. Inconstitucionalidade.

Por mínima diferença de opinião entre Ministros, uma regra de tratamento definida na Constituição da República e reproduzida no Código de Processo Penal manteve-se íntegra. Refiro-me, é claro, ao histórico julgamento das ADCs 43, 44 e 54, em relação ao qual o Executivo Federal mantém-se inconformado.

Se, por um lado, o voto da Ministra Rosa Weber libertou o suspiro de alívio dos criminalistas país afora, por outro inaugurou um tempo de redobrada vigília.

Há, de fato, bons motivos para desconfiar do Supremo Tribunal Federal como guardião do texto constitucional em um contexto obscurantista: como tributar a certeza da proteção dos direitos fundamentais a homens e mulheres dispostos a tergiversar com a proibição de não contradição definida pela lógica?

A tentação autoritária de fragmentar uma cláusula pétrea permanece e ecoa perigosamente pelo Congresso Nacional, em boa medida reagindo a insinuações que partiram da Corte. Aos juristas comprometidos com a defesa do Estado Democrático caberá, novamente, resistir com as armas da crítica em todos os espaços possíveis.

Nesse íterim, enquanto uma mudança na estrutura recursal não se concretiza, as circunstâncias obrigam revisar como foi que nosso Tribunal Constitucional se colocou à beira do precipício hermenêutico. Interessam, em particular, os argumentos utilizados pelos Ministros que abandonaram o Direito como técnica (e, no pior dos cinco votos, para abraçar a retórica como verniz do voluntarismo).

A leitura dos votos vencidos revela, nesse sentido, a preferência por quatro linhas discursivas. A primeira, reduzir todo o debate jurídico ao pó principiológico, triturando a realidade das regras à hipostasia de uma discussão axiológica. A segunda, a subordinação da presunção de inocência a um vetor decrescente, conforme avança o processo. A terceira, o moralismo escatológico, que apela para o catastrofismo para justificar medidas urgentes. Quarta, a falsificação estatística, que manipula os números para atender às convicções.

Analisemos brevemente uma a uma.

A estratégia de redução do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, à condição de “mero princípio” é bastante simples: apenas mais uma entre dezenas de prescrições constitucionais, a garantia do estado de inocência antes do trânsito em julgado pode ser relativizada em sua inequívoca determinação para satisfazer outros interesses de falsa equivalência. Simulando a doutrina de eminentes constitucionalistas estrangeiros, afirma-se que é possível “ponderar” uma norma diante das circunstâncias para produzir uma “adequação constitucional”, que, contraditoriamente, exige o sacrifício da literalidade da Constituição para se concretizar. *Nonsense* jurídico.

Abstract: This essay addresses the four leading arguments used in the defeated votes delivered in the Supreme Court in 2019 that mistakenly tried to deny effectiveness to the constitutional rule defined in article 5, LVII, and later expressed in article 283 of the Criminal Procedure Code.

Keywords: Execution of a prison sentence without *res judicata*. Unconstitutionality.

A má compreensão da virada linguística na filosofia ocidental faz, aqui, mais uma vítima. O direito fundamental, que exclui a possibilidade de execução de pena antes do trânsito em julgado é regra que não comporta exceção – precisamente por isso, a prisão processual tem natureza jurídica distinta, e mais não precisa ser dito. Em caso de dúvida, as lições introdutórias de **Hans Kelsen** e **Robert Alexy** (textos básicos para estudantes de graduação) são mais do que suficientes.

A segunda é a artilosa confusão entre inocência e não-culpabilidade. A ideia é elementar: se sentença e acórdão afirmam, antes dos eventuais recursos aos Tribunais Superiores, a censurabilidade do tipo de injusto, então o cidadão “duplamente condenado” já não merece o ceticismo do Estado. Sem respeitar o método do Direito comparado, paralelismos com outras ordens jurídicas denunciam a suposta frouxidão do sistema brasileiro e clamam por punição diante de um suposto “pacto suicida” nunca confirmado. O “complexo de vira-lata” acompanha o evidente descompasso: para o direito penal brasileiro, a inocência é um predicado qualitativo absoluto somente alterado após o trânsito em julgado, porque o juízo definitivo de censura não depende apenas de prova material, mas de processo legal devido – frequentes episódios de erro judiciário à parte. Em um país com pouca tradição democrática e crônica infidelidade dos Tribunais estaduais à jurisprudência das Cortes superiores – algo mais do que recomendável, diga-se de passagem. Nesse ponto em particular, merece atenção um grave equívoco teórico identificado no voto de um dos Ministros, que em poucas linhas confundiu *princípio da culpabilidade* (que, simultaneamente, proíbe a responsabilidade penal objetiva e o Direito Penal do Autor), *culpa* (tipo subjetivo dos crimes imprudentes) e *culpabilidade* (categoria do conceito analítico de fato punível estruturada sobre imputabilidade, consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta adequada à norma). Falha grave diante da seriedade da questão sob julgamento e que merece ser revista. Em verdade, se a coerência ainda for um valor importante, deveria inclusive reorientar as conclusões da decisão para um voto conforme a regra constitucional.

A terceira é o apelo moralista, atento à “voz das ruas”. Uma escuta seletiva, em todo caso, mais calibrada para ouvir a indignação da zona Sul do Rio de Janeiro do que os gritos das mães dos mortos pela polícia nas favelas cariocas. Seja como for, um retrocesso, que aprofunda a crise de legitimidade do Judiciário brasileiro ao deslocar o fundamento de sua autoridade, da Constituição, para o instável terreno da opinião pública. A vaidade despertada pela TV Justiça certamente não favorece à serenidade necessária para a defesa de posições impopulares, mas a recente guinada

moral da Corte deve muito mais à cumplicidade entre a mídia e o projeto político conduzido pelas grandes operações policiais, especialmente pela “Lava Jato”, do que à histeria televisiva. A falácia das consequências adversas, que se alimenta do binômio “tudo ou nada”, é frequente em tais votos: renunciar ao que está escrito é necessário para “combater a corrupção” e os que se opõem só podem ser, na dicotomia simplista que coloniza quase metade do Plenário, inconsequentes profissionais pró-impunidade, sombras anacrônicas que impedem a aurora de uma nova ética juridicamente tutelada. Idealismo perigoso, que infelizmente não mostra sinais de arrefecimento, com assento definitivo na Corte.

A quarta e última linha argumentativa é um excelente exemplo de como não se faz pesquisa científica. Uma mera coleta de dados, organizada na intimidade do próprio gabinete, ignorou qualquer baliza metodológica para fundamentar a afirmação triunfante de que a “criminalidade” responde mecanicamente às decisões do Supremo Tribunal Federal. A inversão do pressuposto estatístico é radical: buscam-se dados para corroborar as opiniões, não para elaborá-las. Antes de encontrar um padrão, supõe-se um: a crença na prevenção geral (negativa e positiva) da pena transborda. Não há regressão linear ou observação da regra de **Bayes**, meramente apresentando-se números para fabricar inferências, isto é, fingindo jurimetria para disfarçar ideologia. O delírio vai longe e sinaliza o quão alienados estão alguns Ministros da realidade que pretendem disciplinar à distância. A falta de informação criminológica, típica de uma formação jurídica superficial, deveria ao menos constranger as melhores iniciativas à prévia

consulta com especialistas: é o que se espera de toda pessoa simbolicamente portadora de notável saber jurídico.

Em conclusão, é possível afirmar com bastante segurança, que não há muita ciência por trás da tentativa de ignorar a exegese dos direitos fundamentais como limite à violência estatal. Em sentido oposto, o voto do Ministro **Celso de Mello**, em sua exposição linear, didática e teoricamente coerente, deve servir de modelo para decisões futuras em matéria penal, ao demonstrar a força da razão técnica diante das pretensões punitivas, concretizando a vocação do Direito como fronteira do arbítrio: que o voto do decano possa iluminar a sombra do punitivismo populista por muito tempo ainda.

É preciso estar atento e forte: muito em breve, embalados por esses ou outros argumentos, seremos confrontados com novas tentativas de legitimar o retrocesso em matéria de direitos humanos. E nesse embate, a posição intransigente em favor do direito à inocência plena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória não deve ceder um milímetro sequer. Os incomodados que busquem uma Constituição para chamar de sua.

Mauricio Stegemann Dieter
Professor Doutor do Departamento de
Direito Penal e Criminologia da USP.
ORCID: 0000-0001-8444-3922

Recebido em: 09/12/2019
Aprovado em: 09/12/2019
Versão final: 11/12/2019

Paralisa da crítica e conformação à opressão e à dominação existentes

4

Jacson Zilio

Resumo: O presente artigo analisa o processo de paralisa e conformação de agentes estatais penais à opressão e dominação existentes nas instituições que exercem o poder punitivo. Propõe duas estratégias para redução da intolerância funcional: a primeira, lutar pela diminuição da seletividade do direito administrativo disciplinar; a segunda, aplicar o regime próprio do direito penal, especialmente no âmbito da tipicidade, aos ilícitos administrativos.

Palavras-chave: Independência funcional. Seletividade. Direito administrativo disciplinar. Direito penal.

O uso político do Direito não é exclusividade do ramo penal. Antes dele, quase sempre, atua o Direito Administrativo disciplinar. Foi assim, por exemplo, no Brasil, a partir do regime ditatorial instalado em 1964. O período de exceção caracterizou-se pelas condenações por delitos políticos, brutais torturas e desaparecimento de dissidentes, mas também por perseguições mais sutis, como as punições disciplinares, que serviam, pouco a pouco, para “limpar” as instituições estatais de eventuais divergências políticas, culturais e ideológicas.

Há, na atualidade, um visível movimento de retorno aos padrões autoritários que, no passado, ameaçaram também os agentes estatais, especialmente na área penal. Não é nenhuma novidade as notícias de procedimentos administrativos disciplinares, instaurados nos órgãos correccionais, muitas vezes *ex officio* e de forma secreta, com objetivos ocultos de perseguição a qualquer

Abstract: This article analyzes the paralysis process and conformation of criminal state agents to oppression and domination existent in institutions that exercise punitive power. It proposes two strategies to reduce functional intolerance: the first one, to fight for reduction of Administrative Disciplinary Law's selectivity; the second one, to apply Criminal Law's regimen, especially in the context of legal type, to administrative illicit.

Keywords: Functional independence. Selectivity. Administrative Disciplinary Law. Criminal Law.

forma de pensamento que, no seio das agências penais, divirja do senso comum dominante em matéria penal, isto é, que contrarie os arraigados princípios da conservadora ideologia de defesa social.

Também são conhecidos os casos de uso de punições administrativas para calar as ideologias políticas que buscam enfrentar o patrimonialismo, o mandonismo, a desigualdade social e os efeitos perversos do pensamento único neoliberal. A possibilidade de sanção por suposto exercício de atividade político-partidária funciona como uma espécie de bastão de ameaça na cabeça de juízes e promotores de justiça. Com isso se tolhe o direito fundamental de liberdade de pensamento.

Por essas razões, nas duas situações, os grupos de oposição que recusam a se conformar à opressão e dominação existentes no exercício seletivo do poder punitivo são cada vez menores.

Mas não são apenas os agentes estatais imbuídos na função

de controlar o poder punitivo que sofrem com essa escalada persecutória. A clientela preferencial do Direito Penal, constituída no grosso por setores sociais marginalizados, não encontra nenhuma esperança de julgamento justo do caso penal quando policiais, promotores de justiça, juízes e ministros decidem sem liberdade de pensamento. O fim da independência funcional, que permite cotejar o caso concreto sem pressões externas de nenhuma natureza, é também a morte da dogmática penal. Afinal de contas, a dogmática penal não se constitui como técnica de cumprimento de funções burocráticas de polícia, mas sim como gramática do Direito Penal destinada à produção de decisões justas e previsíveis. Isso não quer dizer, contudo, que a dogmática jurídico-penal – cultuada pelos ensinamentos da boa doutrina – deva ficar refém da jurisprudência, porque é a teoria que orienta a prática e não a prática que orienta a teoria. O Direito Penal é, nesse sentido, uma teoria da práxis.

De qualquer modo, enquanto não vem nenhuma mudança popular de base significativa para restabelecer o princípio democrático perdido, restam duas estratégias para mitigação da intolerância funcional.

A primeira consiste na lutar pela diminuição da seletividade de operação do Direito Administrativo disciplinar sobre as funções dos integrantes das agências penais. Não é admissível, que manifestações funcionais que privilegiem o princípio maior de liberdade sofram punições administrativas – ou mesmo ameaças veladas –, enquanto outras condutas, que exercem ilegítima e abusivamente o poder de punir, resultem impunes. O princípio da igualdade deveria valer também, se ninguém tem liberdade funcional garantida, para então punir os soldados do poder punitivo, nos casos de requerimentos infundados de prisão cautelar, de buscas e apreensões abusivas, de denúncias temerárias e genéricas, de pedidos de condenação baseados apenas em meras convicções, de perguntas humilhantes, de exposição midiática de investigados ou mesmo acusados, de processos intermináveis, de apelos injustos por aumento de penas etc.

A segunda é exigir o cumprimento do argumento de **Marçal Justen Filho** no sentido de que “os ilícitos e as sanções administrativas obedecem ao regime próprio do direito penal.”⁽¹⁾

Se é assim mesmo, então também as infrações administrativas se resolvem pelos critérios de imputação ao tipo objetivo. Assim, para que se aceite também uma falta funcional de qualquer natureza, dolosa ou imprudente, são necessários os requisitos exigidos pela teoria dominante do incremento do risco no Direito Penal:

a) Criação de um risco não permitido (*Schaffung eines unerlaubten Risikos*): 1. Exclusão da imputação no caso de diminuição do risco (*Der Ausschluss der Zurechnung bei Risikoverringerung*); 2. Exclusão da imputação se falta a criação de perigo (*Der Ausschluss der Zurechnung bei fehlender Gefahrschaffung*); 3. Criação de perigos e cursos causais hipotéticos (*Gefahrschaffung und hypothetische Kausalverläufe*); 4. Exclusão da imputação nos casos de risco permitido (*Der Ausschluss der Zurechnung in den Fällen des erlaubten Risikos*);

b) Realização de risco não permitido (*Verwirklichung des unerlaubten Risikos*): 1. Exclusão da imputação se falta a realização do perigo (*Der Ausschluss der Zurechnung bei fehlender Gefahrverwirklichung*); 2. Exclusão da imputação se falta a realização do risco não permitido (*Der Ausschluss der Zurechnung bei fehlender Verwirklichung des unerlaubten Risikos*); 3. Exclusão da imputação nos casos, que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado (*Der Ausschluss der Zurechnung bei Erfolgen, die nicht durch den Schutzzweck der Sorgfaltnorm gedeckt werden*).⁽²⁾

Isso tudo resolveria, na prática, o controle insindicação de atividades-fim (arquivamentos, pedidos de absolvições, ausência de recursos, mesmo quando as fundamentações diverjam da jurisprudência penal dominante) e aquelas imputações assentadas em matérias de carácter meramente ideológico (comentários, discursos, análises e escritos críticos ao momento político antidemocrático).

Assim é que **Claus Roxin** propõe uma teoria da imputação objetiva fundada no princípio do risco (*Risikoprinzip*), que pressupõe que o autor tenha incrementado um risco para o bem jurídico, risco esse indevido e materializado como resultado no âmbito de extensão do tipo. Para determinação da criação ou da realização do risco não permitido é decisivo o ponto de vista do observador prudente (*Einsichtig*), antes da prática do ato, com os conhecimentos especiais do autor concreto. Portanto, para **Roxin**, não haveria, alternativamente, imputação objetiva nos casos mencionados.

Transportados esses requisitos para o Direito Administrativo disciplinar, a conclusão inarredável é de que não há como se imputar objetivamente quaisquer resultados aos membros de agências penais, quando, muito embora os resultados causados sejam obras deles, os comportamentos não criaram riscos juridicamente desaprovados a bem jurídico de terceiro. Em outras palavras, não há que se falar em imputações administrativas se os comportamentos realizados ficaram dentro do que se espera de alguém com os mesmos conhecimentos especiais do imputado (saber jurídico-penal), que, no exercício da função essencial ao funcionamento da justiça, prima por atuações dentro de um sistema comprometido pela proteção de direitos e valores fundamentais.

Essas são estratégias úteis para que os membros das agências penais possam recusar a seguir a corrente punitivista. Nas sociedades industriais avançadas, como ensinou **Marcuse**, é cada vez maior a paralisia da crítica. A tendência é de pensamento e políticas unidimensionais. As formas de controle não são apenas penais-repressivas, mas também predominantemente tecnológicas: o externo invade o interno (introjeção) e aniquila o espaço privado. O resultado constitui o que se conhece de *mimese*: uma identificação imediata do indivíduo com sua sociedade e, através dela, com a sociedade como um todo.⁽³⁾ Esse processo, contudo, parece mais intenso ainda nos indivíduos que integram as instituições estatais, pois a oposição ao *status quo* é quase sempre reduzida. Romper com essa servidão “voluntária”, que se enraíza pela alienação, é uma exigência do pensamento negativo (crítico) em prol da libertação, ainda que isso custe incômodos, incompreensão e algumas sanções.

Notas

- (1) JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 665.
- (2) ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- (3) MARCUSE, Herbert, *O homem unidimensional: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada*. São Paulo: EDITRO, 2015.

Jacson Zilio

Doutor em Direito Penal e Criminologia pela
Universidade Pablo de Olavide de Sevilha, Espanha.
Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná.

ORCID: 0000-0001-9304-5002

jacsonzilio@me.com

Recebido em: 02/12/2019

Aprovado em: 02/12/2019

Versão final: 10/12/2019

Corrupção política e a proposta de criminalização do caixa dois eleitoral no Projeto “Anticrime”

Alfredo Ermírio de Araújo Andrade, Luis Henrique Pichini Santos e Marco Antônio Riechelmann Júnior

Resumo: Ao propor a tipificação do delito de *caixa dois eleitoral*, os idealizadores do Projeto “Anticrime” buscam enfrentar o fenômeno da corrupção política através de modificações da legislação penal. Tal proposta parte da equivocada premissa de que toda doação eleitoral não contabilizada (*caixa dois eleitoral*) esconde um futuro exercício de venalidade da função pública por parte do candidato que a usufrui (*corrupção política*). O artigo demonstra que há diferenças substanciais entre tais fenômenos, a começar pela distinção entre os bens jurídicos tutelados pelas tipificações estudadas. Conclui-se que a criminalização do *caixa dois eleitoral*, ao menos nos termos da proposta em questão, deverá frustrar as expectativas nela depositada, além de criminalizar condutas que não ofendem a bens jurídicos.

Palavras-chave: Caixa dois eleitoral. Corrupção política. Projeto “Anticrime”.

Com certa frequência, períodos de grande agitação social no Brasil provocam mudanças legislativas penais que nem sempre oferecem instrumentos efetivos para a resolução dos problemas que nos afligem. Não tem sido diferente em relação ao necessário controle da corrupção política,⁽¹⁾ tema que ganhou projeção com a AP 470/MG (“Mensalão”) e hegemonia da agenda pública com a Operação Lava Jato. Conforme Neves,⁽²⁾ a adoção simbólica de novos diplomas legais pode funcionar como um alibi do poder estatal frente à população, objetivando conferir respostas formalistas a problemas complexos.

Esse parece ser o cenário em que se coloca a discussão do Projeto de Lei “Anticrime”⁽³⁾ e sua proposta de criminalização do que se convencionou chamar informalmente de *caixa dois eleitoral*.

A manutenção de contabilidade paralela no seio de um partido político para fins eleitorais – o *caixa dois* – não se confunde com a realização de crimes contra a administração pública, como é o caso da corrupção passiva. No âmbito das disputas eleitorais, o *caixa dois* se refere à prática de receber doações sem que estas sejam contabilizadas nas prestações de contas de campanha, enquanto a corrupção passiva deve corresponder à realização de um pacto sinalagmático entre doador e candidato, caso este possua ou venha a possuir a condição de funcionário público, de modo que o agente aja na perspectiva ou efetivamente pratique um ato de seu ofício para favorecer o doador, em contrapartida aos valores recebidos.

Os bens jurídicos tutelados em cada crime são distintos. Enquanto o tipo de corrupção passiva objetiva proteger a administração pública, notadamente o regular funcionamento das atividades estatais;⁽⁴⁾ o *caixa dois eleitoral*, caso acolhida a tese de que a pretendida espécie típica tutelaria um bem jurídico autônomo, ainda objeto de amplo debate doutrinário,⁽⁵⁾ objetivaria resguardar a transparência nas disputas eleitorais

Abstract: By proposing the typification of keeping a slush fund for electoral purposes as a criminal offense, the conceivers of the “Anti-crime” project seek to face the political corruption phenomenon through changes in criminal law. This proposal assumes, wrongly, that every unaccounted donation hides future venality of the public function. The article demonstrates that there are substantial differences between these phenomena, beginning with the distinction among the objects of protection by these criminal offenses. It is concluded that the criminalization of the slush funds, at least in the terms of this proposal, should frustrate the expectations placed on it, besides criminalizing behaviors that do not offend objects of protection by our legal system.

Keywords: Slush funds. Political corruption. “Anti-crime” Project.

e o escorregio funcionamento das organizações partidárias, assegurando, ao final, a lisura do processo democrático.

A fim de clarificar a diferença entre os bens jurídicos tutelados pelas tipificações estudadas, imagine-se um cidadão que tenha conseguido eleger-se ao cargo pretendido graças a generosas doações não contabilizadas, sem, no entanto, em razão de sua função pública, firmar qualquer compromisso ou agir, em perspectiva ou concretamente, para favorecer o aludido doador. No hipotético caso, poderíamos cogitar de afetação à integridade do sufrágio, não sendo possível, contudo, aventar-se de violação ao regular funcionamento das atividades públicas, muito menos de malversação do cargo público conquistado pelo candidato em razão de qualquer *vantagem indevida*.

Buscando colher evidências empíricas sobre o tema, Carazza estudou os depoimentos prestados por colaboradores relacionados à Operação Lava Jato,⁽⁶⁾ indicando que estes apontam razões das mais diversas para a realização de doações não contabilizadas, que nem sempre visam à obtenção de uma contrapartida específica dos candidatos. Dentre tais motivos, incluem-se o interesse das empresas (e dos empresários) em não se expor publicamente como “grandes doadoras”, ou dos partidos em não querer receber publicamente doação de determinada empresa, ou para evitar que políticos fiquem ressentidos porque receberam menos recursos que outros, ou ainda para burlar as limitações quantitativas impostas pela legislação eleitoral.⁽⁷⁾

Nas hipóteses acima destacadas, não é possível se falar em lesão à higidez e bom funcionamento das atividades públicas, vez que se trata de doação que poderia ser realizada oficialmente, com sua posterior identificação em prestação de contas; mas sobre a qual, em razão de um juízo de conveniência do doador (ou do candidato), opta-se por esconder a origem dos valores. Fala-se ainda, informalmente, em *caixa três eleitoral*, que seria

a utilização de um terceiro, atuando como agente interposto, que realizaria as doações, contabilizadas ou não, em razão de acordo firmado com a efetiva doadora.⁽⁶⁾ Da mesma forma, incide a prática de camuflagem do real doador relacionada a um juízo de conveniência. Em ambas as hipóteses são afetadas a transparência e a *accountability* da disputa eleitoral, pois impede-se que o eleitor saiba quem são os financiadores de determinadas candidaturas.

Por outro lado, é perfeitamente possível que uma doação regular, devidamente declarada à Justiça Eleitoral, possa representar o pagamento de vantagem indevida a um agente político em razão de sua função, de modo a configurar o crime de corrupção passiva. É o caso da doação oficial que é realizada com a finalidade de que o candidato, caso eleito, favoreça o doador através da prática de ato inserido em seu âmbito de atribuições funcionais, como, por exemplo, a contratação de determinada empresa com dispensa de licitação ou o oferecimento de cargo comissionado a alguém indicado pelo financiador.

Nesse sentido, **Neisser** afirma que “[n]em mesmo as doações feitas nos estritos limites da legislação, impende destacar, devem necessariamente estar desvinculadas de eventual acordo sinalagmático. Pode se dar algo, mesmo que licitamente, em troca de outra coisa”.⁽⁹⁾

E também **Leite** e **Teixeira**: “[...] é possível falar em corrupção em casos em que a doação foi regular segundo os padrões do direito eleitoral e, inversamente, é perfeitamente possível chegar-se à conclusão de que não houve corrupção em casos de doações vultosas e irregulares [...]”.⁽¹⁰⁾

Não que as práticas do *caixa dois* eleitoral e da corrupção sejam completamente dissociadas. Todavia, é certo que uma não leva à outra necessariamente. Partindo dessas premissas, **Teixeira** entende que o *caixa dois* eleitoral se aproxima muito mais de uma “*infração administrativa-eleitoral*” do que de “*condutas próximas ou antecipatórias da corrupção*”, esta última uma visão sustentada com bastante ênfase por certos setores da sociedade brasileira.⁽¹¹⁾

É nesse contexto que se colocam as discussões sobre a criminalização da utilização de recursos não contabilizados em campanhas eleitorais.

Referido comportamento passou a ser considerado crime apenas recentemente, mediante interpretação dos Tribunais de que a utilização de recursos não declarados em campanhas encontraria aderência típica no art. 350 do Código Eleitoral (CE), que criminaliza a chamada *falsidade ideológica eleitoral*.⁽¹²⁾ Não são raras as críticas a essa compreensão, a começar pela controvérsia a respeito de se a prestação de contas pode ser considerada um “documento” para fins jurídicos.⁽¹³⁾ Portanto, a criminalização – improvisada – que hoje se pratica é fruto de uma expansão indevida das balizas do tipo penal, mediante utilização de analogia *in malam partem*,⁽¹⁴⁾ no que caracteriza transgressão ao princípio da legalidade. Nesse estreito âmbito, enxerga-se como positiva a tipificação da conduta, pois limita-se a criação, pelos Tribunais, de ações merecedoras de sanção criminal.

Embora a criminalização em abstrato afigure-se positiva, a redação utilizada no projeto traz preocupações que necessitam ser discutidas.

O *caput* do art. 350-A do CE conteria a seguinte descrição “*Arrecadar, receber, manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso, valor, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral*”. Inicialmente, observa-se problema de ordem lógica quando se percebe que, enquanto os verbos nucleares descrevem ações que se realizam instantaneamente (à exceção do verbo “manter”), somente é possível aferir se a contabilização dos recursos de campanha foge ao que prescreve a legislação eleitoral quando da prestação de contas, momento que é posterior à arrecadação, recebimento, utilização e movimentação dos valores.⁽¹⁵⁾

Em seu § 1º, ao prever que “*Incorre nas mesmas penas quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços nas circunstâncias estabelecidas no caput*”, o Projeto de Lei amplia significativamente o âmbito de incriminação da norma penal, ao incluir em sua esfera de incidência não somente os membros de partidos políticos, mas também aqueles que contribuem com as campanhas. O objetivo do PL parece ser, em tese, reprimir a prática de financiamento irregular por grandes doadores. Todavia, à luz da descrição pretendida, a abertura do tipo penal é tamanha que poderia incidir sobre qualquer um que presta serviços voluntariamente a uma campanha eleitoral sem que ocorra o devido registro das despesas estimáveis em dinheiro, como o serviço de distribuir panfletos e adesivos, ou o oferecimento de transporte gratuito para militantes. Em suma, o Projeto visa o enfrentamento aos grandes *players* empresariais, mas acaba por incidir, igualmente, sobre uma ampla maioria que não possui capital para exercer influência sobre candidatos ou capturar as instituições do Estado.

Chama atenção ainda o §2º da proposição legislativa, em que se lê: “*Incorrem nas mesmas penas os candidatos e os integrantes dos órgãos dos partidos políticos e das coligações quando concorrerem, de qualquer modo, para a prática criminosa*”. O dispositivo reafirma o concurso de pessoas para o crime que se visa tipificar. À primeira vista, aparenta se tratar de um postulado desnecessário, pois, conforme já previsto no art. 29 do CP, a distribuição da responsabilidade criminal depende das contribuições individuais para o fato comum. Tal inoportuna reiteração do mandado normativo pode direcionar a atividade interpretativa do julgador, que possuiria maior discricionariedade (e legitimidade) para atribuir responsabilidade criminal a quaisquer integrantes dos partidos, mesmo àqueles que não estão envolvidos diretamente com as atividades de arrecadação de verbas eleitorais, como, por exemplo, os membros da burocracia partidária que exercem cargos de liderança.

O § 3º prescreve que “*A pena será aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), no caso de algum agente público concorrer, de qualquer modo, para a prática criminosa*”. Tem-se o mesmo problema do § 1º, vez que se abre margem para imposição de penas mais altas a estratos da burocracia estatal que não são enxergados, conforme a retórica dos entusiastas do projeto, como merecedores de uma reprimenda mais elevada. Novamente, mira-se a criminalidade de maior sofisticação, como, por exemplo, a figura de um político que orienta empresários a realizarem pagamentos não contabilizados à campanha de terceiros, mas atinge-se, igualmente, um servidor público com modestas atribuições. Logo, deve-se concordar com Salvador

Netto e Neisser quando avaliam que “a condição de agente público somente se torna relevante se ela for fundamental na prática do delito, o que a proposta não prevê”.⁽¹⁶⁾

Conclusão

Conclui-se que (i) em um cenário de insegurança jurídica e de criminalização indevida do *caixa dois* por meio do delito de falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do CE), afigura-se positivo, em tese, o estabelecimento de tipo penal específico para a conduta reprimida; todavia (ii) concretamente, a redação contida no projeto possui definições problemáticas, por ampliar desarrazadamente o âmbito de incidência do tipo penal, criminalizando condutas que não ofendem a bens jurídicos, sob o pretexto de atingir os grandes *players* do sistema de financiamento eleitoral; ademais, (iii) o programa carece de instrumentos que o tornem eficaz para a realização das finalidades que lhe são atribuídas, afeitas ao afirmado “combate à corrupção”, por se observar que as relações entre o *caixa dois eleitoral* e a *corrupção política* são muito menos evidentes do que o discurso de determinada parcela da sociedade leva a crer; de modo que (iv) a aprovação desse projeto representaria risco de intensificação da criminalização da atividade política e partidária, quando se assenta a concepção, equivocada, de que toda a doação não contabilizada esconde um futuro exercício de venalidade da função pública; (v) por fim, a redação do § 2º do tipo penal pode legitimar, ou ao menos induzir, as agências de repressão do Estado a incriminar integrantes das burocracias partidárias por condutas praticadas por terceiros, afrontando-se o princípio da responsabilidade penal pessoal;⁽¹⁷⁾ ou em razão de mera posição hierárquica, o que incorreria em responsabilização penal objetiva, vedada pelo ordenamento pátrio.

Notas

- (1) Segundo Bustos Gisbert, o fenômeno da *corrupção política* possui quatro especificidades: (i) a atividade deve ser realizada por pessoas ou grupos que ocupam cargos públicos em razão de natureza representativa, seja por eleição direta seja por nomeação indireta, (ii) o cargo deve representar exercício de autoridade pública e ampla margem de discricionariedade no processo decisório, (iii) entre as razões de cometimento da ação ou omissão, deve concorrer um interesse pessoal do agente público, e (iv) deve-se ter consciência de que as condutas rompem com a relação de confiança outorgada por meio do voto. Em GIBERT, Rafael Bustos. *Corrupción política y derecho*. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (org.). *Estudios sobre corrupción*. v. 1. 1. ed. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, 2012. p. 62.
- (2) Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martinus Fontes, 2011. p. 29 e ss.
- (3) Em relação à proposta de criminalização do *caixa dois eleitoral* tratada neste artigo, tramitam paralelamente dois projetos idênticos, um em cada casa legislativa: o PL 881/2019 na Câmara dos Deputados e o PL 1.865/2019 no Senado Federal. Ainda, tramita na Câmara dos Deputados o PL 27/2017, já aprovado no Plenário do Senado Federal, que decorre da campanha conhecida como “10 Medidas Contra a Corrupção”. A redação deste último Projeto de Lei guarda similaridade com os Projetos tratados neste artigo. Até a data de submissão do presente trabalho, o PL 1.865/2019 do Senado Federal havia sido aprovado na Comissão de Constituição e Justiça daquela casa legislativa, em caráter terminativo. A justificativa pública para a tramitação de ambos os projetos em paralelo é de que o PL 1.865/2019 trata exclusivamente da tipificação do *caixa dois eleitoral*, enquanto o PL 27/2017 aborda outros temas, possuindo objeto difuso, de modo que tramitaria mais lentamente. A aprovação do PL 1.865/2019, assim, asseguraria a criminalização da conduta com maior brevidade.
- (4) SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 92.
- (5) Leite, Alaor; Teixeira, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: _____ (org.). *Crime e política: corrupção,*

financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. São Paulo: FGV, 2017. p. 156.

- (6) Como a Operação Lava Jato foi deflagrada em 2014, as informações colhidas em seu âmbito, no que tange às disputas eleitorais, geralmente dizem respeito às eleições realizadas naquele ano e às anteriores, quando ainda era permitida a realização de doações eleitorais por pessoas jurídicas, cenário considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4650 (Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015).
- (7) CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, eleições e poder: as engrenagens do sistema político brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 75.
- (8) “(...) as delações prestadas na Operação Lava Jato revelaram uma nova modalidade de burla à legislação eleitoral; a Odebrecht utilizou terceiros para fazer suas doações. Trata-se de um verdadeiro ‘caixa três’, que até então não havia sido identificado pela Justiça Eleitoral” em CARRAZA, op. cit., p. 51.
- (9) Neisser, Fernando Gaspar. Financiamento eleitoral e corrupção: limites do atual modelo de controle. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; Bechara, Ana Elisa Liberatore Silva (coord.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano-brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013. p. 453.
- (10) LEITE; TEIXEIRA, op. cit, p. 137.
- (11) Teixeira, Adriano. Proposta de Moro para criminalizar caixa 2 não cumpre o que promete: ser ferramenta de combate à corrupção. *El País*, 24 fev. 2019. Disponível em: <https://goo.gl/paBv8L>. Acesso em: 19 de jun. 2019.
- (12) Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais: Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.
- (13) Salvador Netto, Alamiro Velludo; Neisser, Fernando. Caixa 2 e o exército de criminosos. *O Estado de S. Paulo*, 06 fev. 2019. Disponível em: <https://goo.gl/oBRp5u>. Acesso em: 19 jun. 2019.
- (14) PAIVA, Paulo Frederico Rodrigues. Acerca da natureza aditiva da decisão do TSE no Recurso Especial Eleitoral nº 38455-87/SP. *Jota*, 01 set. 2017. Disponível em: <https://goo.gl/fxVBwB>. Acesso em: 19 jun. 2019.
- (15) Em idêntico sentido vão as ponderações de Salvador Netto e Neisser “O momento em que as contas são prestadas, contudo, é sempre posterior ao ingresso das receitas e à realização das despesas. Mais grave, as contas podem ser retificadas e, portanto, corrigidas, por ato dos próprios candidatos, até o momento de seu julgamento – o que pode ocorrer anos depois da eleição”. Em SALVADOR NETTO; NEISSER, op. cit.
- (16) Idem, ibidem.
- (17) CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal – parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 33-34.

Alfredo Ermírio de Araújo Andrade

Mestrando em Direito Penal pela USP. Advogado.

ORCID: 0000-0002-5708-0684

alfredo.ermirio@gmail.com

Luis Henrique Pichini Santos

Pós-graduando em Direito Penal pelo ICPC.

Pós-graduado em Direito Penal

Econômico pela FGV. Advogado.

ORCID: 0000-0002-1637-4870

luishenriquepsantos@yahoo.com.br

Marco Antônio Riechelmann Júnior

Graduando em Direito pela USP.

ORCID: 0000-0002-8047-3435

riechelmann19@gmail.com

Recebido em: 01/03/2019

Aprovado em: 05/06/2019

Versão final: 15/07/2019

Recrudescimento penal no projeto de lei anticrime: um caminho inócuo

Marina Favretto Luersen

Resumo: O presente artigo analisa, sob a perspectiva crítica, o recrudescimento penal proposto no “Projeto de Lei Anticrime”, apresentado em fevereiro de 2019 pelo Governo Federal. De forma introdutória, comenta as alterações sugeridas para, na sequência, realizar um cotejo analítico entre o Projeto e o discurso de política criminal nele consubstanciado, comparando as razões conferidas às medidas ofertadas com as lições da teoria da prevenção do crime em suas múltiplas facetas. Mediante revisão bibliográfica nacional e internacional, observa-se que a adoção de novas penas e regime de cumprimento mais severo não implica, necessariamente, a não ocorrência de delitos e não leva, por isso mesmo, a prevenção, de forma que o caminho proposto pelo Projeto, por parecer inócuo, pode se apresentar como ilegítimo em um Estado Democrático de Direito, em que a pena deve ser uma garantidora/protetora de bens jurídicos.

Palavras-chave: Projeto de Lei. Anticrime. Política Criminal. Bem jurídico. Análise. Crítica.

1 Introdução: as alterações propostas pelo projeto

O denominado “Projeto de Lei Anticrime”, apresentado pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, fundamenta-se no combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes violentos. Para isso, conta com alterações em dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e de outras 12 leis infraconstitucionais; e traz, em seus 20 tópicos, substanciais alterações que implicam o recrudescimento das penas e da sua execução, inovações quanto à legítima defesa na atuação policial, introdução de institutos estrangeiros (*plea bargain* e *whistleblower*), maior rigidez frente ao enriquecimento ilícito e ao perdimento de bens e, ainda, a criação de um banco nacional de perfis genéticos e a ampliação de regimes diferenciados para apenados pré-determinados.

Focado no que o Ministro chamou de “crimes graves”, o projeto parte do pressuposto de que o “endurecimento da legislação criminal” constitui importante passo ao enfrentamento das organizações criminosas e, por isso, institui uma espécie de estado policalesco, para situações que considera de especial relevância para o combate de delitos erigidos a principais inimigos da justiça. A intolerância frente a tais delitos assume, neste contexto, diversos enfoques, em uma verdadeira luta contra ações cunhadas como absolutamente prejudiciais ao interesse público, com marcas de austeridade criminal em diversos pontos da proposta.

As mudanças declaradas, que visam o que fora chamado pelo próprio projeto de medidas de “endurecimento penal”, estão nas alterações propostas no item “V”. A primeira delas diz respeito ao Código Penal, em que é sugerida a inclusão de três novos parágrafos ao artigo 33 (§§ 5º, 6º e 7º). O §5º determina que, em caso de “reincidência” ou conduta “habitual, reiterada ou profissional”, será imposto como regime inicial de cumprimento de pena o fechado, exceto se as infrações

Abstract: This article analyses, considering a critical perspective, the Federal Government Anticrime Project, presented in February 2019, taking account the harsh criminal punishment law proposed. Introductory, the paper talks about the law proposed changes for, through the comparative method, do an analytic collation between the Project and the criminal politics speech assumed by it, making a parallel with the theory of criminal prevention in its many facets. Based on national and international doctrine, this work argues that more austere penalties adoption and more incisive forms of execution don't imply, necessarily, the non-occurrence of crimes and, therefore, don't reveal, in any of its theoretical aspects, prevention. That fact, de-legitimizes the adoption of these measures in Brazilian legal system, which put penalty like legal good guarantee.

Keywords: Law Project. Anticrime. Criminal Politics. Analyses. Critical.

pretéritas forem “*insignificantes*” ou de “*reduzido potencial ofensivo*”. O regime inicial fechado também passa a ser a regra para os delitos de corrupção ativa ou passiva e peculato (§6º), bem como de roubo com emprego de arma de fogo ou que tenha como consequência a lesão corporal (§7º) – exceto nos crimes contra a administração pública, se “de pequeno valor” e, em qualquer caso, “*se as circunstâncias previstas no art. 59 forem todas favoráveis*”.

Ainda quanto ao regime de pena privativa de liberdade, é proposta a inclusão, no artigo 59 do Código Penal, de um “parágrafo único”, que determinaria a possibilidade de o juiz, “*em observância aos critérios deste artigo*”, fixar período mínimo de cumprimento em regime inicial fechado ou semiaberto, antes de possibilitar eventual progressão.

Nas progressões, a proposta segue incluindo parágrafos em artigos. No artigo 2º da Lei 8.072/1990, inclui o §5º, que assenta progressão somente após o cumprimento de 3/5 da pena, se o resultado for morte; e, no §6º estabelece que para progredir de regime o condenado ficará subordinado ao seu “mérito” e à “constatação de condições pessoais” que “*façam presumir que ele não voltará a delinquir*”; o último parágrafo incluído, o §7º, fecha com severidade o dispositivo: determina a impossibilidade aos condenados, definitivos ou provisórios, por crimes hediondos, de tortura ou de terrorismo, durante regime fechado, saírem temporariamente por qualquer motivo, ressalvadas as hipóteses do Art. 120 da Lei 7.210/84 (falecimento ou doença grave de cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão e tratamento médico) e o comparecimento em audiências ou, durante cumprimento de regime semiaberto, em caso de existência de “trabalho ou curso de instrução profissionalizante”.

A última alteração trazida pelo item V é na Lei 12.850/13 (organizações criminosas), em que, na mesma técnica,

parágrafos são adicionados ao artigo 2º: o §8º, determina que “lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham arma à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima”; e o §9º, estabelece que o condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado através desta “não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem manutenção do vínculo associativo”.

As medidas de recrudescimento penal, apesar de concentrarem-se no citado item, não se esgotam nele. Além da matéria da prisão provisória (itens I e II), é possível vê-las também no aumento da pena em crimes com armas de fogo (item VII); nas medidas para “evitar a prescrição” (item X); nas medidas quanto ao “crime de resistência” (item XI); nas mudanças para “melhor criminalizar o uso de caixa dois em eleições” (item XIV); nas proposições para “dificultar a soltura de criminosos habituais” (item XVI) e, ainda, nas medidas relativas a alteração do regime jurídico de presídios federais, mais severos *per si* (item XVII).

Na observância global do proposto, chama atenção a verdadeira declaração de guerra a certos delitos e, ainda, o viés punitivista e, por derradeiro, demagógico do projeto. A “resposta à sociedade” parece ser uma das principais balizas, visando uma espécie de prevenção que fatalmente implicará, se aprovadas as medidas, na redução de direitos e garantias constitucionais, com vistas a, de forma pouco clara, solucionar os tão graves problemas de segurança pública que assolam o país.⁽¹⁾

2 Recrudescimento penal: um caminho inócuo

Apesar da legitimidade dos objetivos do projeto, não existe, quando da sua exposição, quaisquer referências a dogmática ou a pesquisas de política criminal que, de alguma forma, constatem que as medidas são hábeis para surtir os efeitos anunciados – ou seja, a prevenção à ocorrência de delitos. Muito embora, é certo, seja atrativa a ideia de que o endurecimento penal e das formas de cumprimento de pena têm como consequência a diminuição da criminalidade, até hoje não existe cientificidade em tal afirmação, uma vez que jamais foi comprovada a relação de causa e efeito entre uma e outra; ao contrário, são diversos os teóricos que criticam essa assunção, entendendo-a equivocada.

Superadas as penas por vingança e os suplícios característicos da idade média,⁽²⁾ em que “o direito esteve a serviço da opressão e da tirania dos reis e da Igreja”,⁽³⁾ as ideias iluministas trouxeram uma nova compreensão de pena, baseada na privação da liberdade daquele que ofendesse bem jurídico suficientemente grave a exigir intervenção penal. A racionalidade premente da época, o Estado Moderno, a teoria do contrato social e a laicização pressupunham justificativa social congruente para a aplicação da pena; nesta toada, em 1764, **Beccaria** publica seu famoso livro *Dos delitos e das penas*, em que sustenta reações estatais “finalisticamente orientadas” e marca, com isso, o início do que viria a ser chamada de “escola clássica” na criminologia, ao disseminar a compreensão de que

as penas devem, para serem legítimas, ter sentido racional.⁽⁴⁾

Dessa feita, surgem as mais distintas teorias sobre o fim da pena, merecendo destaque, dentre elas, a teoria de retribuição, com enfoque que vai desde as concepções judaico-cristãs, tangencia as justificativas de **Kant** e de **Hegel**, e se estende até os estudos de **Ferrajoli**; a teoria da prevenção, seja sob a perspectiva especial ou geral, positiva ou negativa; a teoria da ressocialização, que é identificável, de acordo com alguns doutrinadores, com a prevenção especial positiva e, ainda, as teorias ecléticas ou unificadas.⁽⁵⁾

As medidas de austeridade constantes no “Projeto de Lei Anticrime” são fundamentadas por seus elaboradores na ideia geral e especial de prevenção e nas quatro nuances que esta última assume, por mais que não seja nomeada oficialmente como tal. Isto é, o discurso envergado pelo Governo Federal imprime a ideia de que, por intermédio do que fora proposto, aqueles crimes tidos como especialmente deletérios à sociedade seriam, se não expurgados, ao menos reduzidos da realidade social.

Nesse sentido, a prevenção especial ocorreria, segundo a apresentação do projeto, mediante o encarceramento do sujeito que, preso, restaria impedido de delinquir, pois neutralizado (prevenção especial negativa); ao mesmo tempo, parte-se de ideia de que o condenado seria, uma vez punido, readequado ao sistema, corrigido para não “pecar” novamente (prevenção especial positiva). Por outro lado, a prevenção geral operaria, em tese, pois, ao penalizar mais severamente o cometimento de certos delitos, isto intimidaria os cidadãos como um todo, realizando-se assim uma “coação psicológica”, como chamou **Feuerbach**, desestimulando sujeitos honestos à prática do delito (prevenção geral negativa); com isso, ter-se-ia, então, certa estabilização social, com a institucionalização das expectativas normativas e devolução ao Estado de sua credibilidade (prevenção geral positiva).⁽⁶⁾

Independentemente do *approach* conferido à prevenção, esta tem sido considerada o fundamento do Projeto, a razão que, ao menos no discurso criminológico, serviria para embasar, de forma a princípio legítima e constitucional, sua aprovação. Ao longo dos últimos séculos, porém, foram diversas as críticas passíveis de serem enumeradas quanto à “prevenção”, ainda mais se *isolados* entre si os seus aspectos. Isso porque, o que se constatou, historicamente, é que soluções rasas de política criminal negativa não têm condão de alcançar a pretensa redução da criminalidade e, a despeito do apelo popular e clamor eleitoral, não são eficientes para alcançar aos fins anunciados.

Se a pena precisa ter funções para ser legítima, pois principal programa oficial de controle de crime e da criminalidade, e se essa legitimidade se verifica pela construção de ideias de retribuição, prevenção e ressocialização, nos termos do Art. 59 do Código Penal e da Lei de Execução Penal, uma vez que determinadas medidas não atinjam os fins a que se prestam, não podem elas estar “de acordo” com o Direito, já que destituídas da necessária racionalidade e cientificidade indispensáveis ao Estado Democrático de Direito.

O item V do projeto prevê maior severidade no tratamento de sujeitos determinados ao impor, como regra, para “reincidentes” ou “criminosos habituais”, bem como para infratores de delitos considerados especialmente relevantes (corrupção, peculato e roubo majorado) regime inicial fechado de cumprimento de pena (Art. 33, §§ 5º, 6º e 7º). Na mesma toada, inclui no Art. 59 a possibilidade de fixação de um “período mínimo” de cumprimento de pena em tal regime, ou no semiaberto, antes da progressão. Nas proposições que faz ao Art. 2º, da Lei 8.072/90, segue idêntica linha, ao impor maior dificuldade de progressão aos condenados pelos crimes que elenca; e, no Art. 2º da Lei 12.850, determina a impossibilidade de concessões prisionais aos integrantes de organizações criminosas, em especial se forem líderes de organizações armadas ou com armas à disposição. Esse subtópico, *per se*, possui idiosincrasias insuperáveis.

Tendo em vista que a fixação de regimes mais graves para o início de cumprimento de pena não tem um objetivo em si, mas deve consubstanciar os objetivos do ordenamento, não é possível afirmar que as medidas sugeridas se prestam ao seu objeto. Isso porque, além de inexistirem comprovações científicas de que a penalização em regime inicial fechado vá, de alguma forma, evitar o delito, ou que o encarceramento causará o “reajuste” do condenado, a experiência criminal mostra algo diferente disso.

A privação da liberdade produz, em verdade, de acordo com Santos, a reincidência, uma vez que a prisão tem evidentes efeitos nocivos, exercendo não apenas uma “desclassificação social objetiva” do condenado, mas também influenciando na autoimagem dele, estigmatizado socialmente e excluído da reintegração social.⁽⁷⁾ Ao classificar o sujeito como criminoso “habitual”, “reincidente” ou praticante de “delitos especialmente graves” e isolá-lo, não se evita a realização de novo delito (prevenção especial negativa), nem se garante o reajuste a ordem social (prevenção especial positiva); diferente disso, a prisão acarreta, nas palavras de Baratta,⁽⁸⁾ uma “desculturação” do agente em relação ao mundo externo e sua “aculturação” ao mundo prisional, transformando-o não apenas perante a sociedade, mas perante ele mesmo, naquilo que para ele fora preconizado – ou seja, no criminoso habitual, reincidente, reiterado, profissional, infrator de normas de especial relevância social. O caminho da estigmatização tem como efeito rebote a assunção, pelo próprio agente que é marcado, do rótulo que lhe foi previamente imposto (*self fulfilling prophecy*), e, com isto, fecha-se a porta à sua eventual reinserção social.

Se, quanto à prevenção especial (negativa e positiva/ressocialização), é difícil determinar a congruência finalística das medidas propostas, quanto à prevenção geral não parece ser diferente. Não é possível concluir que o recrudescimento evitará a prática de delitos pelos demais agentes da sociedade, pois quanto à prevenção geral negativa não há qualquer argumento científico que, seguindo regras metodológicas claras, opere em favor da tese de que o rigor punitivo leve a menor incidência de determinada prática e, de forma oposta, estão os dados de tráfico de entorpecentes, por exemplo, em que são cada vez mais

severas as punições, e nem por isso menos frequente a prática delitativa. Também não seria admissível, na ordem constitucional vigente, justificar a aplicação de penalidade mais severa a um sujeito *em específico* sob o manto da estabilização do sistema social ou da institucionalização de “expectativas” (prevenção geral positiva), já que ninguém pode, individualmente, servir de “bode expiatório” ao falho sistema punitivo.

Punir com austeridade certos fatos não implica resolver o problema como tal e pode levar apenas a “solução penal para a satisfação retórica da opinião pública”.⁽⁹⁾ Por milênios foram impostas penas corporais extremamente cruéis e isso não inibiu que outras pessoas viessem a cometer iguais delitos.⁽¹⁰⁾ A aplicação exemplar da pena, além de inadequada aos fins declarados no ordenamento, corre o risco de esbarrar na falta de proporcionalidade desta e, por conseguinte, violar a dignidade da pessoa humana, já que implica em *castigo* não pelo cometido (fato), mas simplesmente para desencorajar potenciais infratores. Afora isso, se o Direito passar a admitir aplicação de pena e regime de cumprimento mais severo a determinados delitos pois mais corriqueiros, assume-se, contrariando a concepção de que a culpabilidade é a medida da penalização, que a valoração do *quantum* da imposição de pena dependerá da frequência com que esse delito ocorre o que, por certo, não soa razoável em vários aspectos, em especial sob o ponto de vista da teoria da pena.

Outro risco que não pode escapar à percepção é que, além de medidas mais penalizadoras não serem eficazes, adequadas ou úteis nem à proteção de bens jurídicos, nem para evitar o crime, muitas vezes, como é o caso, desvelam aplicação de um direito penal *do autor*. Quando a legislação, diz Roxin, determina que circunstâncias subjetivas devam ser levadas em consideração para a fixação da pena – na forma do que faz o Art. 59 do Código Penal –, apenas determina a avaliação dos aspectos subjetivos do fato em si e em relação a ele, sobre a forma como agiu o autor *in casu*, independente de como teria o sujeito, até aquele momento, conduzido sua vida. A “culpabilidade pela condução da vida”, enquanto não passa de uma expressão para indicar a periculosidade, “nunca puede utilizarse para rebasar en la medición de la pena la medida de la culpabilidad por el hecho”, argumenta o autor, e, por isso, não é hábil para fundamentar medida ou regime de pena mais rigoroso em qualquer Estado Democrático.⁽¹¹⁾

A proteção de bens jurídicos é, e deve ser, a finalidade precípua do Direito Penal e, nesse contexto, é inadmissível que a austeridade implique mera “reafirmação da confiança no Direito” ou “punição pela periculosidade”, pois então a tarefa do Direito Penal não passaria de “satisfazer os impulsos punitivos da população”.⁽¹²⁾ Tal objetivo, de acordo com Santos, representaria “irracional substitutivo da proteção de bens jurídicos, que atrelaria o Direito Penal à barbárie dos instintos primitivos”, o é incongruente com uma ordem jurídica pautada precipuamente na dignidade da pessoa humana.

Desde 2004, todavia, o atual Ministro da Justiça, então juiz federal, escreve sobre a importância do apelo popular para grandes operações, na época comentando a italiana *Mani Pulite*; e também para enfrentamento a delitos como

a corrupção, ao declarar ser tolerável, em alguns casos, relativizações de institutos como o da presunção da inocência e impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, que considera como “excesso liberal”.⁽¹³⁾ O aumento da percepção de violência, diz **Hassemer**, é o que leva, muitas vezes, a compreensão de que diante dos riscos e ameaças deve-se ir à guerra – em um verdadeiro “combate” (“luta”, “eliminação” e “repressão”) à criminalidade – em que o Direito Penal, em prol de suposta eficiência, se eleva, “*prescindindo parcialmente de la sujeción de sus principios y puesto a disposición como in instrumento fuerte de control*”.⁽¹⁴⁾

Não há dúvidas de que, *prima facie*, nada parece mais democrático do que atender aos anseios da maioria, dando-lhe o que espera: legislações rigorosas para inimigos declarados, criminosos contumazes e perigosos. Acontece que, quando se assume essa postura, assume-se também o risco de, além de não se reduzir o cometimento dos referidos crimes (prevenir), ainda sucumbir-se a irracionalidades típicas da era medievá, quando a punição envolvia um verdadeiro espetáculo público dirigido ao sujeito e quando os castigos representavam a realização da justiça – deturpada ou não; justa ou não. Acontece que o Direito Penal, que, segundo **Welzel**,⁽¹⁵⁾ tem como finalidade proteger bens jurídicos, não pode ser mais incisivo sem razão que comprovadamente seja passível de alcançar este fim, sob pena de não ser admissível em um Estado Democrático de Direito, que deve ser pautado pela racionalidade na aplicação de seus institutos jurídicos.

3 Considerações finais: o não atingimento dos fins propostos

Presencia-se a era da informação, em que os discursos sensacionalistas do terror ganham audiência e relevância e em que a aclamação pública assume maior destaque nas políticas criminais do que estudos profundos e fidedignos sobre o tema. A divulgação nos meios de comunicação, nas redes sociais e na mídia como um todo chamou para si, nas palavras de **Batista**, “*o estratégico discurso do controle social da pena*”; de forma que “*os esgares do âncora de um telejornal com boa audiência são mais importantes para a política criminal brasileira do que a produção somada de nossos melhores criminólogos e penalistas*”.⁽¹⁶⁾

O “movimento de lei e de ordem”, como chamou **Dotti**, representa um discurso político do crime que o legislador brasileiro, especialmente a partir dos anos 90, personificou, tomando para si um “*papel de construtor da anarquia do sistema legal em sacrifício de princípios e garantias constitucionais e legais que, pouco a pouco, foram sendo atropelados pelo trator da legislação do pânico*”.⁽¹⁷⁾

Por mais que, há anos, **Benjamin Franklin** tenha dito que “*those who would give up essential liberty, to purchase a little temporary safety, will not have, nor do they deserve, either one*”, parece que a sentença ficou no passado. O movimento hodierno do Brasil – que não é propriamente novo e nem exclusivo da nossa nação – “*incorpora em todos os seus segmentos o ideário da paz americana, pela qual a intervenção no âmbito da liberdade e dos direitos fundamentais dos cidadãos é justificada tão só pelo pretexto e se satisfaz, simplesmente, com*

a destruição do inimigo”.⁽¹⁸⁾

Assim, considerando a célebre frase de **Liszt**, que disse que o Direito Penal é a “*barreira intransponível da Política Criminal*”,⁽¹⁹⁾ é preciso, em projetos “anticrime”, que os operadores do Direito separem o sensacionalismo do cientificismo e levem ao legislador uma visão lúcida sobre o fato de que não é possível afirmar que penas ou regimes penais mais severos cumprem os objetivos declarados do nosso ordenamento.

Notas

- (1) MASI, Carlo Velho. *Comentários ao Projeto de Lei Anticrime do min. Sérgio Moro*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/comentarios-projeto-sergio-moro/>>. Acesso em: 27 fev. 2019.
- (2) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 34-67.
- (3) BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 79.
- (4) BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/eb000015.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2019.
- (5) Utilização da classificação de Boschi (BOSCHI, op. cit.) em convergência com a de SANTOS (SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 419-430.)
- (6) SANTOS, op. cit., p. 419-425.
- (7) Idem, ibidem, p. 442-445.
- (8) BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 160-184.
- (9) SANTOS, op. cit., p. 450.
- (10) BECCARIA, op. cit.
- (11) ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 187-188.
- (12) SANTOS, op. cit., p. 449.
- (13) MORO, Sérgio Fernando. *Considerações sobre a operação Mani Pulite*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2019.
- (14) HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1995. p. 64.
- (15) WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. J. Custos Ramirez e S. Yañez Peres. Santiago: Jurídica de Chile, 1970. p. 16-17.
- (16) BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 112.
- (17) DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.
- (18) TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança Pública. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, v. 1, n. 00, p. 127-142, 2004. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/89319>>. Acesso em: 01 mar. 2019.
- (19) LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. v. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

Marina Favretto Luersen

Pós-graduada em Direito Público pela
Universidade de Caxias do Sul.

Bacharela em Direito pela PUCPR. Advogada.

ORCID: 0000-0003-4636-5796

marina@scholz.adv.br

Recebido em: 01/03/2019

Aprovado em: 15/06/2019

Versão final: 16/07/2019

Capital genético da miséria: a proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético

Mariana Lins de Carli Silva

Resumo: O artigo objetiva desenvolver uma análise da proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético, contida no que ficou conhecido como Pacote Anticrime. O estudo das alterações legislativas se funda tanto em uma visão sobre o estágio atual do repositório de dados quanto em indagações sobre formas de implementação, objetivos da proposta e constitucionalidade das medidas.

Palavras-chave: Pacote anticrime. Perfil genético. Violações de direitos fundamentais.

Abstract: The article aims to develop an analysis of the proposed expansion of the National Bank of Genetic Profile, contained in what was known as the Anticrime Package. The analysis of legislative changes is based on both a view of the current stage of the data repository and questions about implementation, objectives of the proposal and constitutionality of the measures.

Keyword: “pacote anticrime”; genetic profile; violations of fundamental rights.

1 Introdução

Corpos são uma potência transformadora. Como tal, podem ser vistos como fonte de criatividade, de vida, de luta, ou como alvo de controle e de extermínio. São constituídos pela história de um povo. No Brasil, a experiência da escravidão de negros africanos, que se manifesta hoje sobretudo no racismo estrutural (ALMEIDA, 2018), continua sendo uma linha divisória fundamental entre corpos disponíveis e indisponíveis. Seja pela retirada de direitos trabalhistas, pela reforma da previdência, pelo estímulo ao armamento da população e pelo pacote anticrime de Moro, beber até a última gota de sangue negro é a agenda do projeto ultraliberal em curso. O projeto genocida de Estado brasileiro, estudado por Ana Luiza P. Flauzina (2006), não se inicia com o governo Bolsonaro e Sergio Moro, mas, definitivamente, é preciso perceber a busca por um aprofundamento de suas operações. É nesse contexto que a proposta de ampliação do Banco Nacional de Perfil Genético se insere.

Os bancos de DNA podem ser definidos como grandes repositórios de material genético associados a dados de diversas naturezas (genéticos, médicos, biológicos, familiares, socioambientais), que formam um reservatório de matéria-prima para pesquisas atuais e futuras (CORRÊA, 2009, p. 9). A aplicação desse tipo de banco aos dados de identificação de pessoas processadas criminalmente e para fins de futuras investigações criminais opera nos marcos da intrínseca seletividade do sistema penal, em que apenas uma parcela específica é capturada pelas agências de controle estatal. Importante relembrar o funcionamento dessa seleção a partir de dois processos articulados: a criminalização primária e a secundária. A primeira se refere à eleição dos bens jurídico-penais que serão protegidos, traduzidos na descrição de tipos penais, cuja tutela punitiva, no que se refere à intensidade, se propõe, a princípio, a atingir igualmente os cidadãos. A criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que emerge da atividade das agências policiais, operada no curso da persecução penal por meio das instituições como a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Com base na premissa da seletividade penal, é possível

perceber que a proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético constitui uma verdadeira acumulação de capital genético da miséria. Isso porque trata-se de capturar e concentrar dados específicos de alto valor para quem os detém. Em tempos de estado de exceção, não há como vislumbrar uma garantia plena de que essas informações não sejam usadas para ressuscitar pesquisas e teorias de cunho lombrosiano, ou mesmo para aprofundar a própria seletividade. Há também um imenso valor nesses dados no sentido de serem compreendidos como provas exclusivas e irrefutáveis no curso do processo criminal. Buscar os culpados no rol dos já culpados pode ficar ainda mais fácil com as alterações propostas por Sergio Moro.

2 Alterações no Banco Nacional de Perfil Genético pelo pacote anticrime

Com o advento da Lei 12.654/2012, a Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/09) e a Lei de Execuções Penais (Lei 17.210/84) foram modificadas, inaugurando no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. A inserção do artigo 9º-A, na LEP, prevê, desde então, a identificação obrigatória do perfil genético para “condenados por crimes dolosos com violência de natureza grave ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos)”. O dispositivo ainda estabelece que a técnica de coleta de DNA deve ser adequada e indolor, e que os dados genéticos ficarão alocados em um banco de dados sigiloso.

O Poder Executivo regulamentou em 2013 o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e criou a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), por meio do Decreto nº 7.950/2013. Essa rede é composta atualmente por 18 laboratórios estaduais, 1 laboratório distrital e 1 laboratório da Polícia Federal, e é alimentada por três tipos de perfis genéticos: de vestígios de locais de crimes; de indivíduos cadastrados criminalmente segundo a Lei 12.037/09; e de pessoas desaparecidas.

Abaixo, um quadro comparativo da redação dada pela Lei 12.037/09 e da proposta de alteração de Moro, que permite guiar as reflexões:

LEP (Redação Lei 12.654/12)	LEP (proposta do pacote anticrime)
Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.	Art. 9º-A. Os condenados por crimes dolosos, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional.
§ 1º. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.	§ 1º. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.
§ 2º. A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.	§ 2º. A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.
-	§ 3º Os condenados por crimes dolosos que não tiverem sido submetidos à identificação do perfil genético, quando do ingresso no estabelecimento prisional, poderão ser submetidos ao procedimento durante o cumprimento da pena.
-	§ 4º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

2.1 Coleta compulsória de material genético de pessoas presas acusadas de crimes dolosos sem condenação definitiva

A proposta apresentada por Moro expande as hipóteses de coleta de material genético, passando a prever o procedimento de modo compulsório para “*todos os condenados por crimes dolosos, mesmo sem sentença condenatória com trânsito em julgado*”. Sem apresentar motivações, estudos de impacto, orçamento para a implementação, benefícios e riscos que podem ser gerados, restringindo-se a declarar oficialmente que servirá a situações futuras e hipotéticas, fica evidente sua desproporcionalidade em impor violações de direitos fundamentais, como se verá adiante. A atual restrição aos crimes dolosos cometidos com violência de natureza grave contra pessoa e aos tipos previstos na Lei de Crimes Hediondos busca se justificar principalmente na apuração de casos envolvendo crimes contra a dignidade sexual, como estupro. A suposta facilitação de investigação de casos de estupro merece algumas considerações. Primeiro porque os crimes sexuais apresentam altíssima taxa de subnotificação, estimando-se que menos de 10% dos casos sejam relatados à delegacia de polícia. Segundo, esse é um crime que em mais da metade dos casos é cometido por agressores conhecidos pelas vítimas, o que demonstra a pouca relevância para identificação de suspeitos. E terceiro, o uso do DNA do suposto agressor

somente pode ser interpretado como parte e não como o todo do conjunto probatório, considerando que a comparação de perfis genéticos não são 100% seguros, tratando-se “*de um resultado ou prova de probabilidade. Por essa razão, os resultados não podem ser aceitos de forma automática. Desse modo, o laudo pericial não deve mascarar fragilidades encontradas no decorrer das análises*” (SCHIOCCHET et alii, 2012, p. 67).

Ademais, bem se sabe que a agenda do presidente Jair Bolsonaro, da qual o Ministro da Justiça faz parte, não está comprometida efetivamente em prevenir e combater o fenômeno fruto de uma cultura do estupro. Afinal, trata-se de um governo chefiado pelo autor do inaceitável “não te estupraria porque você não merece”, direcionado à deputada Maria do Rosário, em 2014.

Na verdade, essa expansão significa, por exemplo, que homens e mulheres processados criminalmente por furto, com sentenças que podem ser revistas – tipo penal desprovido de violência ou grave ameaça – deverão ser submetidos à coleta de seu material genético. Ou seja, um tipo penal que em sua forma simples ou qualificada pode gerar uma condenação diversa da prisão, como a penas restritivas de direitos, ensejará a coleta de material orgânico do autor ou da autora. Isso significa que uma pessoa que furtar ou tentar furtar deverá colaborar com a Justiça obrigatoriamente em ceder seus dados genéticos para um banco que um dia pode ajudar a incriminá-la novamente, ainda que a atual incriminação seja passível de alteração, inclusive para absolvição. Não suficiente, a ausência de correlação entre o tipo de informação colhida e a elucidação do delito também pode ser verificada nos casos de crimes econômicos (IDDD, 2019).

Ao vincular a coleta compulsória de material genético à antecipação da execução da pena, a partir da condenação em segunda instância, fica evidente que o procedimento adquire status de punição. Nesse sentido, ignora a pendência da análise de constitucionalidade da prisão, pelo Supremo Tribunal Federal, após condenação em segunda instância.

2.2 Coleta do material durante o cumprimento da pena

O texto de Moro estabelece que a coleta será realizada quando do ingresso no estabelecimento prisional e, quando não for possível, poderão os presos ser submetidos ao procedimento durante o cumprimento da pena. Para os(as) condenados(as) à pena privativa de liberdade (ainda sem trânsito em julgado), emergem alguns questionamentos: em que local do estabelecimento prisional será realizada a coleta? Por quais profissionais, considerando a escassez de médicos(as) e enfermeiros(as) presentes nas unidades prisionais? Quais as condições dessa coleta, considerando a insalubridade estrutural das prisões, condições precárias de higiene e a frequente ocorrência dos mais diversos abusos? Como será fiscalizado o procedimento e o envio do material ao banco? Se for realizado em local externo, o ministro por acaso conhece a escassez de escolta para qualquer procedimento médico?

Para os(as) condenados(as) a penas restritivas de direitos (ainda sem trânsito em julgado): em que local das centrais de penas e medidas alternativas será realizada a coleta? Por quais profissionais, considerando que a composição das centrais não prevê médicos(as) e enfermeiros(as)? Como será fiscalizado o procedimento e o envio do material ao banco?

São questões que precisam ser enfrentadas antes da proposição da medida, de modo a demonstrar o conhecimento da realidade do aparato punitivo do Estado e a viabilidade da medida pretendida para alcançar determinado objetivo em conformidade com os princípios penais e processuais penais constitucionais.

A Resolução nº 9 do Comitê Gestor do Banco Nacional de Perfis Genéticos, de abril de 2018 (BRASIL, 2018), determina alguns pontos do procedimento, como a coleta de células da mucosa oral e a proibição de coleta de sangue, a presença de testemunha durante o procedimento e necessidade de informar a pessoa sobre a fundamentação legal do ato. O que resta saber é, diante da dimensão do alargamento das hipóteses de coleta obrigatória, haverá estrutura e verba pública para cumprir as diretrizes? Quem irá escolher a testemunha? Será um agente de segurança penitenciária? Há muitos questionamentos que precisam ser enfrentados quando se busca alterar um dispositivo legal e se está comprometido com a ideia de responsabilidade político-criminal.

2.3 Falta Grave

A previsão de que a recusa em se submeter à coleta de material genético implica falta grave demonstra total descaso e irresponsabilidade com as consequências que essa imputação gera no cumprimento da pena de prisão. Conforme **Maíra Machado e Patrícia Pinto** (2018), o regime disciplinar prisional constitui um verdadeiro programa jurídico sancionatório, estruturado a partir da multiplicidade de punições. Se no interior das unidades prisionais a direção tem poder para imediatamente aplicar sanções, como ir para cela de castigo, ficar dias ou semanas sem banho de sol, visita e “jumbo”, o juízo da execução ainda poderá determinar a perda de dias remidos, a regressão de regime e o reinício da contagem do prazo para progressão de regime e livramento condicional.

Essa previsão consiste em uma perversa coação, que visa forçar a cessão de mapa de informações orgânicas únicas, projetando uma futura reincidência e impondo a colaboração com uma suposta investigação de um crime que a pessoa *ainda* não cometeu. Tudo isso ignorando em absoluto a realidade prisional brasileira, marcada pela tortura estrutural (PASTORAL CARCERÁRIA, 2016) e pela dificuldade em se cumprir a pena no modo de progressão de regime.

3 Inconstitucionalidades

Antes mesmo da proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético, o tema já havia sido alvo de diversos estudos sobre sua inconstitucionalidade. Forçar pessoas condenadas criminalmente a disponibilizar todo o seu DNA para um banco de dados afronta diversos direitos fundamentais, como o direito à intimidade, o direito à integridade física, o direito ao silêncio e o direito a não produzir prova contra si mesmo. Conforme **Adriana Espíndola Corrêa**, as informações genéticas são dados pessoais e, portanto, integram a esfera da intimidade, protegida pelos direitos de personalidade. Dessa qualificação emergem duas questões: a exigência do consentimento da pessoa de quem serão coletados os dados genéticos e a centralidade da garantia de confidencialidade (2009, p. 6-7). Nesse sentido, as informações genéticas humanas precisam ser consideradas também à luz da

recente Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18). No entanto, a própria LGPD reproduz a visão discriminatória ao excluir a proteção de dados realizados para fins de segurança pública (art. 4º, II, “a”) e atividades de investigação e repressão de infrações penais (“art. 4º, II, “d”).

A presunção de inocência, pilar constitucional do processo penal brasileiro, sofre inúmeras investidas de esvaziamento por Moro, de juiz a ministro. A medida também afronta a ilicitude de prova produzida em dissonância de normas constitucionais ou legais (art. 157, CPP), como as demonstradas acima. “*As intervenções corporais feitas no indivíduo, contra sua vontade, como instrumento de prova, tais como exames de DNA, exame de alcoolemia, devem ser tratadas como provas invasivas. De acordo com parte da doutrina jurídica, tratar-se-ia da produção de prova ilícita, em decorrência do respeito ao princípio da dignidade humana, da não autoincriminação e da liberdade pessoal*” (SCHIOCCHET *et alii*, 2012, p. 55). Nesse sentido, “é irrelevante se o método empregado para a extração do DNA traz reduzido grau de desconforto, haja vista que o direito à não incriminação não se dedica, somente, a evitar meios cruéis de obtenção de prova, mas também, como dito, a impedir qualquer forma de coerção contra o indivíduo” (IDDD, 2019).

Por fim, está pendente de julgamento o Recurso Extraordinário nº 973.837, originado no estado de Minas Gerais. Com repercussão geral reconhecida por unanimidade pelo plenário da Corte, a defesa de uma pessoa condenada alega que o artigo 9º-A da Lei 12.654/12 viola o princípio constitucional da não autoincriminação. O Ministro Gilmar Mendes mencionou em manifestação casos julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos segundo os quais as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada. Não há previsão de julgamento.

4 Considerações finais

As breves considerações e questionamentos sobre o impacto da proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético contida no pacote anticrime permitem ao menos suscitar algumas das manifestações do exacerbamento da seletividade penal. Seja no bojo do próprio sistema penal, seja em possíveis usos em esferas da medicina, da farmacologia ou mesmo das pesquisas acadêmicas sedentas para reavivar a perspectiva lombrosiana, os corpos negros estão, mais uma vez, sob intervenção. E, mais uma vez, haverá resistência.

Referências

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BRASIL. Ministério da Segurança Pública. *VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG)*: dados estatísticos e resultados relativos a até 28 de maio de 2018. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://aspego.com.br/wp-content/uploads/2018/09/VIII-RELAT%C3%93RIO-DA-REDE-INTEGRADA-DE-BANCOS-DE-PERFIS-GEN%C3%89TICOS-RIBPG-final.pdf>> Acesso em: 27 fev. 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. *Resolução nº. 9, de abril de 2018*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27640537_RESOLUCAO_N_9_DE_13_DE_ABRIL_DE_2018.aspx> Acesso em: 1 mar. 2019.
- CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19426/Tese_Adriana_Correa>

- pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 28 fev. 2019.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2006.
- INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD. *Nota técnica sobre o pacote de medidas penais do ministro Sérgio Moro (PL 822/19): perfil genético*. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/08/pacotemoro_09_enxuta1.pdf> Acesso em: 11 set. 2019.
- MACHADO, Maíra Rocha; PINTO, Patrícia Bocado Batista. A punição na punição: as múltiplas sanções aplicadas em caso de falta grave nas decisões do TJSP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 15, ano 27, p. 117-143, fevereiro 2019.
- PASTORAL CARCERÁRIA. *Tortura em tempos de encarceramento em massa*. ASAAC: São Paulo, 2016. Disponível em: <[content/uploads/2017/03/Relatorio-Tortura-2016.pdf> Acesso em: 18 mai. 2019.](http://carceraria.org.br/wp-</p></div><div data-bbox=)

- SCHIOCCHET, Taysa *et al.* Banco de perfis genéticos para fins de perseguição criminal. *Série Pensando o Direito*, Brasília: Ministério da Justiça, v. 43, 2012.

Mariana Lins de Carli Silva

Mestranda em Direito Penal e Criminologia pela USP.

ORCID: 0000-0001-6908-2874

mariana.linscs@gmail.com

Recebido em: 01/03/2019

Aprovado em: 15/06/2019

Versão final: 09/10/2019

A asfixia dos direitos humanos

Eduardo Augusto Paglione

Resumo: O artigo parte da análise de afirmações do Presidente da República em decorrência da rebelião ocorrida no Presídio de Altamira (Pará), no início do segundo semestre de 2019, para tratar do dever constitucional de o chefe do Executivo posicionar-se de forma direta em defesa do Direitos Humanos e dos reflexos que a sua omissão pode causar na sociedade. Aborda a questão do monopólio da violência como garantia civilizacional e a imprescindibilidade da defesa dos direitos humanos tanto de vítimas como de criminosos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Monopólio da violência. Altamira.

Para que o mal se realize, não basta que haja a ação de alguns; ainda é preciso que a grande maioria permaneça de lado, indiferente. Ora, sabemos bem, somos todos capazes de fazer isso (TODOROV, 2017, p. 231).

“É muito difícil, eu não sei nem o que falar, para não dizer que eu não vi ele, eu só vi a cabeça dele dentro de um saco plástico, é muito triste perder um filho numa situação dessas”⁽¹⁾. Essa frase foi lida em vários jornais no início do primeiro semestre de 2019, dita pela mãe de um dos presos executados durante rebelião no Presídio de Altamira, no Pará. Sobre os presos mortos na rebelião, o Presidente da República respondeu a jornalistas: “Pergunta para as vítimas dos que morreram lá o que eles acham. Depois eu falo com vocês”⁽²⁾. No dia seguinte, quando mais quatro presos foram mortos na viatura que os transportava para outro presídio, Sua Excelência indagou: “O que eu pretendo fazer? problemas acontecem, está certo?”⁽³⁾.

Não são poucas as afirmações do chefe do Executivo demonstrando inequívoca vontade de reduzir a importância dos Direitos Humanos no Brasil⁽⁴⁾. Repeti-las aqui seria desnecessário, além do enorme constrangimento.

Mas repetir que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF) nunca é desnecessário. Lembrar que são vedadas a pena de morte (salvo a exceção da guerra externa) e as penas cruéis (sem exceção) e que o preso tem assegurada sua integridade física e moral (art. 5º, XLVII, “a” e “e”, e XLIX, CF) não é jamais constrangedor. Advertir que o Presidente da República, de acordo com o artigo

Abstract: The article starts from the analysis of statements made by the President of the Republic in consequence of rebellion that occurred in Altamira Prison (Pará), at the beginning of the second half of 2019, to address the constitutional duty of the personal position of the chief Executive directly in defense of Human Rights and the consequences that his omission can cause in society. It addresses the issue of the monopoly of violence as a civilizational guarantee and the indispensability of the defense of the human rights both victims and criminals.

Keywords: Human Rights. Monopoly of violence. Altamira.

78 da Constituição, ao tomar posse presta “o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil” (BRASIL, 1988) é imperioso nos dias atuais.

Ao sugerir que um crime pode ser compensado com outro (as vítimas dos atos praticados pelos presos poderiam concordar com as decapitações), o Presidente, além de profanar todos os conceitos, teorias, princípios e regras sobre os quais se assenta a civilização – da qual decorre o seu mandato –, contraria um dos mais fundamentais: o de que o Estado, ao trazer para si o monopólio da violência, nas palavras de **Max Weber**, transformasse “na única fonte do ‘direito’ à violência” (2011, p. 67). Ora, em sendo o Presidente da República o chefe da Nação, fala em nome dela e, portanto, não pode sugerir comportamento de vingança privada (na primeira fala); muito menos minimizar a gravidade de comportamento omissivo – “penalmente relevante”, para usarmos a locução do Código Penal – dos responsáveis pela escolta (na segunda declaração).

Um século antes de **Beccaria** publicar seu clássico *Dei delitti e dele pene*, **Padre Antonio Vieira**, nestas terras, já advertia seus fiéis: “justiçar um homem porque matou outro, é curar uma chaga com outra chaga”⁽⁵⁾ (1993a, p. 1.221). A muitas tristezas a humanidade havia sido submetida antes disso; muitas outras vieram depois. A maior delas, seguramente foi o holocausto judeu provocado por Adolf Hitler. Dentre as inúmeras vítimas da perseguição, houve sobreviventes. Um deles, o psiquiatra **Viktor Emil Frankl**, apesar de tudo o que viu e sentiu, ensina

que não existe o direito de impingir violência àquele que a sofreu; e aconselha aqueles que pensam de forma contrária: “*somente aos poucos se consegue levar essas pessoas a reencontrar a verdade, tão trivial, de que ninguém tem o direito de praticar injustiça, nem mesmo aquele que sofreu injustiça*” (2019, p. 117). Afinal, como lembra outra vítima da violência totalitarista, **Alexander Soljenítsin**: “*espancar o inimigo é algo que o homem das cavernas já sabia fazer*” (apud **TODOROV**, 2017, p. 318). Isso não significa que os atos de violência devam permanecer impunes; ao contrário, como disse **Vieira**, no mesmo sermão: “*não é miserável a república onde há delitos, senão onde falta o castigo deles*” (1993a, p. 1.221). Respeito aos direitos humanos não significa impunidade. Os tão reclamados “direitos humanos das vítimas” devem ser sempre respeitados, aliás, todo o aparelho do Estado foi criado com o objetivo de protegê-las. O mesmo fundamento impõe a necessidade de se pregar, defender, propalar, divulgar que também o réu tem direitos humanos.

A necessária condenação e o correto cumprimento da pena pelos crimes cometidos não contrariam a doutrina dos Direitos Humanos e também não podem ter o efeito de excluir do sentenciado seu caráter humano. Apesar de elementar, sempre convém lembrar que é justamente por ser humano que alguém pode ser condenado. Em tempos em que se ressuscita o adjetivo “senciente” para querer reconhecer que os animais – geralmente apenas os domésticos e dóceis – seriam titulares de “direitos”, querer excluir de seres humanos essa mesma característica é não apenas uma absoluta inversão de valores, mas, sobretudo, a negação da evolução civilizacional. Quando no mundo ainda havia escravidão e a América sequer era conhecida, Santo Agostinho, que para Arendt foi: “*o único grande filósofo que os romanos tiveram*” (2007, p. 169) publicou “*A cidade de Deus*”, obra na qual aconselha: “*não odiar o homem pelo vício nem amar o vício pelo homem, mas odiar o vício e amar o homem*” (2001, p. 138).

Condenar o erro de uma pessoa e fazê-la pagar por ele não exclui o dever que temos de respeito a essa mesma pessoa. **Boécio** – que, assim como **Agostinho**, sofreu influência do pensamento grego – também defende que “*quanto a odiar os malfeitores, isso seria um contrassenso*”, pois “*são causa de maior lástima, e não de ódio, aqueles cuja alma está atacada por um mal mais impiedoso do que qualquer forma de astenia: a maldade*”. Por isso, se “*queres revidar ao outro o que ele merece? Ama os bons e tem piedade dos malfeitores*” (2012, p. 113-114).

O homem de inteligência mediana e aculturado não aceita, hoje, que a Terra seja plana ou que o homem não tenha pisado na Lua. Mas tem de aceitar que outras pessoas pensem de forma diferente. Porém, nem o mais rude ser humano que tenha acesso aos meios de comunicação pode, hoje, negar que todos tenhamos direito ao respeito à nossa dignidade. Um dos sustentáculos do Direito é a aplicação da máxima segundo a qual a cada direito corresponde um dever: o meu direito à dignidade impõe a cada um o dever de respeitá-la; o direito à dignidade do outro depende de que eu e todos o respeitemos. Posso – e devo, mesmo – ser contra o crime, mas jamais rejeitar a humanidade do criminoso. Por mais grave que tenha sido o ato que se praticou, não posso querer voltar à barbárie para justicá-lo ou exculpar quem o faça.

O crime merece sanção, isso faz parte do tão propalado pacto social, o criminoso tem consciência disso e aceita correr o risco da pena (ainda que não a queira). Mas a sanção é a prevista em lei, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, o qual é diretamente atingido a partir do momento em que se legitima a vingança privada ou se incentiva o justicamento.

Praticar a injustiça, ensina **Sócrates**, é mais grave do que sofrê-la, pois aquele que a pratica terá de conviver com os tormentos de sua consciência pelo mal feito. **Hannah Arendt**, cuja obra é imprescindível para compreendermos as consequências do totalitarismo que marcou o Século XX em nossa sociedade (mas não apenas para isso), mais de uma vez cita o diálogo de Sócrates (**Górgias**, de **Platão**) em que afirma ser “*melhor sofrer o mal do que o cometer*”, ao que seu interlocutor (Cálicles) retruca: “*sofrer o mal não é digno de um homem, mas de um escravo*”, **Sócrates** finaliza, dizendo preferir que “*multidões de homens discordassem de mim do que eu, sendo um viesse a entrar em desacordo comigo mesmo e a contradizer-me*” (apud **ARENDT**, 2010, p. 203 [grifo da autora]). Conclui a filósofa: “*Na qualidade de cidadãos, nós devemos evitar que o mal seja cometido, porque está em jogo o mundo em que todos nós – o malfeitor, a vítima e o espectador – vivemos.*” (**ARENDT**, 2010, p. 204).⁽⁶⁾

Hoje temos de reconhecer que a forma de evitar o mal não é o perdão (pregado pela filosofia medieval), mas sim a justiça. **Primo Levi**, que conseguiu reverter todo o seu sofrimento dos campos de concentração nazistas em profundos questionamentos e análises humanas, admite: “*Não tenho tendência a perdoar, jamais perdoei a nenhum dos nossos inimigos de então, nem tenho vontade de perdoar seus imitadores na Argélia, no Vietnã, na União Soviética, no Chile, na Argentina, no Camboja, na África do Sul, porque não conheço atos humanos que possam cancelar um crime; exijo justiça, mas não sou capaz, pessoalmente, de brigar nem dar o troco*” (2004, p. 117). Por isso ele prefere “*delegar punições, vinganças e retaliações às leis*” do país, mas, racional, complementa: “*sei como os respectivos mecanismos funcionam mal, mas eu sou tal qual fui construído por meu passado, e não me é mais possível mudar*” (ob. loc. cit.).

Infelizmente temos visto esse entendimento ser cada vez mais de cada vez menos pessoas, sobretudo daquelas que se encontram em posição de mando e que, por isso, deveriam servir de exemplo à sociedade.

A violência que se pratica contra o preso não é menor do que aquela que ele pratica contra a vítima, porque ambas atentam contra a dignidade da pessoa. Os dois, vítima e criminoso, têm direito ao respeito pela sua integridade física e moral, nos termos da lei. A mesma lei que autoriza restringir direitos de um, assegura proteção à outra. Assim, o criminoso poderá ser algemado, recolhido a uma cela, afastado do convívio social, enfim, ter cerceados todos os direitos que sejam incompatíveis com o cumprimento da pena legalmente prevista e aplicada. A vítima terá direito à proteção, a ser ouvida sem a presença do agressor, de ter seus bens restituídos. A ineficiência do Estado em assegurar os direitos desta não autoriza ninguém, nem agente do Estado, nem particular, a desobedecer às garantias daquele.

Quem vê o outro como a personificação do mal e, por

isso mesmo, digno de receber todo o mal, demonstra possuir a mesma maldade em si: “*Em nome da moral, só se pode exigir de si mesmo; se exigirmos qualquer coisa dos outros, sem nos reconhecermos neles, significa que pretendemos nos elevar a um ponto de vista impessoal, aquele de um deus*” (TODOROV, 2017, p. 170). Para permanecermos humanos – e não somente animais sencientes – é necessário enxergar o outro como integrante do mesmo grupo em que estamos. A sociedade produz heróis e mártires, vítimas e criminosos. Todos temos de conviver e aceitar as consequências do papel que desempenhamos, mas, igualmente, aceitar os papéis que os outros desempenham. Terei de aceitar que há crimes e criminosos? Somente se quiser aceitar que vivo entre seres humanos – e não entre anjos e santos, afinal “*os crimes são desumanos, mas os criminosos não o são*” (Idem, p. 229).

A cada fala de um Presidente da República reagem – para o bem ou para o mal – sentimentos da população, valores de investimentos, relações com países estrangeiros, humores das Casas Legislativas, preocupações do Poder Judiciário. Mudar a cultura política em uma República marcada por golpes de Estado e ditaduras (dois fatores que se opõem fortemente à doutrina dos Direitos Humanos) com o apoio do Chefe do Executivo não é fácil, pois ela está arraigada em segmentos do Estado e da sociedade; mudar essa mesma cultura contra a vontade do Chefe do Executivo é tarefa que lembra a de Sísifo, mas nem por isso pode deixar de ser executada: os milhões de brasileiros que se encontram na pobreza em decorrência de uma desigualdade de renda crescente no Brasil (em 2017, 11,1% da população, de acordo com a Fundação Getúlio Vargas⁽⁷⁾) anseiam que a miséria não lhes retire a condição de humanos. Esperam que, por morarem em locais sem o mínimo de salubridade, não sejam punidos pelas ações arbitrárias do Estado e pelas “balas perdidas”. É necessário que tenham despertado e valorizado o “sentimento de dignidade” pois ele “*reforça nossa capacidade de permanecer em vida*” (TODOROV, 2017, p. 131). As falas do chefe do Executivo devem se preocupar com esse segmento da população; mas “*a boca fala do que lhe transborda do coração*” (BÍBLIA, [s/d], p. 1.298, Mateus 12, 34). E para continuarmos com o mesmo evangelista: “*não é aquilo que entra pela boca que mancha o homem, mas aquilo que sai dele. Eis o que mancha o homem*” (Mt, 15, 11, Idem, p. 1.302).

Não nego que seja natural um pai pretender que seu filho coma *filé mignon*” ou que os convidados para o casamento do filho tenham o melhor transporte disponível. Tudo isso faz parte do sentimento de proteção que um pai naturalmente tem pelo filho (sem entrarmos aqui nas causas e efeitos freudianos dessa conduta). Mas que o faça às suas expensas e com seu esforço, não com as expensas e o esforço da população, sobretudo da que passa fome. Se um pai pode defender esses desejos diante de uma câmera de televisão, uma mãe tem o direito de querer proteger seu filho, ainda que esteja preso. O respeito que merece a mãe de um preso é exatamente igual ao respeito que merece o presidente da República: ela não pode ser submetida ao sofrimento de ver a cabeça de seu filho embalada em saco plástico. Se o Estado é incompetente em preservar as vidas daqueles que retira da sociedade e encarcera (não questiono as causas, mas sim as consequências), tem ao menos de mostrar

o mínimo de competência para adotar medidas corretivas de urgência e respeitar os direitos dos familiares. Infelizmente, a sociedade não assimilou o pensamento socrático e pouco tem se importado com a injustiça alheia, desde que se mantenha preservada de injustiças.

Os que têm voz na sociedade, aqueles que ainda conseguem falar para grandes ou pequenos públicos, todos cujas ações sejam observadas, pessoas que não estejam sendo oprimidas porque elas ou alguém que lhes seja próximo está se havendo com as sanções penais, todos temos o dever de lutar pela defesa da dignidade de todos. Incentivar, querer, defender violações aos direitos humanos – tanto quanto omitir-se diante delas – é abrir precedente para que o monstro do arbítrio se volte contra nós ou aqueles que nos são caros. Tolerar uma violação aos direitos humanos não é apenas se acovardar, mais grave que isso, é alimentar uma política de retrocesso da civilização ou de avanço a uma nova barbárie. O século XX nos deu exemplo trágico de como uma população omissa colabora para que o mal tome conta do poder. Estamos ainda longe do que houve na Alemanha, é bem verdade, mas não é necessário aproximarmos para ter de despertar o alarme.

Referências

- AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus: contra os pagãos*. 4. ed., São Paulo: Vozes, 2001.
- ARENDE, Hannah. *A promessa da política*. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: DIFEL, 2008a.
- ARENDE, Hannah. Desobediência civil. In: ARENDE, Hannah. *Crises da República*, 2. ed., São Paulo: Perspectiva, 2008b. p. 49-91.
- ARENDE, Hannah. *A vida do espírito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- ARENDE, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 6. ed., São Paulo: Perspectiva, 2007.
- BÍBLIA Sagrada. Tradução dos originais mediante a versão dos Monges de Maredsous (Bélgica), pelo Centro Bíblico Católico. 24. ed., São Paulo: Ave Maria, [s/d].
- BOÉCIO. *A consolação da filosofia*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 8 dez. 2019.
- FRANKL, Viktor E. *Em busca do sentido*. 45. ed. São Leopoldo Sinodal; Petrópolis Vozes, 2019.
- LEVI, Primo. *Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- TODOROV, Tzvetan. *Diante do extremo*. Trad. Nícia Adan Bonatti. São Paulo: Unesp, 2017.
- VIEIRA, Antonio. Sermão da Visitação de Nossa Senhora. In: _____. *Obras completas*. Porto: Lello & Irmão, 1993a, v. III. p. 1.212-1.238.
- VIEIRA, Antonio. Sermão ao enterro dos ossos dos enforcados. In: _____. *Obras completas*. Porto: Lello & Irmão, 1993b, v. V. p. 517-542.
- WEBER, Max. A política como vocação. In: _____. *Ciência e política: duas vocações*. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 65-157.

Notas

- (1) Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/vi-a-cabeça-do-meu-filho-num-saco-plastico-diz-mae-de-presos-morto-no-para-shtml>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- (2) Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,suspeitos-de-liderar-massacre-em-altamira-sao-transferidos,70002947475>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- (3) Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,deviam-estarem-transferidos-diz-bolsonaro-sobre-presos-mortos-em-transferencia,70002949177>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- (4) Chegando mesmo, em outubro de 2019, a praticar um ato falho (na

concepção freudiana) que parece ter passado despercebido para a maioria da imprensa: quando seu filho Eduardo Bolsonaro lembrou que o AI-5 (cujas consequências para os Direitos Humanos são bastante conhecidas) poderia ser novamente editado, o Presidente sai-se com: “*Quem quer que seja que fale em AI-5, está sonhando. Tá sonhando! Tá sonhando! Não quero nem ver notícia nesse sentido aí...*”. Disponível em: <https://brpolitico.com.br/noticias/bolsonaro-diz-que-quem-fala-em-ai-5-esta-sonhando/>. Acesso em: 30 nov. 2019. A edição de qualquer ato que se aproxime ao AI-5 não pode ser sonho para quem esteja comprometido com a defesa do Estado Democrático de Direito: é, sim, um dos piores pesadelos.

- (5) O mesmo Vieira que, em seus primeiros sermões (em 1637), defendia a pena de morte. Como no “Sermão ao enterro dos ossos dos enforcados”, pregado na Igreja da Misericórdia da Bahia: “*pagaram o que mereciam os delitos*”, afirma já no exórdio. Logo depois, ao tratar dos familiares do enforcado, afirma: “*os vivos destes mortos não podem ser adulados, nem lisonjeados neles; envergonhados e afrontados, sim*” (VIEIRA, 1993b, p. 517-542). Vieira não precisa de defesa, mas é bom ressaltar que seu sermão se refere aos que foram condenados de acordo com as leis da época, não aos que foram enforcados por vingança ou “justiça particular”.

- (6) Arendt também trata do tema, por exemplo, em *A promessa da política* (2008a, p. 60-63), *Desobediência civil* (2008b, p. 59-61) e *Entre o passado e o futuro* (2007, p. 172-175; 302-308).
- (7) Disponível em: https://opinio.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes/escalada-da-desigualdade_70002970926. Acesso em: 30 nov. 2019.

Eduardo Augusto Paglione
Doutor em Direitos Humanos pela USP.
Mestre em Letras pela Unesp, Assis.
Professor da Academia de Polícia Civil de São Paulo.
Delegado de Polícia em São Paulo.
ORCID: 0000-0003-2460-3554
paglione.e.a@gmail.com

Recebido em: 02/12/2019
Aprovado em: 17/11/2019
Versão final: 10/12/2019

Ecocídio, crime contra a humanidade?

Raphael Boldt

Resumo: O presente texto pretende analisar os reflexos da tipificação do ecocídio no Brasil por meio do Projeto de Lei 2.787/19. Para tanto, partindo das discussões (e divergências) que envolvem o tema no âmbito do Tribunal Penal Internacional, questiona-se: em que medida a criminalização do ecocídio e sua introdução no catálogo de crimes contra a humanidade contribuiria para efetivar a tutela constitucional ambiental?

Palavras-chave: Ecocídio. Crimes contra a humanidade. Crimes Ambientais.

Em decorrência do quadro de degradação ambiental permanente e de inúmeras tragédias, vários ambientalistas têm demandado a criminalização do ecocídio e o seu reconhecimento como crime contra a humanidade. O termo refere-se à destruição ou perda extensa do ecossistema de um determinado território, seja pela conduta humana ou por outras causas, de modo a prejudicar as condições de vida dos habitantes do local afetado⁽¹⁾. Enquanto alguns autores defendem que, em 2016, o Tribunal Penal Internacional (TPI) manifestou-se pela inclusão do ecocídio no rol de crimes contra a humanidade, outros sinalizam para o equívoco dessa visão e entendem que inexistente previsão do mencionado delito no Estatuto de Roma⁽²⁾.

Antes da manifestação do TPI, em 2010 a advogada Polly Higgins propôs, junto à Comissão de Direito Internacional, uma emenda ao Estatuto de Roma, defendendo a previsão do ecocídio como o quinto crime contra a paz, ampliando, com isso, a competência do Tribunal Penal Internacional para julgar: a) o crime de genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra; d) crime de agressão; e) *ecocídio*.

Apesar de ser um tema relativamente novo e ainda pouco discutido no Brasil, recentemente a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 2.787/19, que prevê a alteração de dispositivos da Lei 9.605/98⁽³⁾, com a tipificação do crime de ecocídio nos seguintes termos:

“Art. 54-A. Dar causa a desastre ambiental com destruição significativa da flora ou mortandade de animais, do qual decorra

Abstract: The present text intends to analyze the reflexes of the ecocide typification in Brazil through the Bill 2.787/19. Therefore, starting from the discussions (and divergences) that involve the theme in the International Criminal Court, the question is: to what extent would the criminalization of ecocide and its introduction in the catalog of crimes against humanity contribute to the effective constitutional environmental protection?

Keywords: Ecocide. Crimes against humanity. Environmental crimes.

contaminação atmosférica, hídrica ou do solo reconhecida em laudo pericial:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 2º Se do crime resulta morte de pessoa, a pena é aplicada independentemente da pena prevista para o crime de homicídio”.⁽⁴⁾

Com o intuito de coibir fatos semelhantes aos ocorridos em Mariana e Brumadinho, o Projeto também criminaliza a conduta do responsável por desastre relativo a rompimento de barragem:

“Art. 60-A. Dar causa a rompimento de barragem pela inobservância da legislação, de norma técnica, da licença e suas condicionantes ou de determinação da autoridade ambiental e da entidade fiscalizadora da segurança de barragem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.⁽⁵⁾

Caso o Projeto de Lei realmente seja aprovado no Congresso e sancionado pelo Presidente da República, o Brasil seria apenas o décimo primeiro país do mundo a criminalizar o ecocídio⁽⁶⁾.

Diante da relevância do tema e da necessidade de elaborar mecanismos mais adequados e eficazes à proteção ambiental, questiona-se: em que medida a criminalização do ecocídio e

sua introdução no catálogo de crimes contra a humanidade contribuiria para efetivar a tutela constitucional ambiental? Para aqueles que defendem o incremento da proteção jurídico-penal do meio ambiente⁽⁷⁾, definir crimes ambientais como um crime contra a humanidade e a paz não seria apenas mais eficaz, mas também ofereceria resultados positivos, viabilizando a responsabilização de países e empresas perante a justiça criminal internacional. Uma regulamentação ambiental internacional sólida significaria que a adoção de estratégias de risco poderia levar os agentes a enfrentarem as consequências internacionais. Como signatário do Tratado de Roma, o Brasil reconhece a jurisdição do TPI e o novo dispositivo. Em caso de ecocídio comprovado, seria permitido que as vítimas recorressem ao Tribunal para pleitear a condenação dos autores do crime, sejam eles empresas ou chefes de Estado.

Entretanto, ainda que se reconheça o ecocídio como crime contra a humanidade, a hipótese subjacente à pergunta que norteia este ensaio indica que a tipificação e a responsabilização criminal perante tribunais brasileiros e internacionais podem levar à conclusão equivocada de que a legislação penal é o caminho ideal para a solução da grave crise ambiental contemporânea. No final das contas, a criação dos tipos penais em questão dificilmente será capaz de mudar o quadro de degradação ambiental crescente no país, servindo, conforme ocorreu com a Lei 9.605/98, apenas como resposta simbólica para o problema. Ainda que o TPI concluísse pela classificação do ecocídio como crime contra a humanidade é importante ressaltar a existência de obstáculos jurídicos, econômicos e políticos que poderiam dificultar sobremaneira a concretização do entendimento do Tribunal.

No plano normativo, de acordo com o disposto no artigo 7 do Estatuto de Roma, consideram-se crimes contra a humanidade os atos praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. O dispositivo apresenta uma lista ilustrativa de atos ilegais que podem ser identificados como crimes contra a humanidade e destaca como elemento central a existência de um *ataque* dirigido à população civil. Além disso, alguns autores sugerem ainda que o cometimento de um crime contra a humanidade requer a presença do Estado, seja incentivando ou executando tais condutas, o que permitiria diferenciar os crimes que não se sujeitam à jurisdição internacional dos crimes contra a humanidade. Assim, o reconhecimento de crime contra a humanidade pressupõe um *ataque*, condição inexistente na maioria dos eventos envolvendo crimes ambientais, tradicionalmente caracterizados pela destruição em grande escala do meio ambiente.

Além disso, a inclusão do ecocídio na relação de crimes contra a humanidade afetaria principalmente as empresas e os chefes de Estado. Embora os crimes ambientais sejam uma preocupação internacional, é evidente a relutância de governos e empresas em assumirem a responsabilidade pela tutela do meio ambiente. O caso brasileiro é um exemplo elucidativo e demonstra a notória pressão das corporações sobre as autoridades a fim de proteger seus interesses financeiros, forçando as vítimas de danos ambientais a aceitarem uma compensação mínima. Indivíduos e empresas geralmente se deparam com sanções irrisórias ao cometer crimes contra o meio ambiente. Em alguns

países, as empresas perceberam, inclusive, que é mais vantajoso violar a lei e sujeitar-se a um eventual ressarcimento pelos crimes praticados do que implementar medidas aptas a evitar danos ecológicos. Assumir o risco de possíveis condenações e a imposição de certas penalidades tornou-se parte integrante do custo inerente ao negócio, especialmente em países pobres ou em desenvolvimento, onde as empresas são mais poderosas do que os governos e a transformação do poder econômico em poder político ameaça não apenas o meio ambiente, mas a democracia e os direitos humanos⁽⁸⁾.

Se por um lado a criação de um crime internacional poderia gerar a obrigação relacionada à proteção ambiental, também não se pode perder de vista que essa mesma obrigação somente faria sentido caso fosse observada pelas empresas e governos, o que parece pouco provável quando se trata de direito penal ambiental e menos ainda em meio ao cenário de retrocessos decorrentes da ascensão de uma visão de mundo que rejeita evidências científicas e o valor do meio ambiente. Estratégias mais realistas apontam para alternativas à persecução penal e até mesmo para a análise econômica da questão, tendo em vista os prejuízos para o setor produtivo provenientes da degradação ambiental.

Melhor do que apenas confiar na repressão, seria incentivar a conscientização e a prevenção, especialmente no âmbito empresarial. Se a adequação das práticas corporativas não elimina a possibilidade de responsabilização criminal em determinadas situações, a prevenção de riscos e a adoção de programas de proteção ao meio ambiente podem reduzir despesas, favorecer o desenvolvimento sustentável e melhorar a imagem das empresas e dos países. Neste ponto, é fundamental retomar a hipótese estabelecida por **Sutherland**, ao expor que a negligência do Estado e da sociedade quanto aos crimes corporativos deve-se especialmente ao fato de que muitas pessoas adotam comportamentos semelhantes em suas práticas cotidianas⁽⁹⁾. Assim, tudo indica que a interrupção da devastação ambiental no país não será possível por meio da expansão do direito penal, senão com a difusão de uma nova mentalidade e de novos valores.

Notas

- (1) HELLMAN, Jaqueline. The Fifth Crime Under International Criminal Law: Ecocide? In: BRODOWSKI, Dominik; DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los Monteros; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. *Regulating Corporate Criminal Liability*. Heidelberg: Springer, 2014. p. 278.
- (2) Cf. STEYNER, Silvia. *Não existe crime de ecocídio no Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/sylvia-steiner-nao-existe-crime-ecocido-tribunal-penal-internacional#_ftn1>. Acesso em 27.11.2019.
- (3) Apesar de outras alterações relevantes, optamos, neste ensaio, por destacar somente os tipos previstos nos artigos 54-A e 60-A em virtude do simbolismo inerente aos delitos e da temática selecionada. A natureza do texto inviabiliza o aprofundamento de todos os aspectos concernentes às modificações produzidas na Lei de Crimes Ambientais pelo Projeto de Lei em questão.
- (4) BRASIL. Lei nº 9.605/98, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em 22.11.1998.
- (5) *Ibidem*.
- (6) Atualmente, somente dez países prevêm o ecocídio como crime: Geórgia, Armênia, Ucrânia, Bielorrússia, Cazaquistão, Quirguistão, Moldávia, Rússia,

Tajiquistão e Vietnã. Para mais informações, ver: *Ecocide Law*. Disponível em: <<https://ecocidelay.com/the-law/existing-ecocide-laws/>>. Acesso em 23.08.2019.

- (7) Verificar, por exemplo: KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 105, 1993. p. 697-726. HELLMAN, Jaqueline. The Fifth Crime Under International Criminal Law: Ecocide? In: BRODOWSKI, Dominik; DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los Monteros; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. *Regulating Corporate Criminal Liability*. Heidelberg: Springer, 2014.
- (8) A respeito, conferir: BODE, Thilo. *Die Diktatur der Konzerne*. Wie globale Unternehmen uns schaden und die Demokratie zerstören. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 2018.
- (9) SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime — the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

Raphael Boldt

Pós-Doutor eQm Criminologia pela

Universität Hamburg (bolsa DAAD). Doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, com estágio doutoral na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da FDV.

Advogado.

ORCID: 0000-0002-1625-9856

raphaelboldt@hotmail.com

Recebido em: 04/09/2019

Aprovado em: 27/11/2019

Versão final: 10/12/2019

Ainda é preciso falar sobre o enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça?

Victor Matheus Bevilaqua

Resumo: O artigo é uma crítica ao enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça a partir da operacionalização da dosimetria da pena formulada por Nelson Hungria e adotada pelo Código Penal, bem ainda da legalidade penal, notadamente sob o seu viés da proibição da interpretação *contra legem*. Partindo da premissa de que a determinação judicial da sanção penal é um ato de discricionariedade juridicamente vinculada, propõe-se a possibilidade, na segunda fase da dosimetria da pena, de redução da pena abaixo do mínimo legal, em respeito à individualização da pena, princípio de estatura constitucional.

Palavras-chave: Dosimetria da pena. Enunciado 231 da Súmula do STJ. Legalidade penal.

Em 15/10/1999, foi publicado o enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual sugere que “*a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”. Desde a sua publicação, parte da doutrina⁽¹⁾ critica o enunciado, a partir de várias perspectivas: o equivocado horizonte interpretativo do Tribunal, que se baseou em precedentes proferidos ou influenciados pelo superado sistema bifásico de dosimetria da pena, a manifesta afronta aos princípios da legalidade e da individualização da pena, etc. Não obstante, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), os efeitos do processo civil sobre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, notadamente em matéria de uniformização de jurisprudência e de alargamento da técnica de precedentes, serão nefastos, o que somente reforça a hipótese de o verbete em exame permanecer como parâmetro de decisões judiciais (vide artigo 927, IV, do CPC). Mas também reforça a necessidade de uma maior resistência e inovação do jurista, especialmente na crítica ao verbete, na busca de novas possibilidades para o Direito Penal. É o que se tenta neste trabalho, ainda que breve, designadamente a partir da perspectiva da legalidade e da individualização da pena.

O sistema bifásico de aplicação da pena foi adotado no Brasil até a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, na qual foi adotada a operacionalização da dosimetria da pena formulada por Nelson Hungria, que, ao impor a observância de três fases distintas, cindiu o exame das circunstâncias judiciais e legais em

Abstract: This paper is a criticism on statement 231 of Superior Tribunal de Justiça precedents based on the operationalization of the sentence time calculation formulated by Nelson Hungria, adopted by Penal Code, and the criminal legality, especially from the prohibition of *contra legem* interpretation perspective. Considering that judicial determination of the criminal penalty is an act of legally bounded discretion, it is proposed the possibility of reduction of the penalty below the legal minimum in the second phase of the sentence time calculation, in order to respect the sentence individualization, a constitutional principle.

Keywords: Sentence time calculation. Statement 231 of “STJ” precedents. Criminal legality.

etapas apartadas. Desse modo, não foi ratificada a restrição às circunstâncias legais dos marcos previstos no preceito secundário do tipo penal. Mesmo assim, o STJ formulou o enunciado em exame, cuja *ratio decidendi* é embasada em precedentes proferidos ou influenciados pelo superado sistema bifásico de dosimetria da pena.⁽²⁾ Ou seja, houve a modificação da legislação, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça – seguido pelos Tribunais de Justiça⁽³⁾ e amparado pelo STF⁽⁴⁾ – continuou observando sistema de dosimetria da pena não mais vigente.

Com efeito, o artigo 65 do Código Penal é expresso ao prever que as circunstâncias que elenca *sempre* atenuam a pena, de forma que o entendimento – tal como consagrado no enunciado em exame – de que as atenuantes não podem conduzir a pena aquém do mínimo legal constitui interpretação (não permitida) *contra legem*, além de interpretação *in malam partem*, ferindo o princípio da legalidade.

Nesse sentido, **Bitencourt** leciona que o juiz, ao deixar de reduzir a pena provisória por força de circunstância atenuante, a fim de evitar o estabelecimento da pena provisória aquém do mínimo legal, acabar por negar vigência ao art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, notadamente em razão da expressão “sempre” (art. 65 do CP. São circunstâncias que *sempre* atenuam a pena) contida no texto legal, violando o direito público do condenado a uma pena justa, legal e individualizada.⁽⁵⁾

Da proibição da analogia *in malam partem* e da permitida analogia *in bonam partem*, baseada no critério geral do *favor rei*, segue a ideia, em termos gerais, do dever de interpretação restritiva e da proibição de interpretação extensiva das leis penais.⁽⁶⁾ O entendimento empossado no verbete 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, contudo, desconsidera integralmente os corolários do princípio da legalidade, que servem, dentre outras funções, para excluir tanto a incriminação (e a agravação) como a determinação da pena por analogia ou interpretação *in malam partem*.⁽⁷⁾ A legalidade e seus corolários não servem tão somente para excluir a incriminação e a agravação da pena; o seu sentido vai além: proíbe que o juiz concrete uma punição para além da legalmente prevista e imposta,⁽⁸⁾ a fim de permitir que a pessoa atingida pelo Direito Penal não seja surpreendida com “constrangimentos imprevisíveis”.⁽⁹⁾ “Constrangimento imprevisível” que, por exemplo, se traduz quando o réu, em seu interrogatório judicial, foi cientificado de seus direitos constitucionais, mas também foi cientificado que eventual confissão lhe garantiria a atenuação da pena. Nesse quadro, é inaceitável que o próprio juiz que garantiu ao acusado a redução da sua reprimenda em caso de confissão, na sentença, embora reconhecendo a atenuante, deixe de reduzir a pena por força do verbete em análise, de reducionismo acrítico.

O princípio da legalidade não é somente expressão circunstancial do nosso tempo e da nossa história contemporânea, marcada pelo constitucionalismo moderno. Ele é muito mais. É referência histórico-cultural que a civilização foi sedimentando ao longo de sua história; e se assim o fez é porque a legalidade integra um patrimônio espiritual, um valor que deve ser respeitado e defendido. Como bem destaca **Faria Costa**, o princípio da legalidade está, por direito próprio, nesse “*rol de ‘coisas’ pelo qual vale a pena defender as ‘muralhas da cidade’, imagem que se repete, acintosamente, porque ela condensa tanto daquilo que consideramos relevante dizer-se e ensinar-se*”.⁽¹⁰⁾ As condições para interpretar esse preciso princípio não escapam do presente contexto histórico, jurídico e cultural, no qual afloram ideias que vão tendo conteúdo e mais nítido recorte à legalidade, por intermédio, por exemplo, da sua função de segurança do cidadão perante o poder punitivo estatal, da sua consagração histórica de uma luta contra a arbitrariedade penal do *ancien régime*,⁽¹¹⁾ etc.⁽¹²⁾

É aparentemente compreensível o entendimento de que eventualmente a redução da pena provisória aquém do mínimo legal possa ensejar uma sanção penal “branda”, “injusta”, não atendendo aos fins retributivos e preventivistas da pena. Mas apenas aparentemente. A interpretação que o Direito Penal exige tem de ter um enquadramento em uma solução justa. Disso ninguém discorda. Interpretação que também é aplicação. Contudo, seguramente justa não é a solução que não cumpra as leis e as regras de as aplicar (leia-se: não redução da pena, por força de atenuante, em razão de ela ficar aquém do mínimo legal, mesmo que a lei/regra – artigo 65 do Código Penal – exija esta redução), mas antes a solução que, cumprindo as leis, se afirma como um ato de pacificação, que ao seu tempo se mostra como uma solução justa. E, no nosso tempo, o que se convoca é a projeção e aceitação de uma ideia de justiça em que confluem, em uma unidade de sentido, a certeza do direito, a segurança jurídica e a equidade,⁽¹³⁾ valores que certamente o entendimento jurisprudencial sintetizado no verbete em análise desconsidera.

Sob outro viés, é bem ter-se presente que a determinação judicial da pena a um crime pode ser qualificada como um ato de discricionariedade juridicamente vinculada⁽¹⁴⁾ (individualização judicial da pena), uma vez que o juiz pode, em princípio, mover-se livremente no marco legal prévia e abstratamente cominado pelo legislador, quando estabeleceu o sancionamento do crime. À evidência, esse ato deve ser orientado e limitado por princípios constitucionais, notadamente o da individualização da pena, e regras, tal como as previstas na parte geral do Código Penal, que buscam dar eficácia ao referido princípio. Trata-se de um juízo racional de reprovação condizente com a função do juiz criminal de, por intermédio de suas decisões judiciais, conter, de forma racional, o poder punitivo.⁽¹⁵⁾

O Código Penal, ao representar um dos momentos da individualização da pena (individualização legislativa), impõe regras e limites a serem observados pelo juiz quando da individualização judicial da pena, regras de natureza cogente, como o é o artigo 65 do CP, cujo desrespeito enseja afronta não só à legalidade, como acima delineado, mas também à individualização da pena.

Observa-se que, da sistemática de dosimetria da pena adotada pelo Código Penal, não há proibição acerca do estabelecimento da pena aquém do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante. Poder-se-ia apontar como óbice o artigo 53 do CP, que impõe que as penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal do crime, mas essa regra é insuficiente e inidônea, em razão da posição topográfica do art. 65 do CP: que autoriza, a depender do caso (por exemplo, quando a pena-base é fixada no mínimo legal e não existindo circunstância agravante), ser a regra do artigo 53 do CP excepcionada, tanto assim é que está presente em seu texto a expressão *sempre*. Nessa linha, como bem indaga **Masson**, “*por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?*”.⁽¹⁶⁾

Outrossim, a individualização legislativa da pena deve ser observada pelo juiz, a nosso ver, apenas no início da operacionalização da dosimetria da pena, nomeadamente no momento da fixação da pena-base. É justamente este o momento em que o juiz deve obedecer aos limites impostos pelo legislador, pois, nas etapas seguintes, não se estará mais a tratar da individualização legislativa da pena, mas sim da individualização judicial, situação que autoriza o juiz a não observar os marcos estabelecidos pelo legislador, tanto assim é que ele pode, por exemplo, fixar definitivamente a pena abaixo do mínimo legal por força de minorante.

Note-se que a própria sistemática adotada pelo Código Penal dá um lugar de destaque a uma ampla autonomia do magistrado (que não deve ser confundida com arbitrariedade) para a sua tarefa de individualizar a pena, incluindo a hipótese eventual de fixação da pena provisória aquém do mínimo legal, quando prevê que o juiz estabelecerá a sanção conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 59 do CP); que a pena poderá ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (art. 66 do CP); quando autoriza o

magistrado a aumentar a pena de multa até o triplo na hipótese prevista no art. 60, § 1º, do CP; e mesmo quando faculta ao juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição de pena no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial do Código Penal (art. 68, parágrafo único, do CP).

Ademais, em perspectiva lógica, se está autorizado, na terceira fase de dosimetria da pena, o estabelecimento da pena aquém do marco previsto pelo legislador, por força de minorante, não há motivo de, na segunda fase, ser proibida a redução da pena abaixo do mínimo legal. No ponto, importante sublinhar que existência de majorantes apenas reforça a necessidade, se for o caso, de estabelecimento da pena provisória aquém do mínimo legal por força de circunstância atenuante, já que as causas de aumento podem elevar consideravelmente a pena provisória.⁽¹⁷⁾

Poder-se-ia elencar outras razões para criticar o enunciado em exame, como a mácula aos princípios da culpabilidade (pois, ao deixar de reduzir a pena em razão de circunstância atenuante, enseja quantitativo de pena não correspondente com a reprovabilidade da conduta do agente), isonomia (já que, em alguns casos, atribui igualitária pena para acusados com culpabilidades distintas) e proporcionalidade (pois, em razão da decorrência de uma especificidade circunstancial do crime, ocasiona-se uma distorção entre o crime praticado com a sanção correlata e entre o nível de gravidade da conduta com pena aplicada *in concreto*). Todavia, o espaço aqui concedido inviabiliza o adequado tratamento a esses temas, ficando a abordagem restrita à legalidade e à individualização da pena, temas que se tomam como os mais relevantes.

Por tais motivos, o enunciado 231 da Súmula do STJ é apenas a representação de uma total inversão de valores que vige na prática jurisdicional, da preponderância de uma falsa segurança jurídica garantida pela observância de enunciados em detrimento da liberdade individual, expressada por princípios basilares do Direito Penal (culpabilidade, individualização da pena, legalidade, etc.). Princípios que, se de um lado, para nós, representam valores pelos quais a sociedade luta e sempre lutou e mostram-se imprescindíveis para a consolidação de um autêntico e forte Estado Democrático de Direito, limitador do poder punitivo estatal, de outro, continuam esses valores sendo vítimas de sistemáticas violações, inclusive por aqueles que possuem a função constitucional de os proteger.

Notas

- (1) A exemplo de: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 674-677; CANIBAL, Carlos Roberto Lofego. Pena aquém do mínimo – uma investigação constitucional-penal. *Revista Juris*, Porto Alegre, v. 77, p. 82-92, mar. 2000.
- (2) REsp 7287 PR 1991/0000481-2, julgado em 16/04/1991; REsp 15691 PR 1991/0021212-1, julgado em 01/12/1992; REsp 32344 PR 1993/0004667-5, julgado em 06/04/1993; REsp 46182 DF 1994/0008847-7, julgado em 04/05/1994; REsp 49500 SP 1994/0016622-2, julgado em 29/06/1994; REsp 146056 RS 1997/0060498-5, julgado em 07/10/1997.
- (3) Ver, por todos: TJ/SE: apelação criminal n.º 201900300453; TJ/SP: apelação criminal n.º 0005313-30.2016.8.26.0050; TJ/RS: apelação criminal n.º 70080138134.
- (4) RE 597270 QO-RG.
- (5) BITENCOURT, op. cit., p. 677.
- (6) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta. p. 382.
- (7) NEVES, A. Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In: *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora: 1995. p. 385.
- (8) Idem, *ibidem*, p. 386.
- (9) HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editro, 2008. p. 60.
- (10) COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 128.
- (11) Idem. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 155.
- (12) Oportuno recordar que as negações à legalidade e a admissão da analogia *in malam partem* causaram experiências totalitárias no século passado, as quais, certamente, a humanidade não quer repetir. Sobre o tema, conferir: FERRAJOLI, op. cit., p. 384.
- (13) COSTA, *Noções fundamentais...*, p. 131.
- (14) LYRA, José Francisco Dias da. O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 118, p. 93, jan.-fev. 2016.
- (15) ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 25.
- (16) MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Médoto, 2012. p. 573.
- (17) BITENCOURT, op. cit., p. 677.

Victor Matheus Bevilaqua

Pós-graduando em Direito Penal e

Processual Penal pela UNISINOS/RS.

Especialista em Ciências Penais pela PUCRS.

Assessor de Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Sul.

ORCID: 0000-0001-9522-5410

victor_bevilaqua@hotmail.com

Recebido em: 12/03/2019

Aprovado em: 17/05/2019

Versão final: 19/06/2019

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

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

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhão Becthlufft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami, Erica do Amaral Matos, Isabel Penido de Campos Machado, Surreilly Fernandes Youssef e Roberto Portugal de Biaz.

EDITORES/AS EXECUTIVOS/AS: Helen Christo, Rafael Vieira e Willians Meneses.

CORPO DE PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO: Cassio Eduardo Zen (USP - São Paulo/SP), Chiavelli Fazenda Falavigno (UFSC - Florianópolis/SC), Dayane Aparecida Fanti Tangerino (USP - São Paulo/SP), Décio Franco David (UENP - Curitiba/PR), Gustavo Britta Scandelari (UNICURITIBA - Curitiba/PR), Indaiá Lima Mota (UFBA - Salvador/BA), Isabela Albuquerque Mustafa (Universidade de Coimbra - Portugal), Luana Adriano Araújo (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ), Lucas e Silva Batista Pilau (UFRGS - Porto Alegre/RS), Octavio Augusto da Silva Orzari (USP - São Paulo/SP), Thais Del Monte Buzato (UNIP - São Paulo/SP), Tomás Grings Machado (PUC - Porto Alegre/RS).

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

REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos,

pesquisa e texto Ltda. - ME - Tel.: (11) 3673-7564 - E-mail: midiafazmal@gmail.com

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: 3.500 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

PROGRAME-SE

CURSOS IBCCRIM: 1º SEMESTRE DE 2020



DIREITO PENAL ECONÔMICO: CRIMES EM ESPÉCIE — 2ª EDIÇÃO

AULAS PRESENCIAIS: 2 A 25 DE MARÇO, DAS 19H ÀS 22H
EAD: A PARTIR DE 12 DE MARÇO, NA PLATAFORMA EADBOX



ASPECTOS DA NECROPOLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

AULAS PRESENCIAIS: 3 A 19 DE MARÇO, DAS 19H ÀS 22H
EAD: A PARTIR DE 13 DE MARÇO, NA PLATAFORMA EADBOX



APLICAÇÃO E EXECUÇÃO PENAL

AULAS PRESENCIAIS: 7 A 30 DE ABRIL, DAS 19H ÀS 22H
EAD: A PARTIR DE 17 DE ABRIL, NA PLATAFORMA EADBOX



ASPECTOS PRÁTICOS DO TRIBUNAL DO JÚRI

AULAS PRESENCIAIS: 5 A 28 DE MAIO, DAS 19H ÀS 22H
EAD: A PARTIR DE 15 DE MAIO, NA PLATAFORMA EADBOX



DIREITO DIGITAL E CRIMES INFORMÁTICOS

AULAS PRESENCIAIS: 1 A 24 DE JUNHO, DAS 19H ÀS 22H
EAD: A PARTIR DE 11 DE JUNHO, NA PLATAFORMA EADBOX

CONHEÇA A GRADE COMPLETA DOS CURSOS EM WWW.IBCCRIM.ORG.BR

VEM AÍ: CURSO 100% EAD: NOVAS PERSPECTIVAS DA CRIMINOLOGIA

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

O caso Yarce: criminalização de defensoras de direitos humanos e deslocamento forçado intraurbano à luz dos estándares de proteção do sistema interamericano

Ana Luisa Zago de Moraes

Resumo: Cinco mulheres residentes na Comuna 13 em Medellín, Colômbia, dedicadas à defesa dos direitos da comunidade local, que vivia em meio a um conflito armado dominado pelas FARC's, foram obrigadas a deixar seus lares. Três delas foram presas ilegalmente e Yarce foi morta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade do Estado pelos deslocamentos forçados intraurbanos devido à omissão do dever de investigar os responsáveis pelos atos violentos, à ausência de assistência às vítimas e de promover um retorno seguro ou reassentamento. Reconheceu, ainda, que a criminalização violou diversos direitos previstos no Pacto San José e culminou no homicídio, tendo sido o Estado responsabilizado por omissão. Os parâmetros de decisão são aplicáveis pela justiça brasileira para evitar a criminalização, em especial a prisão, de defensores, bem como para enfrentar deslocamentos intraurbanos decorrentes da ocupação pela criminalidade organizada.

Palavras-chave: Gênero. Defensoras de direitos humanos. Deslocamento forçado intraurbano. Moradia.

1 Introdução: tão longe, tão perto

O presente trabalho é um dos resultados do Projeto de Pesquisa *Mobilidade Humana: a construção de uma Teoria Geral do Direito Migratório*, registrado perante o Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da UniRitter. O caso Yarce tem uma importância ímpar para o projeto, pois desenvolve a temática dos deslocamentos forçados intraurbanos, em especial de defensoras de direitos humanos,⁽¹⁾ evidenciando a ampla relação entre deslocamento forçado e violência, perseguição e criminalização das mulheres líderes comunitárias. Além disso, os parâmetros de decisão adotados pela Corte Interamericana são passíveis de aplicação em benefício das pessoas, em especial as lideranças comunitárias, forçadas a abandonar seus lares devido às ocupações pela criminalidade organizada.

A construção de uma Teoria Geral do Direito Migratório para além da clássica separação entre Direito Migratório, Direito dos Refugiados e Direito Humanitário pretende justamente estabelecer parâmetros normativos para o enfrentamento, pelo Poder Judiciário, de fenômenos da mobilidade humana, que vão além dos deslocamentos internacionais, mas estão presentes no nosso cotidiano. Exemplo disso é justamente a ocupação territorial de Condomínios Minha Casa Minha Vida, construídos em regiões periféricas urbanas e sem a presença do Estado, em que “síndicos”, mães de crianças em idade escolar,

Abstract: Five women living in Commune 13 in Medellín, Colombia, dedicated to defending the rights of the local community living in an armed conflict dominated by the FARC's, were forced to leave their homes. Three of them were illegally arrested and Yarce was killed. The Inter-American Court of Human Rights acknowledged the State's responsibility for intra-urban forced displacement due to the failure to investigate those responsible for violent acts, the lack of assistance to victims and to promote a safe return or resettlement. He also acknowledged that criminalization violated several rights provided for in the San José Pact and culminated in the murder, and the State was held responsible for omission. The decision marks are applicable by the Brazilian courts to prevent criminalization, especially the arrest of defenders, as well as to face intra-urban displacement resulting from occupation by organized crime.

Keywords: Gender. Human Rights Defenders. Intraurban forced displacement. The right to housing.

e outros, resistem às ordens de “milícias” ou de “traficantes” e acabam sofrendo violência, expulsões e invasões de suas casas.

2 Tão longe: o contexto fático do caso

Na primeira década do Século XXI, havia conflito armado interno na Colômbia⁽²⁾ e a situação da Comuna 13, região da cidade de Medellín composta de 19 bairros, era de pobreza e ciclos de violência decorrentes dos confrontos entre grupos armados pela disputa do controle territorial e da gestão de atividades ilegais relacionadas com assassinatos e tráfico de drogas. De um lado, estavam as milícias das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) e do Exército de Libertação Nacional (ELN). Do outro, estava o grupo paramilitar das chamadas Autodefesas Unidas da Colômbia (AUC), especificamente o Bloco Cacique Nutibara (BCN).⁽³⁾

Como consequência das ameaças e confrontos armados que ocorreram nesse território, muitas pessoas sofreram violência, mortes ou foram forçadas a deixar suas casas e migrar para diferentes áreas de Medellín.⁽⁴⁾

3 Para além do “caso”, os rostos: Mosquera, Naranjo, Ospina, Rúa e Yarce

O presente caso trata de cinco mulheres defensoras dos direitos humanos, que desempenhavam na mesma época atividades

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

O caso Yarce: criminalização de defensoras de direitos humanos e deslocamento forçado intraurbano à luz dos estándares de proteção do sistema interamericano

Ana Luisa Zago de Moraes 2241

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal 2245

Superior Tribunal de Justiça 2246

na Comuna 13. Todas tiveram participação na Associação de Mulheres de Las Independencias (AMI), uma organização ligada ao trabalho social pelas mulheres, bem como nas Juntas de Ação Comunitária (JAC).⁽⁵⁾

Myriam Eugenia Rúa Figueroa era Presidente da JAC Barrio Nuevo e vivia em uma casa própria localizada no Barrio Nuevo da Comuna 13 com seu companheiro e suas três filhas. Teve um papel de líder comunitária desde 1989 e realizou muitas atividades de melhoria do bairro. Também participou da criação de um grupo feminino para trabalhar pela comunidade.⁽⁶⁾

Recebeu a notícia de que seu nome estava em uma lista de pessoas que os paramilitares pretendiam assassinar, motivo pelo qual, juntamente com seus familiares, foi obrigada a deixar sua casa, em 2002, que foi invadida e destruída. Ela não retornou ao local e apresentou denúncia criminal pelo deslocamento e requereu inserção em programa de assistência.⁽⁷⁾

Luz Dary Ospina Bastidas era Diretora Executiva da AMI e vivia em uma casa própria com seu marido e seus filhos.⁽⁸⁾ No mesmo ano e pelos mesmos motivos de Rúa, deslocou-se para outra área de Medellín. Seu marido e filho voltaram para proteger a casa, mas foram espancados e, subsequentemente, a moradia foi destruída.⁽⁹⁾

Mery del Socorro Naranjo Jiménez era Presidente da JAC do Bairro Independências III da Comuna 13, já havia ocupado o cargo de procuradora da JAC e era integrante ativa da AMI. Tinha filhos e netos que viviam consigo, sendo que um de seus netos, Sebastián Naranjo Jiménez, foi assassinado em 2010, assim como sua sobrinha Luisa María Escudero Jiménez.⁽¹⁰⁾

Ana Teresa Yarce atuava como Procuradora da JAC do bairro Independência, Setor 3 da Comuna 13. Também participou da AMI e era a encanadora do bairro, tendo suas atividades ligadas à gestão do aqueduto distrital. Era responsável de quatro crianças com quem vivia: dois dos seus cinco filhos e suas netas.

Por fim, **María del Socorro Mosquera Londoño** era Presidente e representante legal da AMI, e também tinha filhos menores.

Em 12 de novembro de 2002, **Mosquera, Naranjo e Yarce** foram **capturadas sem mandado judicial**, em uma ação conjunta entre o Exército e a Polícia Nacional. O Comandante de Esquadra declarou, que a detenção foi baseada em informações de vizinhos de que elas “eram milicianas” e estavam mudando de residência. No dia seguinte, o Procurador de Justiça abriu instrução para o crime de formação de quadrilha e, no subsequente, em declarações preliminares, as três senhoras mencionaram que a acusação de “milicianas” decorreu de conflitos com vizinhos, que queriam impedi-las de participarem como candidatas da eleição da JAC.⁽¹¹⁾

Em 21 de novembro do mesmo ano, o Procurador de Justiça, reconhecendo a falta de provas de que teriam participado do crime, ordenou a soltura imediata das mulheres, depois de elas passarem quatro dias na cela de uma delegacia de polícia e cinco dias na prisão feminina. No dia seguinte, foram postas em liberdade e somente em 22 de maio de 2003 foi determinado o arquivamento do inquérito policial.

Mosquera declarou que, após recuperarem a sua liberdade, passaram a ser apontadas como colaboradoras das milícias e intimidadas por grupos paramilitares. Juntamente com sua filha e o neto, foram obrigados a se mudar, mas não foram aceitos no

registro de deslocados, portanto, não receberam nenhuma ajuda do Estado, apesar de suas condições econômicas precárias. Em seguida, retornaram para a Comuna 13, onde viveram anos de perseguição e estigmatização.⁽¹²⁾

Em 6 de outubro de 2004, **Yarce** estava em frente ao centro familiar comunitário, acompanhada por sua filha Mónica e por **Naranjo**, quando foi alvejada por um disparo de arma de fogo e morreu minutos depois. A situação de insegurança das testemunhas aumentou depois de presenciarem o **homicídio**, gerando diversos deslocamentos internos até o ano de 2005, invariavelmente desacompanhados de ajuda humanitária das autoridades.⁽¹³⁾

4 Criminalização de defensoras de direitos humanos:

A criminalização de defensoras e defensores de direitos humanos trata-se do uso indevido do direito penal consistente para a manipulação do poder punitivo do Estado por parte de atores estatais e não estatais, com o objetivo de controlar, castigar ou impedir a defesa dos direitos humanos. Pode ocorrer, por exemplo, mediante denúncias infundadas ou baseadas em tipos penais não conformes com o princípio da legalidade.⁽¹⁴⁾

Além dos numerosos atos de perseguição e agressão e deslocamento, merece atenção justamente a **criminalização** consistente na privação da liberdade de Mosquera, Naranjo e Yarce. Em razão desta, a Corte reconheceu que o Estado não cumpriu sua obrigação de evitar a manipulação do sistema penal,⁽¹⁵⁾ efetivando uma prisão ilegal e arbitrária, violando as normas internas colombianas, mas também o direito à integridade pessoal e à liberdade contidos nos arts. 1º, 5º e 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Assim, a prisão, medida cautelar mais severa, cuja aplicação tem caráter excepcional e limitada aos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade (art. 8º e 25 da Convenção),⁽¹⁶⁾ contribuiu para exacerbar o clima de hostilidade e intolerância. Dessa forma, o Tribunal reconheceu que, ao serem apontadas como “milicianas” ou “guerrilheiras” pelas próprias autoridades públicas, as vítimas foram estigmatizadas, o que afetou sua reputação, honra e dignidade, e que foram colocadas na mira dos grupos armados, violando também o direito à honra e à dignidade consagrados no art. 5º da CADH.⁽¹⁷⁾

O fato de serem **mulheres** agravou a condição de vulnerabilidade já inerente à situação de defensoras de direitos humanos, por si só objetos de ameaças, perseguição e estigmatização.⁽¹⁸⁾ A criminalização e os atos posteriores também afetaram suas **famílias**, violando, portanto, o art. 17 - em especial as **crianças**, que não receberam a adequada proteção (art. 19).

A respeito da **violação do direito à vida** em detrimento de Yarce, a Corte fez uma distinção entre o **dever de respeito** (de não violar) e o **dever de garantia**. Este último é um dever de meio ou de comportamento, e não de resultado; de evitar que particulares violem bens protegidos por direitos consagrados no tratado. Os critérios da Corte para avaliar a responsabilidade do Estado pelo não cumprimento deste dever são os seguintes: (a) no momento dos fatos existia uma situação de risco real e imediato para um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos; (b) que as autoridades tinham ou deveriam ter conhecimento



desse risco; e (c) que as autoridades, apesar disso, não tomaram, no âmbito das suas atribuições, as medidas necessárias que, em termos razoáveis, podiam ser esperadas para prevenir ou evitar esse risco. Assim, no caso concreto, reconheceu a presença dos três requisitos para responsabilizar o Estado, considerando que a Colômbia infringiu o dever de prevenir a violação do direito à vida, pois não avaliou a Sra. Yarce como potencial vítima de quem mais tarde atentou contra sua vida, nem tomou medidas adequadas, idôneas e eficazes para protegê-la.⁽¹⁹⁾

5 Deslocamento intraurbano forçado e seu impacto sobre o direito à moradia:

A Corte reconheceu o deslocamento interno forçado,⁽²⁰⁾ violando o liberdade de circulação e de residência (arts. 5.1 e 22.1), e responsabilizou o Estado porquanto este, no caso concreto, teve conhecimento da mobilidade compulsória e não proporcionou uma investigação efetiva de atos violentos tampouco outras condições necessárias para um retorno digno e seguro ao lugar de residência habitual, tampouco para o reassentamento voluntário.⁽²¹⁾

Em voto concorrente, o Juiz **Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot** salientou, que o fenômeno do deslocamento intraurbano forçado, além de ter relação com o direito de circulação e residência, também se encontra associado à vulneração de outros direitos humanos, como à vida, ao trabalho, à integridade pessoal, à educação, à **moradia** em condição de dignidade, à segurança social, à saúde, entre outros. Acrescentou que as mulheres deslocadas sofrem desproporcionalmente com essa violação dos direitos humanos em comparação com os homens.⁽²²⁾

No que diz respeito ao direito à moradia, **Eduardo Ferrer** destacou a legítima possibilidade interpretativa deste derivar das normas contidas da Carta da Organização dos Estados Americanos, podendo declarar a violação do art. 26 da Convenção Americana (ressaltando a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais); e não somente redirecionar a violação por meio da conexão com o direito à propriedade contido no art. 21.⁽²³⁾

6 Tão perto: a aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro

Quanto à criminalização de defensores e defensoras de direitos humanos, os parâmetros de decisão do Caso Yarce têm aplicabilidade pelo Poder Judiciário brasileiro em diversos casos relacionados aos militantes de direitos à moradia, à terra, indígenas, quilombolas, dentre outros, que têm sido objeto de acusações penais, medidas cautelares, mas também de discursos criminalizantes por autoridades de Estado.⁽²⁴⁾ A partir do julgado analisado, deduz-se o dever de evitar a manipulação do sistema penal, principalmente o uso da prisão, cujos parâmetros de aplicação são justamente o risco de fuga ou destruição de provas, os elementos probatórios concretos que permitam supor que a pessoa tenha participado do crime, e a revisão periódica da medida. Além disso, chamou a atenção para o efeito da criminalização sobre o próprio trabalho das defensoras e defensores e a segurança pessoal destes e de suas famílias, relacionando, inclusive, com a violação do direito à vida (submissão da pessoa a risco real e ausência de medidas necessárias para prevenir ou evitar esse risco).

Em relação aos deslocamentos intraurbanos de pessoas obrigadas a deixar suas moradias em razão de conflitos armados, a Corte reconheceu tratar-se de modalidade de deslocamento forçado, aplicando-se, portanto, os princípios orientadores

relativos aos deslocados internos,⁽²⁵⁾ mormente o dever de evitar o deslocamento, de garantir o retorno seguro e, não sendo possível, o reassentamento, levando-se em consideração a vontade do deslocado. O voto do Juiz Eduardo Ferrer acrescentou, que houve violação do direito humano à moradia, considerado um direito social autônomo, que no Brasil tem previsão constitucional expressa no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), conforme redação dada pela Emenda Constitucional 26/2000.

No Brasil, muitas pessoas têm sido vítimas de ameaças e invasões comandadas por facções criminosas, e são obrigadas a deixar suas casas. Exemplo foi a denúncia recebida pela Defensoria Pública da União (DPU), em Porto Alegre, de que tais fatos ocorreram especialmente nos Condomínios “Ana Paula”, “Camila” e “Residencial São Guilherme” do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV). As ameaças consistiam em risco de morte, violência física e sexual e resultavam na expulsão da família do imóvel, fortalecendo o controle exercido pelos traficantes de drogas em cada condomínio. A DPU passou a receber as denúncias e “informações” advindas de um morador do Condomínio Ana Paula, ex-morador de rua, vinculado a movimentos sociais da cidade, que se tornou defensor do direito à moradia.⁽²⁶⁾

Inicialmente, verificou-se a impossibilidade de os moradores realizarem “distrato” dos contratos assinados com o PMCMV, devido à previsão de que este somente se realizaria com o ateste, por órgão da segurança pública, quanto à invasão da unidade habitacional. Após tratativas entre a DPU e o Ministério das Cidades, este editou a Portaria 488/2017 para contemplar a possibilidade de comprovação do impedimento de ocupação, ou retirada da unidade habitacional por invasão, ou ameaça mediante apresentação de declaração do ente público responsável pela indicação da demanda acompanhada de Boletim de Ocorrência (BO), ou de declaração do órgão de segurança pública dos estados ou do Distrito Federal. Após a publicação dessa Portaria, a DPU, a Caixa Econômica Federal e o município passaram a instrumentalizar os distratos dos contratos, sem necessidade de intervenção judicial, e as vítimas passaram a ser realocadas em outros condomínios não ocupados pela criminalidade organizada.⁽²⁷⁾

O defensor de direitos humanos responsável pela intermediação entre órgãos públicos e os cidadãos deslocados passou a ser ameaçado pelos autores das violências que geraram os deslocamentos, havendo tentativas de inserção no programa de proteção aos defensores do governo federal e também no programa estadual de proteção às testemunhas.

7 Considerações finais

No caso Yarce, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu quanto à reponsabilidade do Estado pela violação do direito à vida, à liberdade, às garantias judiciais, à circulação, à residência, à propriedade privada, à liberdade de associação, à proteção da família e da criança, nos limites dos tópicos acima, e declarou a responsabilidade civil do Estado, condenando-o a indenizar as vítimas por danos morais e materiais.

Além da indenização, determinou a adoção, em prazo razoável, das medidas necessárias para continuar a investigação, a fim de individualizar, julgar e, se necessário, punir os responsáveis pelos deslocamentos forçados e morte. Determinou, ainda, que o Estado



deve fornecer imediatamente tratamento médico e psicológico às vítimas que o solicitem.

Também impôs a publicidade do caso, inclusive mediante um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional. Para além disso, determinou a implantação de um programa educacional na Comuna 13 destinado a instruir sobre o trabalho das defensoras e defensores dos direitos humanos, e a fomentar e fortalecer os espaços de diálogo entre a população, as defensoras e defensores, e o Estado. Impôs a inclusão da experiência e dos acontecimentos vividos por Yarce, Mosquera, Naranjo, Ospina e Rúa como consequência de sua luta e compromisso com a sociedade, com o objetivo de exemplificar os riscos que a defesa dos direitos humanos pode acarretar e, assim, fomentar o reconhecimento daqueles que trabalham nessa tarefa.

A decisão contribuiu para: (a) a construção de uma Teoria Geral do Direito Migratório à medida em que reconheceu a categoria deslocamentos forçados intraurbanos e a especial vulnerabilidade decorrente do gênero; (b) o enfrentamento da criminalização de defensoras de direitos humanos no Brasil, que deverá atentar à responsabilidade internacional devido à violação de diversos dispositivos do Pacto San José (arts. 1º, 5º e 7º, 8º, 19 e 25); (c) a prevenção e reparação de deslocamentos decorrentes de dominação territorial por organizações criminosas, que também são ensejadores da violação da Convenção (arts. 1º, 5º, 7º, 11, 16, 21); e (d) a justiciabilidade do direito humano à moradia, conforme voto concorrente do Juiz **Eduardo Ferrer**, e sua violação em caso de deslocamentos internos, se for constatada a omissão do Estado de investigar atos violentos, de promover o reassentamento e o retorno à moradia em segurança.

Notas

- (1) “As defensoras e defensores de direitos humanos são pessoas que buscam promover, de qualquer forma, a realização dos direitos humanos reconhecidos nacional e internacionalmente. O critério identificador de quem deve ser considerado defensora ou defensor de direitos humanos é a atividade desenvolvida pela pessoa e não outros fatores como receber remuneração por seu trabalho ou pertencer a uma organização civil ou não. O conceito também é aplicável aos operadores jurídicos como defensores do acesso à justiça às vítimas de violações. As defensoras e defensores contribuem para melhorar as condições sociais, políticas e econômicas, para reduzir as tensões sociais e políticas, para consolidar a paz a nível nacional, bem como para promover a tomada de consciência a respeito dos direitos humanos no plano nacional e internacional.” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 49/15. Washington, 2015. p. 20-21, tradução livre)
- (2) Em 11 de agosto de 2002, a Colômbia declarou “estado de comoção interna” para recuperar a validade dos direitos e liberdades públicas em todo o território nacional, sem sacrificar as garantias consagradas na Constituição e nos tratados internacionais sobre a matéria assinados e ratificados pela Colômbia. (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C N. 325, parágrafo 257. p. 80-81. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf>. Acessado em: 09.11.2019.)
- (3) *Ibidem*, parágrafo 81, p. 26.
- (4) Iris Marín Ortiz, vice-diretora geral da Unidade de Assistência e Reparação Integral de Vítimas, declarou perante a CADH que, entre 2002 e 2004, o número de pessoas que declararam ter sido expulsas de Medellín e que permaneceram na área urbana do município totalizou 4.196 (*Ibidem*, parágrafo 82, p. 26).
- (5) *Ibidem*, parágrafo 101, p. 32.
- (6) *Ibidem*, parágrafo 101, p. 32-33.
- (7) *Ibidem*, parágrafo 108, p. 35.
- (8) *Ibidem*, parágrafo 103, p. 33.

- (9) *Ibidem*, parágrafo 109, p. 36.
- (10) *Ibidem*, parágrafo 105, p. 33-34.
- (11) *Ibidem*, parágrafo 113, p. 38.
- (12) *Ibidem*, parágrafo 117, p. 40.
- (13) Após a prisão, as Sras. Yarce, Mosquera e Naranjo fizeram denúncias do crime de deslocamento forçado de população civil. No mesmo dia do homicídio, iniciou-se investigação específica sobre a morte, que foi anexada às diligências anteriores relativas às expulsões por grupos armados ilegais. Em 23 de abril de 2010, a Procuradoria proferiu resolução de preclusão relativamente à prática do crime de deportação, expulsão, transferência ou deslocamento forçado de população civil, uma vez que o Procurador de Justiça considerou que “o crime não est[ava] totalmente comprovado”, dado que, embora as senhoras Yarce, Mosquera e Naranjo “se retirassem do setor [...] depois voltavam a desempenhar todas as suas atividades normais e cotidianas” (*Ibidem*, parágrafo 122, p. 43-44.). Entre 2009 e 2010 houve duas condenações pela conduta punível de homicídio de pessoa protegida e, apesar de terem sido proferidas duas sentenças condenatórias, a investigação continuou a fim de identificar e, posteriormente, julgar o restante dos possíveis responsáveis (*Ibidem*, parágrafo 113, p. 44.).
- (14) OEA, op. cit., parágrafo 6, p. 12-13.
- (15) Segundo o Informe sobre criminalização de defensoras e defensores de direitos humanos, o Estado deve adotar todas as medidas necessárias para evitar que, mediante investigações estatais, submeta estes indivíduos a investigações, processos e outras medidas deles decorrentes que sejam injustos e infundados, assegurando que as autoridades ou terceiras pessoas não manipulem o poder punitivo do Estado e seus órgãos de justiça com a finalidade de ameaçar quem se encontra dedicado a atividades legítimas como é o caso das defensoras e defensores de direitos humanos. (OEA, op. cit., parágrafo 284, p. 155)
- (16) Conforme o informe sobre criminalização de defensoras e defensores de direitos humanos, a prisão cautelar: (a) deve ser utilizada unicamente quando exista risco de fuga ou de destruição de provas, ou seja, ter caráter cautelar e não punitivo (deve estar dirigida a fins legítimos e razoáveis relacionados com o processo penal em curso, não podendo converter-se em pena antecipada nem ter fins preventivos gerais ou especiais atribuídos às penas); (b) deve fundar-se em elementos probatórios concretos suficientes, que permitam supor razoavelmente que a pessoa submetida ao processo tenha participado do ato ilícito investigado; (c) deve estar sujeita a revisão periódica. (OEA, op. cit., p. 108)
- (17) Particularmente, quando essas manifestações ou atos do poder público se dão em contextos de conflitos armados, os grupos à margem da lei poderiam considerar que os atos de violência destinados a amedrontar as e os defensores de direitos humanos contam com a aquiescência dos governos. (OEA, op. cit., parágrafos 83-84, p. 54)
- (18) Especificamente em relação às mulheres, o uso indevido do direito penal, além de frear suas pautas, é consequência da desigualdade histórica e estrutural, que tem caracterizado as relações de poder e a discriminação da mulher. Em relação ao especial risco à integridade dos defensores e defensoras de direitos Humanos e ao direito de proteção pelo Estado e estándares mínimos no sistema onusiano, mais informações sobre o tema podem ser acessadas em: UNITED NATIONS. UN Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Ms. Margaret Sekaggya. *Commentary to the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*. July 2011. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/CommentarytoDeclarationondefendersJuly2011.pdf>> Acesso em: 2.11.2019.
- (19) OEA, op. cit., parágrafos 182-196, p. 59-63.
- (20) Os deslocados internos são pessoas, ou grupos de pessoas, forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar as suas casas, ou seus locais de residência habituais, particularmente em consequência de, ou com vista a evitar, os efeitos dos conflitos armados, situações de violência generalizada, violações dos direitos humanos ou calamidades humanas ou naturais, e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado. (NACIONES UNIDAS. *Principios Rectores de los desplazamientos internos*. UN doc. E/CN.4/1998/53/Add. 2, 11 de febrero de 1998. Disponível em: <https://www.acnur.org/prot/prot_despl/5bff2c864/principios-rectores-de-los-desplazamientos-internos.html>. Acesso em: 15.11.2019.)
- (21) Segundo o Princípio 28. 1., “As autoridades competentes têm o dever e responsabilidade primárias de criar condições, bem como de fornecer meios, que permitam o regresso voluntário, em segurança e com dignidade, dos deslocados internos às suas casas ou aos locais de residência habituais, ou a sua reinstalação voluntária em qualquer outra parte do país. Tais autoridades devem esforçar-se para facilitar a reintegração das pessoas regressadas ou reinstaladas que outrora foram deslocados internos. 2. Esforços deverão ser envidados para assegurar a participação plena

dos deslocados internos no planejamento e gestão do seu regresso ou reinstalação e reintegração.” (Ibidem, p. 14)

- (22) ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Voto Individual Concorrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016.
- (23) Ibidem, parágrafo 122, p. 39.
- (24) SANTOS, Layza Queiroz; SOUZA, Alice de Marchi Pereira (org.). *Vidas em luta: Criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil/ Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos*. Curitiba: Terra de Direitos, 2017. Segundo o informe, no Brasil, em 2016, iniciou o acirramento da criminalização dos movimentos sociais e das defensoras e defensores de direitos humanos. Além das clássicas imputações de formação de quadrilha, dano e esbulho possessório, a luta social passa a sofrer a aplicação de novos dispositivos legais – incorporados recentemente à legislação penal brasileira – como de organização criminosa, acionado em dois casos emblemáticos, que ensejaram prisões preventivas contra militantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, MST, nos estados de Goiás e do Paraná. Outro elemento de destaque no cenário nacional foi a aprovação, em maio de 2017, do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou a FUNAI e o Inca e pediu o indiciamento de 67 pessoas, entre elas lideranças indígenas, antropólogas e antropólogos. Acrescentou que organizações da sociedade civil que compõem o Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos

Humanos (CBDDH) registraram 66 casos de assassinatos de defensoras e defensores de direitos humanos somente no ano de 2016, assim como um agravamento generalizado da violência contra as defensoras e defensores, sendo que a grande maioria desses homicídios aconteceram em decorrência de conflitos no campo. (Ibidem, p. 18-22)

- (25) NACIONES UNIDAS, op. cit., 1998.
- (26) ACKERMAN, Lilian A.; MORAES, Ana Luisa Z.; et. al. *Distrato e realocação de beneficiários do Programa Minha Casa Minha Vida – Faixa I - assistidos pela Dpu/RS, Vítimas de ameaça e invasão em seus imóveis por facção criminosa/Tráfico*. Brasil: INNOVARE, 2016. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/praticas/9372>. Acesso em: 15.11.2019.
- (27) Ibidem.

Ana Luisa Zago de Moraes

Defensora Pública Federal. Doutora em Ciências Criminais. Professora do PPG em Direitos Humanos da Uniritter. Titular da disciplina de Direito Internacional dos Direitos Humanos. ORCID: 0000-0001-5126-9112 analuisamoraes@hotmail.com

Recebido em: 05.12.2019
Aprovado em: 05.12.2019
Versão final: 10.12.2019

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – CLÁUSULAS. O acordo alinhavado com o colaborador, quer mediante atuação do Ministério Público, quer da Polícia, há de observar, sob o ângulo formal e material, as normas legais e constitucionais. DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – POLÍCIA. O acordo formalizado mediante a atuação da Polícia pressupõe a fase de inquérito policial, cabendo a manifestação, posterior, do Ministério Público. DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIOS – HOMOLOGAÇÃO. A homologação do acordo faz-se considerados os aspectos formais e a licitude do que contido nas cláusulas que o revelam. DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIO. Os benefícios sinalizados no acordo ficam submetidos a concretude e eficácia do que versado pelo delator, cabendo a definição final mediante sentença, considerada a atuação do órgão julgador, do Estado-juiz.

(STF – Tribunal Pleno – ADI 5508 – rel. Marco Aurélio – j. 20.06.2018 – public. 05.11.2019 – Cadastro IBCCRIM 6118)

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Regime de cumprimento de pena mais severo. Motivação inidônea. Necessidade de adequação para o regime aberto. Precedentes.

1. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da sanção corporal aplicada, devendo-se considerar as especiais circunstâncias do caso concreto. Assim, a imposição ao condenado de regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal deve ser adequadamente fundamentada. Esse entendimento se amolda à jurisprudência cristalizada na Súmula 719. Precedentes. 2. A motivação apresentada pela instância antecedente não se mostra apta a justificar o agravamento do regime prisional, sobretudo se consideradas as circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, assim como o fato de que houve o reconhecimento do denominado tráfico

privilegiado, com aplicação da fração máxima de 2/3. 3. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime inicial aberto. (STF – 1.ª T. – HC 163231 – rel. Marco Aurélio – rel. p/ acórdão: Alexandre De Moraes – j. 25.06.2019 – public. 26.08.2019 – Cadastro IBCCRIM 6119)

Inquérito. Denúncia. Corrupção passiva majorada (art. 317, § 1º, c/c art. 327, § 2º, do código penal). Inépcia da denúncia. Inocorrência. Descrição satisfatória de atos, em tese, ilícitos. Requisitos do art. 41 do código de processo penal observados. Recebimento de vantagem indevida. Falta de indícios concretos da existência do aludido pagamento. Nexo de causalidade entre as supostas práticas do ato de ofício e a percepção da vantagem. Ausência de comprovação. Carência de justa causa. Rejeição da denúncia.

1. A denúncia atende os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo de forma pormenorizada os fatos supostamente delituosos e suas circunstâncias e explanando de forma compreensível e individualizada a conduta criminosa em tese adotada por cada um dos denunciados. Não há que se falar, desse modo, em inépcia da exordial acusatória. 2. A par de formalmente apta, os elementos indiciários que subsidiam a denúncia não são capazes de sugerir o referido pagamento indevido, tampouco comprovar o nexo de causalidade deste com a suposta prática do ato de ofício. Tal quadro, considerando-se inclusive a prova indicada à instrução, carece a exordial acusatória de justa causa. 3. Denúncia rejeitada.

(STF – 2.ª T. – Inq. 3991 – rel. Edson Fachin – j. 17.04.2018 – public. 17/10/2019 – Cadastro IBCCRIM 6120)

Jurisprudência compilada por Roberto Portugal de Biazi e Vivian Peres.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso especial. Penal e processual penal. Violência doméstica. Vias de fato. Dano moral. Valor mínimo para a reparação civil. Dano moral in re ipsa. Menosprezo à dignidade da mulher. Mero aborrecimento. Não ocorrência. Posterior reconciliação. Irrelevância. Execução do título. Opção da vítima. Recurso especial provido.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.675.874/MS, fixou a compreensão de que a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher implica a ocorrência de dano moral in re ipsa, de modo que, uma vez comprovada a prática delitiva, é desnecessária maior discussão sobre a efetiva comprovação do dano para a fixação de valor indenizatório mínimo. 2. A Corte estadual, apesar de manter a condenação do Recorrido pela conduta de agredir sua companheira com socos no peito e no braço, afastou a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados, sob o argumento de que o fato não passou de mero aborrecimento na vida da vítima, sem produzir abalo psicológico ou ofensa a atributo da personalidade. 3. A atitude de violência doméstica e familiar contra a mulher está naturalmente imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. Desse modo, mostra-se necessário o restabelecimento do valor fixado pelo Juízo de origem como montante mínimo para a reparação dos danos causados pela infração. 4. A posterior reconciliação entre a vítima e o agressor não é fundamento suficiente para afastar a necessidade de fixação do valor mínimo previsto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, seja porque não há previsão legal nesse sentido, seja porque compete à própria vítima decidir se irá promover a execução ou não do título executivo, sendo vedado ao Poder Judiciário omitir-se na aplicação da legislação processual penal que determina a fixação de valor mínimo em favor da vítima. 5. Recurso especial provido para restabelecer o valor mínimo de reparação dos danos causados pela infração, determinando-se ao Tribunal de origem que prossiga no julgamento da apelação defensiva quanto ao pleito subsidiário de redução do quantum fixado na sentença.

(STJ – 6.ª T. – Resp. 1819504/MS – rel. **Laurita Vaz** – j. 10.09.2019 – public. 30.09.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6121**)

Recurso especial. Conflito entre normas. Prisão domiciliar. Frequência a culto religioso durante o período noturno. Recurso parcialmente provido.

1. O cumprimento de prisão domiciliar não impede a liberdade de culto, quando compatível com as condições impostas ao reeducando, atendendo à finalidade ressocializadora da pena. 2. Não havendo notícia do descumprimento das condições impostas pelo juízo da execução, admite-se ao executado, em prisão domiciliar, ausentar-se de sua residência para frequentar culto religioso, no período noturno. 3. Considerada a possibilidade de controle do horário e de delimitação da área percorrida por meio do monitoramento eletrônico, o comparecimento a culto religioso não representa risco ao cumprimento da pena. 4. Recurso especial parcialmente provido para permitir ao reeducando o comparecimento a culto religioso às quintas e domingos, das 19h às 21h, mantidas as demais condições impostas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1788562/TO – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 17.09.2019 – public. 23.09.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6122**)

Penal e processual penal. Habeas corpus. Lesão corporal culposa. Writ impetrado na origem julgado prejudicado. Superveniência de acordo de transação penal. Situação diversa do sursis processual. Ausência de constrangimento ilegal.

1. No caso, após o recebimento da denúncia, alterada a acusação, foi celebrado acordo de transação penal, motivo pelo qual o writ impetrado na origem, no qual se alegava a ausência de justa causa para a ação penal e a inépcia da denúncia, foi julgado prejudicado. 2. A transação penal, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995, prevê a possibilidade de o autor da infração penal celebrar acordo com o Ministério Público (ou querelante), mediante a imposição de pena restritiva de direitos ou multa, obstando o oferecimento de denúncia (ou queixa). Trata-se de instituto cuja aplicação, por natureza e como regra, ocorre na fase pré-processual, pois visa impedir a instauração da persecutio criminis in iudicio. E é por esse motivo que não se revela viável, após a celebração do acordo, pretender discutir em ação autônoma a existência de justa causa para ação penal. Trata-se de decorrência lógica, pois não há ação penal instaurada que se possa trancar. 3. Situação diversa ocorre com a suspensão condicional do processo, em relação a qual se admite a impetração, porquanto, neste caso, já foi deflagrada a ação penal, cuja denúncia foi recebida, revelando-se possível perquirir a existência ou não de justa causa. 4. Assim, somente se houver o descumprimento do acordo é que, concomitantemente, poderá ser deflagrada a ação penal, nos termos da Súmula Vinculante n. 35 do Supremo Tribunal Federal, e impetrado o habeas corpus para, daí sim, apontar a falha da incoativa ou a ausência de justa causa. 5. Ordem denegada.

(STJ – 6.ª T. – HC 495148/DF – rel. **Antonio Saldanha Palheiro** – j. 24.09.2019 – public. 03.10.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6123**)

Recurso ordinário em habeas corpus. Penal e processual penal. Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Tese de trancamento da ação penal por atipicidade formal. Suposta adulteração da placa de veículo semirreboque. Aplicação do princípio da legalidade. Demais teses. Prejudicialidade. Recurso provido.

1. A conduta imputada aos Recorrentes é formalmente atípica, pois não se amolda à previsão do art. 311, caput, do Código Penal, já que, nos termos do art. 96, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro, existe diferença entre veículos automotores - previsto no tipo penal - e veículos semirreboques, de modo que, em atenção ao princípio da legalidade, é de rigor o trancamento da ação penal quanto ao delito em análise. 2. As teses relacionadas à prisão preventiva estão prejudicadas, devido ao reconhecimento do trancamento da ação penal em favor dos Recorrentes e, ainda, porque foram soltos em 15/05/2018 - conforme consta no sítio eletrônico da Corte de origem. 3. Recurso ordinário provido, a fim de trancar a ação penal deflagrada em desfavor dos Recorrentes, em razão da atipicidade formal da conduta que lhes foi atribuída na denúncia.

(STJ – 6.ª T. – RHC 98058/MG – rel. **Laurita Vaz** – j. 24.09.2019 – public. 07.10.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6124**)

Administrativo. Mercadorias estrangeiras. Internação irregular. Descaminho ou contrabando. Veículo transportador. Locadora de

veículos. Propriedade. Participação no ilícito. Inexistência. Pena de perdimento. Ilegalidade.

1. Só a lei pode prever a responsabilidade pela prática de atos ilícitos e estipular a competente penalidade para as hipóteses que determinar, ao mesmo tempo em que ninguém pode ser privado de seus bens sem a observância do devido processo legal. 2. À luz dos arts. 95 e 104 do DL n. 37/1966 e do art. 668 do Decreto n. 6.759/2009, a pena de perdimento do veículo só pode ser aplicada ao proprietário do bem quando, com dolo, proceder à internalização irregular de sua própria mercadoria. 3. A pessoa jurídica, proprietária do veículo, que exerce a regular atividade de locação, com fim lucrativo, não pode sofrer a pena de perdimento em razão de ilícito praticado pelo condutor-locatário, salvo se tiver participação no ato ilícito para internalização de mercadoria própria, exceção que, à míngua de previsão legal, não pode ser equiparada à não investigação dos “antecedentes” do cliente. 4. Hipótese em que o delineamento fático-probatório contido no acórdão recorrido não induz à conclusão de exercício irregular da atividade de locação, de participação da pessoa jurídica no ato ilícito, nem de algum potencial proveito econômico da locadora com as mercadorias internalizadas. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(STJ – 1.^a T. – REsp. 1817179 – rel. **Gurgel de Faria** – j. 17.09.2019 – public. 02.10.2019 – Cadastro IBCCRIM 6125)

Habeas corpus. Prisão preventiva. Homicídio qualificado. Tentativa. Dolo eventual. Crime de trânsito. Direção de veículo sob a influência de álcool. Descumprimento de medida cautelar. Suspensão do direito de dirigir. Situação isolada. Desproporcionalidade. Suficiente a imposição de medidas cautelares diversas. Habeas corpus concedido.

1. Embora lícitamente fundamentado o decreto de prisão no descumprimento de cautelar de suspensão do direito de dirigir e não admitida a justificação de urgente socorro à filha, é desproporcional a cautelar mais gravosa. 2. Tratando-se de crime de trânsito e sem notícias de outros descumprimentos da cautelar, suficiente é a substituição por cautelares menos gravosas, que impeçam o risco de danos sociais por novos delitos de trânsito. 3. *Habeas corpus* concedido, com a imposição das medidas cautelares de apresentação a cada 2 meses, proibição de mudança de domicílio sem prévia autorização judicial, suspensão do direito de dirigir e internação em clínica de tratamento psiquiátrico e alcoólico; o que não impede a fixação de outras medidas cautelares diversas da prisão, por decisão fundamentada.

(STJ – 6.^a T. – HC 521751 – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 08.10.2019 – public. 11.10.2019 – Cadastro IBCCRIM 6126)

Embargos de divergência em recurso especial. Apelação. Preliminares. Adoção do parecer ministerial. Fundamentação *per relationem*. Insuficiência. Precedente da terceira seção. Embargos acolhidos.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 216.659/SP, ressalvada compreensão pessoal, decidiu que a mera transcrição de outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo de fundamentação, não é apta a suprir a exigência de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal. 2. A Corte de origem, ao apreciar o apelo defensivo, limitou-se a fazer remissão ao parecer

ministerial, sequer transcrito no acórdão, sem tecer qualquer consideração acerca das preliminares arguidas, o que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais. 3. Embargos de divergência acolhidos para dar provimento ao recurso especial defensivo, determinando o retorno dos autos à Corte de origem para que profira novo julgamento, como entender de direito, inclusive apreciando as preliminares arguidas no apelo defensivo.

(STJ – 3.^a S. – EDiv. REsp. 1384669 – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 28.08.2019 – public. 02.09.2019 – Cadastro IBCCRIM 6127)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Fundamentos inatacados. Súmula n. 182/STJ. Crime ambiental. Arts. 38 e 38-A da lei n. 9.605/1998. Desmatamento. Ausência de laudo pericial. Crime que deixa vestígios. Nulidade. Absolvição que se impõe. Concessão de *habeas corpus*, de ofício.

1. Cabe ao agravante, nas razões do agravo regimental, trazer argumentos válidos e suficientes para contestar a decisão impugnada, sob pena de aplicação do Enunciado n. 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 2. Nos casos em que a infração deixa vestígio, por imperativo legal (art. 158 do Código de Processo Penal), é necessária a realização do exame de corpo de delito direto. Somente será possível a substituição de exame pericial por outros meios probatórios, na forma indireta, para fins de comprovação da materialidade dos crimes ambientais de natureza material – no caso, o art. 38 da Lei n. 9.605/1998 – quando a infração não deixar vestígios ou quando o lugar dos fatos tenha se tornado impróprio à análise pelos *experts*. 3. Para a tipificação dos delitos previstos nos arts. 38 e 38-A da Lei ambiental é necessário que a conduta tenha sido praticada contra vegetação de floresta de preservação permanente (art. 38) e vegetação primária ou secundária, situada no Bioma Mata Atlântica (art. 38-A). 4. O tema é complexo, não facilmente identificável por leigos, sendo imprescindível a realização de perícia na medida em que não é qualquer supressão/destruição que caracteriza o ilícito do art. 38 da Lei Ambiental. 5. No presente caso, foi comprovada a existência de vestígios (imagens do local, laudo de verificação de denúncia, auto de infração do IAP), sendo possível a realização do exame direto, não sendo, todavia, apresentadas justificativas idôneas para a não realização do exame pericial. 6. Agravo regimental não conhecido. Concessão de *habeas corpus* de ofício para absolver o acusado, diante da ausência de prova de materialidade delitiva.

(STJ – 5.^a T. – Ag.Rg. Ag. REsp. 1571857 – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 15.10.2019 – public. 22.10.2019 – Cadastro IBCCRIM 6128)

Recurso especial. Proposta de afetação sob o rito dos recursos repetitivos (CPC, art. 1.036 e RISTJ, art. 256, I). Lei antitóxicos. Rito processual. (CPP, art. 400 ou lei n. 11.343/2006, art. 57). Multiplicidade de casos assemelhados. Suspensão dos processos. Desnecessidade. Recurso especial afetado.

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se, nos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicado o rito processual disposto no art. 400 do Código de Processo Penal, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ou o rito específico da legislação própria (art. 57 da Lei n. 11.343/2006), em razão do princípio da especialidade. 2. Diante da multiplicidade de casos semelhantes que são amiúde retratados pela mesma discussão suscitada nesta impugnação, julgados frequentemente

por ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção, e da relevância jurídica da matéria, apresento este recurso especial, para apreciação desta Terceira Seção, a fim de que o seu julgamento seja submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos dos arts. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil e 256-I do RISTJ. 3. Não se aplica à hipótese o disposto na parte final do § 1º do art. 1.036 do Código de Processo Civil (suspensão do trâmite dos processos pendentes), haja vista que a questão será julgada com brevidade. 4. Recurso especial afetado.

(STJ – 3.ª S. – Pro.Aft. REsp. 1825622/SP – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 24.09.2019 – public. 15.10.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6129**)

Recurso especial. Assédio sexual. Art. 216-A, § 2º, do CP. Súmula n. 7 do STJ. Não aplicação. Palavra da vítima. Harmonia com demais provas. Relação professor-aluno. Incidência. Recurso especial conhecido e não provido.

1. Não se aplica o enunciado sumular n. 7 do STJ nas hipóteses em que os fatos são devidamente delineados no voto condutor do acórdão recorrido e sobre eles não há controvérsia. Na espécie, o debate se resume à aplicação jurídica do art. 216-A, § 2º, do CP aos casos de assédio sexual por parte de professor contra aluna. 2. O depoimento de vítima de crime sexual não se caracteriza como frágil, para comprovação do fato típico, porquanto, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, a palavra da ofendida, nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos. 3. Insere-se no tipo penal de assédio sexual a conduta de professor que, em ambiente de sala de aula, aproxima-se de aluna e, com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, toca partes de seu corpo (barriga e seios), por ser propósito do legislador penal punir aquele que se prevalece de sua autoridade moral e intelectual - dado que o docente naturalmente suscita reverência e vulnerabilidade e, não raro, alcança autoridade paternal - para auferir a vantagem de natureza sexual, pois o vínculo de confiança e admiração criado entre aluno e mestre implica inegável superioridade, capaz de alterar o ânimo da pessoa constrangida. 4. É patente a aludida “ascendência”, em virtude da “função” desempenhada pelo recorrente - também elemento normativo do tipo -, devido à atribuição que tem o professor de interferir diretamente na avaliação e no desempenho acadêmico do discente, contexto que lhe gera, inclusive, o receio da reprovação. Logo, a “ascendência” constante do tipo penal objeto deste recurso não deve se limitar à ideia de relação empregatícia entre as partes. Interpretação teleológica que se dá ao texto legal. 5. Recurso especial conhecido e não provido.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1759135/SP – rel. **Sebastião Reis Júnior** – rel. p/ acórdão: **Rogério Schietti Cruz** – j. 13.08.2019 – public. 01.10.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6130**)

Direito penal. Recurso especial. Tentativa de latrocínio. Desistência voluntária. Revolvimento probatório. Desclassificação. Possibilidade. Dívida de corrida de táxi. Coisa alheia móvel. Não configuração. Recurso parcialmente conhecido e provido.

1. Na linha da jurisprudência deste Tribunal, “para reconhecer a desistência voluntária, exige-se examinar o iter criminis e o elemento subjetivo da conduta, a fim de avaliar se os atos executórios foram iniciados e se a consumação não ocorreu por circunstância inerente à vontade do agente, tarefa indissociável do arcabouço probatório” (AgRg no AREsp n. 1.214.790/CE, relator

Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/5/2018, DJe de 23/5/2018). Incidência da Súmula n. 7/STJ. 2. A dívida de serviço de transporte urbano por táxi não pode ser considerada “coisa alheia móvel” para fins de configuração da tipicidade dos delitos patrimoniais, sob pena de se fazer equiparação em prejuízo do acusado, violando o princípio da legalidade estrita que rege o Direito Penal. 3. A dinâmica dos fatos narrada no acórdão descrevendo a conduta da ré, que desferiu uma facada no pescoço do taxista, ao fim da corrida, por não possuir dinheiro para o pagamento, não se amolda à figura do latrocínio. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. Ordem concedida, de ofício, para que a recorrente seja posta em liberdade.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1757543/RS – rel. **Antonio Saldanha Palheiro** – j. 24.09.2019 – public. 07.10.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6131**)

Recurso especial. Certificado de conclusão do curso de formação de vigilantes condenação transitada em julgado. Homicídio qualificado. Cumprimento integral da pena. Art. 64, I, do CP. Antecedentes criminais. Ausência de idoneidade moral. Art. 16, VI, da lei 7.102/1983 histórico da demanda.

1. Trata-se, na origem, de ação para que a União efetive o registro do certificado do curso de formação de vigilante apresentado pelo autor. 2. Em primeiro grau o pedido foi julgado improcedente. 3. A apelação do autor foi desprovida, ressaltando o acórdão recorrido que a existência de condenação criminal anterior do autor, transitada em julgado, pela prática do crime de homicídio qualificado demonstra ausência de idoneidade moral para exercício da atividade profissional de vigilante. AUSÊNCIA DE IDONEIDADE MORAL PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE VIGILANTE A despeito do cumprimento da pena. 4. A condenação transitada em julgado do recorrente por fato criminoso impede o exercício da atividade profissional de vigilante, ainda que a pena tenha sido integralmente cumprida, diante da ausência de idoneidade moral, prevista no art. 16, VI, da Lei 7.102 /1983, que exige inexistência de antecedentes criminais registrados. 5. Não prospera a tese de que o art. 64, I, do CP teria sido violado, sob o argumento de que tal dispositivo seria aplicável apenas para fins de reincidência, pois, ainda que tenha sido ultrapassado o lapso temporal de cinco anos descrito no citado dispositivo, a condenação anterior transitada em julgado é considerada como maus antecedentes. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça adota o sistema da perpetuidade para essa prática. Nesse sentido: AgRg no HC 476.872/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta turma, DJe 14/2/2019; HC 449.661/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta turma, DJe 25/3/2019; HC 346.057/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 12/9/2016; AgRg no HC 460.888/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta turma, DJe 21/03/2019. 6. Como o Superior Tribunal de Justiça utiliza o aludido sistema para antecedentes criminais, em âmbito penal, não há razão para afastar o reconhecimento da existência de maus antecedentes para os fins do art. 16, VI, da Lei 7.102/1983. 7. Recurso Especial não provido.

(STJ – 2.ª T. – REsp. 1666294/DF – rel. **Herman Benjamin** – j. 05.09.2019 – public. 11.10.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6132**)

Jurisprudência compilada por
Roberto Portugal de Biazi e Vivian Peres.