

Editorial

Estratégia e razoabilidade na pauta do STF

O julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do *habeas corpus* do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (HC 152.752) atraiu a atenção do público para uma questão lateral, mas de extrema importância para a jurisdição constitucional: o poder de definir a agenda do STF.

O *habeas corpus* em questão discutia a tese jurídica da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Foi protocolado em fevereiro de 2018 e julgado em abril de 2018, gerando efeitos exclusivamente para o ex-presidente.

Contudo, a mesma importantíssima questão jurídica já era objeto de duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 43 e 44), protocoladas em maio de 2016 e aguardando julgamento, até agora, desde dezembro de 2017. Por serem ações de controle concentrado de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (CF, art. 102, §3º), a decisão tomada em seu julgamento valeria para o ex-presidente Lula e para todos os outros cidadãos e cidadãs que se encontrassem na mesma situação jurídica.

A decisão de julgar o caso particular, em detrimento do caso geral que o antecedia em quase dois anos partiu da pessoa que tem poder para definir o que o Supremo julga e (tão importante quanto) o que não julga: a presidente do STF, ministra Carmen Lúcia.

A decisão unilateral de não colocar em votação as ações cujo resultado afetaria não só o ex-presidente, mas todos e todas que podem vir a cumprir a chamada execução penal provisória, preferindo julgar o caso individual, sem efeito vinculante, foi objeto de severa crítica do ministro Marco Aurélio Mello na sessão de 05 de abril passado: “*Que isso fique nos anais do tribunal: vence a estratégia, o fato de Vossa Excelência não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade*”.

A indignação se justifica. Desde fevereiro de 2016, quando o STF julgou o HC 126.292, mas principalmente desde outubro de 2016, quando foram negadas as liminares nas ADCs 43 e 44, o Tribunal está dividido. Há ministros que concedem liminares para que não se inicie a execução antecipada da pena, enquanto outros fazem o oposto. Na 2ª Turma do Supremo a maioria é favorável a que se aguarde o trânsito em julgado (ou ao menos o julgamento pelo STJ), enquanto na 1ª Turma a maioria possui opinião diversa.

Deve-se insistir em que a conhecida questão

jurídica é das mais graves, seja porque toca na interpretação da presunção de inocência, uma das mais importantes conquistas do processo penal brasileiro (com amplitude inédita no plano constitucional), seja porque atinge de frente a uma miríade de pessoas expostas ao inconstitucional cumprimento de execuções penais provisórias.

Ao evitar o julgamento das ações que poderiam dar um fim a essa incerteza “lotérica”, a presidente trouxe dois graves prejuízos à imagem do Supremo perante a sociedade. O primeiro é a sinalização de que casos de personalidades públicas serão privilegiados em detrimento de outros, cujo alcance em número de destinatários é continental como o país. Não havia ali urgência que justificasse essa escolha, privilegiando, de um lado, o individual e posterior face ao outro, geral e anterior. As ações de controle concentrado, se julgadas, alcançariam não só o ex-presidente Lula como também milhares de homens e mulheres que padecem da mesma incerteza jurídica sobre a interpretação constitucional que deve prevalecer.

O segundo (e mais grave) prejuízo é a suspeita de que o julgamento das ADCs foi propositalmente evitado por receio de que a tese defendida pela presidente fosse vencida. Afinal, a ministra Rosa Weber vinha dando sinais de que embora concordasse com a tese de que a execução deve aguardar o trânsito em julgado (votara assim no HC 126.292 e na liminar das ADCs 43 e 44), decidiria de forma diferente até que a questão fosse trazida ao plenário nas ações com eficácia *erga omnes*. Já nos casos individuais, como o do ex-presidente Lula, ela votaria segundo a maioria formada em 2016. Essa posição, criticada por muitos, teve como fundamento um assim chamado “princípio da colegialidade”.

Ora, ao aparentemente usar o poder presidencial para impedir que se julgassem as ações acerca da presunção de inocência (cuja urgência e relevância são indiscutíveis, o que justificaria inclusive à luz do regimento interno do STF, em seu artigo 170, §3º), impediu que o Tribunal decidisse a respeito. Mesmo depois de reiterados pedidos das partes e de outros ministros, a ministra Carmen Lúcia esvaziou o tal sentido de colegialidade, tão enaltecido pela ministra Rosa Weber.

Decidir um caso individual, permitindo que prossiga a insegurança jurídica criada com o HC 126.292, também gera uma falta de isonomia decorrente da lotérica distribuição dos casos aos ministros do STF, na medida em que nem todos

| Caderno de Doutrina

| PROJETO ALTERNATIVO DE CÓDIGO PENAL EM DEBATE

Precisamos de um conceito de causalidade no Código Penal? Singela contribuição ao Projeto Alternativo
João Paulo Martinelli 2

A equivocada positivação dos conceitos de dolo e culpa pelo legislador brasileiro
Humberto Souza Santos 3

A nova sistemática do estado de necessidade no Projeto Alternativo
José Danilo Tavares Lobato 5

Pela liberdade de mulheres e crianças – apontamentos sobre o *habeas corpus* coletivo n.º 143.641
Eloisa Machado de Almeida, Nathalie Frago, Bruna Angotti, Hilem Oliveira e André Ferreira 7

O crime de importunação sexual: resposta adequada ao assédio sexual de rua?
Renato de Mello Jorge Silveira e Beatriz Corrêa Camargo 10

O crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência e o desafio em torno da violência de gênero
Luciano Anderson de Souza e Eloisa Yang 12

Breves considerações sobre o sistema integral de justiça transicional colombiano
Diego Fernando Tarapués Sandino 13

Carreiras criminais, continuidade heterotípica e genocídio: os problemas estatísticos e estruturais da reincidência no Brasil
Vinicius de Almeida 15

| RESENHA ACADÊMICA:

Resenha e considerações sobre o livro “A violência no coração da cidade: um estudo psicanalítico”
Fernanda Costa Barreto e Júlia Lambert Gomes Ferraz 17

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal 2109
Compartilhamento de dados bancários obtidos pela Receita, nos termos da LC 105/2001, com o Ministério Público, para fins de instrução penal. Uma inconstitucionalidade não enfrentada no RE 601.314
Maria Cecília Pereira de Mello

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal 2112
Superior Tribunal de Justiça 2112

os Ministros que deferem liminares sobre o tema e as Turmas têm entendimento similar. Afeta matéria tão central a tantos brasileiros e brasileiras que dependem da fixação do termo inicial de cumprimento da pena. E não dignifica o STF. Ao contrário, apequena-o. Fazer isso por uma possível vontade pessoal de que a tese oposta prevaleça apenas piora a situação. Dá a impressão de que os ministros da mais alta Corte fazem “manobras processuais” para impedir que o mérito de um caso seja decidido.

A “manobra”, ou, nos termos do ministro Marco Aurélio, “estratégia” da presidente (o endereçamento da fala foi indubitável) não é novidade no STF, infelizmente.

O ministro Gilmar Mendes foi acusado de fazer o mesmo durante o julgamento da ADI 4650, que discutia financiamento de campanhas eleitorais. Seu pedido de vista, quando a maioria já estava formada, durou um ano e cinco meses, e impediu que a decisão surtisse efeitos na campanha eleitoral de 2014.

Já o ministro Luiz Fux, após conceder liminar na Ação Originária 1.773, em setembro de 2014, concedendo auxílio-moradia a juízes federais (e depois estendendo a toda a magistratura), somente liberou o processo para votação em dezembro de 2017. Segundo advogados da União ouvidos pelo site Consultor Jurídico,⁽¹⁾ a demora na votação gerou uma despesa de R\$ 1 bilhão.

É certo que o alto número de casos que chegam ao STF exige que se tome uma decisão sobre relevância e urgência para se definir a pauta de julgamentos. Mas não é disso que se trata. A preferência por

julgar o caso individual em detrimento do caso geral constitui, como se viu na decisão da presidente Carmen Lúcia nas ADCs 43 e 44, uso estratégico do poder.

É seguro dizer que sempre que a mesma questão constitucional surgir em demanda individual e objetiva de controle de constitucionalidade, todos os indicativos (bom senso, boa-fé, economia processual, tempo, exposição da Corte) é melhor se julgar a demanda que acarrete eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*. Em questão da magnitude que tem a presunção de inocência então, nem se diga do quão certo e preservador da imagem do próprio STF teria sido haver julgado as ADCs, e não o HC. Em tempos de turbulência, tudo o que não se precisaria era trazer a crise, como se trouxe, para dentro do STF. A apontada estratégia, pois, funcionou mal, muito mal, para a Corte, seus ministros e, sobretudo, aos brasileiros.

Ministros do STF divergirem quanto a teses jurídicas é normal. Esperado, até. Discussões acaloradas não são a regra, mas podem ocorrer. Uma das teses é vencedora, as demais vencidas, e o órgão de cúpula segue seu trabalho. No entanto, quando as diferenças no campo da interpretação do Direito são evitadas por ministros por meio do que parece ser “manobra”, não se trata mais de uma questão jurídica. E sim de uma postura antirrepublicana e que fere a essência de um órgão colegiado.

Notas

- (1) <https://www.conjur.com.br/2017-dez-20/fux-libera-julgamento-plenario-liminar-auxilio-moradia>

PROJETO ALTERNATIVO DE CÓDIGO PENAL EM DEBATE

Precisamos de um conceito de causalidade no Código Penal? Singela contribuição ao Projeto Alternativo

João Paulo Martinelli

Em 2017, um grupo de jovens estudiosos e cientistas do Direito Penal decidiu apresentar um projeto alternativo de Código Penal como crítica ao PLS 236/2012, elaborado por comissão instituída pelo Senado. Essa alternativa é uma resposta ao projeto oficial, sem consistência científica e repleto de defeitos, como, por exemplo, a positividade de teorias importadas, sem a necessária adequação à realidade jurídica brasileira. Além disso, esse método engessa os debates doutrinários e jurisprudenciais, pois obriga a adoção de determinada teoria sem levar em consideração o caso concreto. Talvez a maior virtude da comissão alternativa seja abrir espaço para escutar outras vozes e iniciar um debate saudável. Assim, este artigo é uma contribuição, ainda que pequena, para o conceito de causalidade no Código Penal.

A atual redação do Código Penal traz os conceitos de causa e causa superveniente independente, além de elencar as hipóteses de omissão imprópria penalmente relevantes. Inicialmente, cumpre analisar o conceito de causa e das causas supervenientes. A Comissão de Reforma de 1984 considerou causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria acontecido. Adotou-se a teoria da equivalência das condições, que, conforme a doutrina, precisa de parâmetros bem delimitados para evitar o “regresso ao infinito” e chegar a conclusões absurdas sobre as causas de um resultado. Um desses limitadores

é a previsão legal de causa superveniente independente, o que se demonstra insuficiente pela possibilidade de existirem causas anteriores ou concomitantes ao comportamento do agente, bem como o comportamento do ofendido. A causalidade é objeto de estudos dos mais variados ramos do conhecimento, especialmente das ciências da natureza, que buscam explicações lógicas para a ocorrência de fenômenos fáticos. O nexo de causalidade é tema bastante tormentoso na doutrina, despertando discussões há décadas, o que resultou em diversas teorias que tentam solucionar o problema da causa de um resultado lesivo. Apenas para exemplificar, além da teoria da *conditio sine qua non* (ou equivalência das condições), podemos apontar a teoria da adequação,⁽¹⁾ a teoria da relevância,⁽²⁾ a teoria da condição conforme a uma lei natural e a teoria da condição INUS.⁽³⁾

Outra barreira para um conceito positivado de causa são as diferentes espécies de crimes quanto ao resultado típico. Quando o resultado é naturalístico (por exemplo, um homicídio), a verificação da causa exige a observação de um evento palpável, diferentemente de um resultado típico não naturalístico, como, por exemplo, um tipo de perigo concreto ou abstrato. Mensurar o perigo ao bem jurídico é processo completamente distinto de avaliar o dano sofrido. Nos crimes de mera conduta, em que o tipo não exige a relação causa-efeito, a situação é ainda pior. Se o tipo não descreve um

resultado consequente do comportamento, os parâmetros do nexo de causalidade exigem um exercício mental que inclui a percepção de um perigo mínimo ao bem jurídico tutelado como exigência do princípio da ofensividade. Portanto, cada espécie de resultado típico impõe um método diferente de avaliação do nexo de causalidade, o que torna impraticável sua positivação.

O grande desafio das teorias é aproximar a causalidade, um tema que pertence ao estudo das ciências naturais, a uma estrutura normativa. A ferramenta de natureza normativa para corrigir eventuais problemas do nexo de causalidade é a imputação objetiva. Cumpre salientar que, assim como acontece com a causalidade, não há uma única teoria da imputação objetiva, e sim diversas teorias. A teoria da imputação objetiva mais difundida, certamente, é a de **Claus Roxin**, segundo a qual um resultado só pode ser imputado ao comportamento do agente quando houver a criação de um risco juridicamente proibido. Ademais, deve o resultado concreto ser a realização desse risco criado pelo agente. Nas hipóteses em que o risco estiver dentro do âmbito de permissão da norma, por exemplo, mesmo que haja o nexo de causalidade, não se confirmará a imputação objetiva, bem como nas situações em que o próprio titular do bem jurídico for o criador do risco. Além da teoria de **Roxin**, podem ser lembradas as teorias de **Jakobs**,⁽⁴⁾ **Puppe**⁽⁵⁾ e **Frisch**,⁽⁶⁾ cada uma com suas peculiaridades metodológicas, sem esgotar o tema. Em apertada síntese, percebe-se que há grande dificuldade em conceituar normativamente a causalidade, pois trata-se de objeto de estudo das ciências naturais.

A imputação objetiva, apesar de possuir fundamento de ordem jurídica, não é regra imutável e inflexível que possa ser positivada. A imputação objetiva é regra interpretativa, que deve permitir ao intérprete uma margem mínima de avaliação do caso concreto. A sugestão é retirar o conceito de *causa* e de *causa superveniente*. Não obstante, não se defende aqui a ideia segundo a qual a imputação objetiva substituiria o nexo de causalidade. O que defendemos é a ideia implícita – e lógica – de que a causalidade *sempre* deve existir, pois nunca um resultado (naturalístico ou jurídico) pode ser atribuído a uma conduta se esta não for sua verdadeira causa. Diante das diversas estruturas típicas, como, por exemplo, crimes de dano e crimes de perigo, não há como instituir normativamente um conceito único de causa. Outro problema a surgir com a eventual positivação da imputação objetiva é desconhecer que o próprio **Roxin** trabalha com o método dos *topoi*, de forma a separar as hipóteses de exclusão de imputação em grupos de casos diferentes, pela incidência de fundamentos distintos. **Roxin** separa as hipóteses de exclusão de imputação nos seguintes grupos: (a) quando o comportamento, na verdade, representa uma diminuição do risco para o bem jurídico; (b) quando o risco criado for juridicamente irrelevante; (c) quando o risco criado estiver dentro dos limites de permissão; (d) quando não houver a realização do risco criado no resultado concreto; (e) quando o resultado não estiver compreendido no âmbito de proteção da norma.

Também é possível que novas hipóteses de exclusão de imputação sejam declaradas pela doutrina e pela jurisprudência, a depender da interpretação que seja dada ao conceito de risco. Portanto, os conceitos de causa e imputação objetiva não devem ser positivados, pois precisam ser extraídos da doutrina e aplicados conforme o caso concreto. É uma regra da lógica jurídica que o resultado só pode ser atribuído a quem lhe deu causa e não é sempre que a causa naturalística permite a imputação normativa. Em outras palavras: não precisa a lei afirmar que um comportamento criminalmente relevante deve ser a causa do resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico. Por uma opção que permita interpretar a relação causa-efeito e a relevância jurídica de uma conduta sobre um resultado, sugerimos retirar o texto do art. 13, *caput* e § 1º. A redação do art. 13 deve limitar-se a definir o crime omissivo impróprio, conforme será exposto abaixo.

A ausência de previsão expressa da imputação objetiva não é óbice à sua aplicação pela jurisprudência. Temos alguns julgados de tribunais, inclusive o STJ e o STF, que, implícita ou explicitamente, vêm considerando os critérios de imputação para confirmar tipicidade ou atipicidade material do fato. Alguns exemplos: reconhecimento da atipicidade em caso de morte provocada por comportamento do ofendido (STJ, 6ª Turma, HC 68.871/PR, rel. Min. Og Fernandes, DJ 5-10-2009 e 5ª Turma, HC 46.525/MT, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 21-3-2006); criação de risco proibido incapaz de afetar significativamente o bem jurídico (TRF-2, AC 0047916-95.1999.4.02.5101, rel. Messod Azulay Neto, j. 30-6-2015); exclusão da responsabilidade penal por comportamento do subordinado, com fundamento no princípio da confiança (STF, HC 138.637/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 18-5-2017). Portanto, sugere-se, aqui, dentro da proposta minimalista da comissão alternativa, a exclusão do art. 13, *caput* e § 1º.

Notas

- (1) GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 2005.
- (2) MEZGER, Edmund. *Derecho penal*, 1985.
- (3) ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*, 2016.
- (4) JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*, 2013; JAKOBS, Günther. *Derecho penal*, 1997; CALLEGARI, André; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Aproximação à teoria da imputação objetiva*, 2004.
- (5) PUPPE, Ingeborg. *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, 1980; PUPPE, Ingeborg. *Kausalität: Ein Versuch, kriminalistisch zu denken*, 1990; PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht, allgemeiner Teil*, 2002; GRECO, Luís. *Imputação objetiva*, 2001, pp. 144 e ss.
- (6) FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*, 1995; FRISCH, Wolfgang. *La teoría de la imputación objetiva del resultado*, 2004.

João Paulo Martinelli
Pós-doutor em Direitos Humanos pela
Universidade de Coimbra.
Doutor em Direito Penal pela USP.
Advogado.

A equivocada positivação dos conceitos de dolo e culpa pelo legislador brasileiro

Humberto Souza Santos

A reforma do Código Penal de 1984 positivou o conceito de crime doloso e culposos respectivamente nos incisos I e II do artigo 18, de modo a considerar o delito doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” e culposos “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.⁽¹⁾

O Projeto de Lei do Senado 236/2012, no inciso I de seu artigo 18, define o crime doloso como “quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado” e, no inciso II do mesmo artigo, o crime culposos “quando o agente, em razão da inobservância dos deveres

de cuidado exigíveis nas circunstâncias, realizou o fato típico”. Já a proposta alternativa apresentada ao Senado Federal e ao público em 08 de agosto de 2017 pelo grupo de professores composto por **Luís Greco, Frederico Horta, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Gustavo Quandt** não sugeriu que fossem reformados os conceitos de dolo e culpa positivados pelo legislador de 1984.

A opção do legislador de 1984 pela positivação de conceitos, porém, foi um equívoco que não deve deixar de ser superado. Realizada por meio de definições já inadequadas ao conhecimento científico da época, limitou-se, em relação ao dolo, a indicar apenas a definição de dolo direto de 1º grau e dolo eventual e ignorou o conceito já plenamente difundido à época de dolo direto de 2º grau, aquele que se constitui pelo conhecimento seguro dos resultados colaterais da realização do fim pretendido, enquanto, no tocante à culpa, recorreu a uma defasada distinção classificatória entre imprudência, negligência e imperícia quando já era tradicional o conceito muito superior de violação ao dever objetivo de cuidado e ganhava corpo a consistente equivalência entre imputação objetiva e crime culposos.

A distinção classificatória da culpa contida na Parte Geral do Código Penal, reformada em 1984, esclarece pouco, confunde muito e perde sentido na medida em que todas as espécies possuem o mesmo fundamento já plenamente identificado pela doutrina ao tempo de sua positivação: a violação ao dever objetivo de cuidado. Mas, a despeito da insuficiência das definições escolhidas para o texto legal, a própria opção por uma positivação de conceitos foi um erro. O conceito de dolo é objeto de uma longa discussão, que atravessa os séculos e ainda está longe de se encerrar, incapaz de fornecer ao legislador uma definição consensual sobre os seus principais elementos. Apenas para mencionar as posições mais relevantes do debate, entre aqueles que relacionam o dolo com a vontade do sujeito que pratica a conduta, o dolo eventual já foi conceituado como assunção aprovadora do risco,⁽²⁾ risco levado a sério ou decisão pela lesão de bens jurídicos,⁽³⁾ risco não habitual,⁽⁴⁾ indiferença quanto à produção do resultado,⁽⁵⁾ falta de vontade de evitação,⁽⁶⁾ e relacionado a fórmulas hipotéticas.⁽⁷⁾ Para aqueles que rejeitam um vínculo entre dolo e vontade, o dolo, como categoria única, já recebeu as definições de conhecimento da probabilidade do resultado,⁽⁸⁾ conhecimento da possibilidade do resultado,⁽⁹⁾ conhecimento de um risco típico,⁽¹⁰⁾ conhecimento de um risco desprotegido⁽¹¹⁾ e conhecimento de um risco idôneo ou estrategicamente racional para o resultado.⁽¹²⁾

A redação do Projeto de Lei do Senado 236/2012 agrava o equívoco do Código Penal de 1984. Além de manter a opção por uma positivação de conceitos, não faz boas escolhas em relação aos elementos que determina ao congelamento legal. A primeira parte do conceito de dolo do PLS 236/2012 segue o legislador de 1984 ao fazer constar no direito positivo a referência ao querer do sujeito, ainda a ignorar o conceito de dolo direto de 2ª grau, e à discutível teoria da anuência ou do consentimento. Os defeitos do estabelecimento de um vínculo entre o conceito de dolo e a vontade do autor do fato é objeto de intensa discussão científica internacional; e mantê-lo previsto na lei é uma demonstração de desprezo do legislador quanto à existência desse debate.⁽¹³⁾ A equivalência entre “querer” e dolo leva a problemas que parecem insuperáveis, como uma confusão entre os sentidos de vontade, ora utilizado em sentido descritivo-psicológico, ora em sentido atributivo-normativo; uma obscura delimitação entre dolo e culpa; uma natureza de direito penal de ânimo; um reproche desvinculado da intensidade do risco; e uma grande dificuldade de comprovação prática.⁽¹⁴⁾ Mas ainda que o legislador não concorde com nenhuma dessas objeções e acredite com convicção que dolo e vontade devem permanecer relacionados, é mais correto que adote uma postura de prudência e responsabilidade científica, para evitar se colocar numa posição de obstáculo ao desenvolvimento da ciência.

Em relação à positivação da teoria do consentimento, como já

explicado por Viana em artigo recente, tampouco há acordo científico entre os seus próprios defensores sobre o que significa consentir com o resultado. A interpretação mais adotada, de que consentir quer dizer aprovar, conclui que a atribuição de dolo ocorre somente nos casos em que o autor do fato tenha sentido uma espécie de alegria com a realização do tipo penal e que existiria culpa consciente mesmo se ele criasse um perigo de alta intensidade ao bem jurídico, desde que o resultado fosse indesejado.⁽¹⁵⁾ Tal insensibilidade político-criminal é um dos motivos pelos quais a positivação desse conceito de dolo pelo legislador de 1984 contribuiu muito pouco para diminuir a instabilidade da jurisprudência quando o assunto é a distinção entre dolo eventual e culpa consciente; e certamente em nada terá a contribuir se for mantida.

O PLS 236/2012 ainda acrescenta ao conceito legal de dolo a definição extraída de **Engisch**, que equivale o dolo à indiferença quanto à realização do resultado, segundo a qual a atitude de indiferença do autor em relação ao resultado é o desvalor da atitude interna que justifica o dolo como forma mais intensa de culpabilidade.⁽¹⁶⁾ Mas, como expõe **Viana**, se esse é um critério aplicável tanto para crimes dolosos como para culposos, levantam-se as questões – uma vez que a marca da culpa inconsciente é a falta de previsão do resultado pelo autor – sobre se existe maior sinal de indiferença quanto ao bem jurídico tutelado do que tal falta de previsibilidade e, em relação à culpa consciente, se também não há um sinal de indiferença no comportamento de quem prossegue com a atuação mesmo depois de ter representado o resultado. Por isso, **Viana** tem razão ao observar que os âmbitos do dolo e da culpa se diluem nesse critério e sempre seria possível um argumento para justificar a atribuição do dolo, o que significa que, a vingar o PLS 236/2012 com essa proposta, haverá uma ampliação das possibilidades de atribuição de dolo de maneira desmedida e sem nenhum parâmetro seguro de controle.⁽¹⁷⁾

O legislador de 1984 realmente andou mal em positivar conceitos que sequer eram os melhores já ao seu tempo. Faltou na proposta alternativa de parte geral de código penal, apresentada pelos professores **Luís Greco, Frederico Horta, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Gustavo Quandt**, o enfrentamento desse problema, que não pode ficar sem correção. Mas, em relação ao projeto de lei oficial, a situação é mais grave, pois permitir que o legislador atual aprofunde o equívoco do legislador de 1984 com a aprovação do texto constante no artigo 18 da PLS 236/2012 significa não apenas perder a oportunidade de melhorar a lei já existente, mas também a de não a piorar. Como acima mencionado, há na ciência uma profunda falta de consenso quanto aos elementos do dolo, seja sobre se deve existir mesmo um vínculo entre dolo e vontade, seja sobre o que, com o reconhecimento desse vínculo, delimitaria o dolo eventual da culpa consciente. Diante desse complexo debate, o melhor caminho é o legislador se abster de positivar conceitos e deixar à doutrina e à jurisprudência o papel de esclarecer o que seja dolo e culpa. Essa foi a opção tomada, por exemplo, pelos legisladores da Alemanha e da Espanha, que não positivaram qualquer definição de dolo e culpa. O Código Penal alemão prevê em seu § 15 que “somente a ação dolosa é punível quando a lei não ameaça expressamente com pena a ação culposa”,⁽¹⁸⁾ enquanto o Código Penal espanhol dispõe em seu artigo 10 que “são delitos as ações e omissões dolosas ou imprudentes apenadas pela lei”,⁽¹⁹⁾ sem qualquer referência a definições de dolo e culpa.

O mais adequado seria a adoção pela lei brasileira de uma redação que dispusesse o seguinte: “ao agente somente poderá ser atribuída a responsabilidade por dolo ou, excepcionalmente, por culpa, quando houver previsão legal”.⁽²⁰⁾ Isso porque o fundamental é esclarecer que não pode ser concebível a responsabilidade penal objetiva e que a culpa é elemento subjetivo excepcional. O resto deve ficar por conta da doutrina e da jurisprudência. A ansiedade em buscar positivar conceitos é um dos pontos mais criticáveis do PLS 236/2012; e o fato de o legislador de 1984 ter demonstrado preparo técnico superior ao dos formuladores originais do PLS 236/2012 não deve servir

de justificativa para que não sejam corrigidos seus passos ruins. Legislador não é doutrinador; e deve ter a humildade de entender que o seu ponto de vista dogmático pode não ser a melhor opção científica em sua época e nem aquela que merece prevalecer ao longo dos anos.

Notas

- (1) A atual redação do Código Penal dispõe: “Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso. I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposo. II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”
- (2) BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MTSCH, Wolfgang. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 11. ed. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003. p. 488.
- (3) ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I. 4. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 446.
- (4) JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*. Traducción de Joaquín Cuervo Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997. p. 334.
- (5) ENGISCH, Karl. *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: Otto Liebman, 1930. p. 207-208.
- (6) KAUFMANN, Armin. *Der doluseventualis im Delikttaufbau*. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze. In: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1982. p. 59.
- (7) Para Frank, existira dolo eventual nos casos em que o autor do fato teria agido da mesma forma se soubesse que o resultado certamente aconteceria ou se, diante da possibilidade do resultado, disse para si mesmo “seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, de qualquer modo eu agirei”. FRANK, Reinhard. *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931. p. 190.
- (8) LACMANN, W. Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 31. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1911. p. 114. Sauer, Wilhelm. *Derecho penal – Parte general*. Trad. Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956. p. 268-271.
- (9) SCHRÖDER, Horst. *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*. Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949. Berlin: Walter de Gruyter, 1949. p. 245. Schmidhäuser, Eberhard. Die Gränze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (*doluseventualis* und bewußte Fahrlässigkeit). *Juristische Ausbildung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1980. p. 240-250.
- (10) FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1983. p. 70-74.
- (11) HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster

Fahrlässigkeit – Ein Problem des objektiven Tatbestandes. *Juristische Schulung*. München: C. H. Beck, 1986. p. 249-256.

- (12) PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco. Barueri-SP: Manole, 2004. p. 82-84.
- (13) Entre os trabalhos que colocaram internacionalmente em xeque o vínculo entre vontade e dolo, podem ser citados, por exemplo, os mencionados nas notas 8 a 12. Também no Brasil diversos estudos recentes têm demonstrado as falhas de uma relação entre dolo e vontade, como, por exemplo, GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Augusto Silva (Coord.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 886-888; VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 85-250. De minha lavra, SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. *Temas de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 263-292; SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 97, p. 87-118, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012; SANTOS, Humberto Souza. O dolo nos crimes econômicos e empresariais. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini. SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Editora D'Plácido, 2017. p. 239-288.
- (14) Ver, com detalhes, SANTOS, op. cit., 2008, p. 263 e seguintes. SANTOS, op. cit., 2012, p. 87-102; SANTOS, op. cit., 2017, p. 241-263. Ver, também, as objeções de GRECO, Luís, op. cit., 2009, p. 886 e seguintes; e VIANA, op. cit., 2017, p. 85 e seguintes.
- (15) VIANA, Eduardo. Sobre a proposta alternativa de parte geral do código penal: uma contraproposta para a redação do art. 18. *Boletim IBCCrim*, São Paulo: IBCCRIM, ano 26, n. 303, p. 9, fev. 2018.
- (16) ENGISCH, op. cit., p. 207-208.
- (17) VIANA, op. cit., p. 9.
- (18) Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_15.html>. Acesso em: 30 mar. 2018.
- (19) Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 30 mar. 2018.
- (20) Sugestão semelhante foi também apresentada por Viana em VIANA, op. cit., p. 10.

Humberto Souza Santos
Doutor em Direito Penal pela UERJ.
Mestre em Ciências Penais pela
Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

A nova sistemática do estado de necessidade no Projeto Alternativo⁽¹⁾

José Danilo Tavares Lobato

Inicialmente, cumpre saudar a iniciativa de um Projeto Alternativo de Parte Geral do Código Penal, posto que formulada sob os auspícios de um espírito científico refinado e imbuída da preocupação de corrigir os rumos do PLS 236/2012. Em realidade, já há muito que as críticas e reprovações ao Projeto Sarney de Código Penal ecoam nos foros científicos, o que, em realidade, teve início na definição dos nomes que compuseram a comissão. Inegavelmente, o processo de escolha dos membros da comissão de juristas privilegiou a representatividade das instituições que compõem o sistema de justiça em detrimento da Ciência Penal. Uma importante e consistente publicação surgiu no período dirigiu-se à crítica dos erros e problemas contidos no projeto consubstanciado no Relatório do PLS 236/2012, de autoria do à época senador **Pedro Taques**. Essa crítica deu origem a um relevante trabalho da Comissão de Código Penal do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais presidida pelo professor **Renato de Mello Jorge Silveira**.⁽²⁾ No entanto, diante dos novos ares trazidos pelo Projeto Alternativo, soa razoável que se assumam uma postura pragmática no debate do PLS 236/2012; eis que se vislumbra, na próxima legislatura

do Congresso Nacional, viabilidade para a reforma da Parte Geral do Código Penal. Nesse sentido, o presente artigo põe foco na proposta do Projeto Alternativo que, ao introduzir a teoria diferenciadora, inova no regramento do estado de necessidade.

O Projeto Alternativo propõe uma nova redação típica para o estado de necessidade justificante, a edição de um novo artigo tratando do estado de necessidade exculpante e a redução de amplitude do artigo 22 do Código Penal. Inicialmente, deve-se reconhecer que a adoção da teoria diferenciadora corrige equívocos teóricos, muitas vezes desconsiderados no manejo da teoria unificadora, além de solucionar alguns problemas dogmáticos causados pela atual sistemática.

A teoria diferenciadora não decorre de uma distinção puramente formal acerca da hierarquia dos bens em conflito. Essa teoria percebe a diferença dos fundamentos jurídico-filosóficos que embasam o não sancionamento do agente nas distintas hipóteses em que bens de titulares diversos são postos em choque. No estado de necessidade justificante, a hierarquia de valor sensivelmente maior do bem

salvado leva o sistema jurídico a tornar lícito sacrifício do bem de menor valor em virtude de uma ponderação de interesses baseada na razão utilitarista da maximização da proteção de bens e no dever de “solidariedade entre os membros da comunidade”.⁽³⁾

Por outro lado, o estado de necessidade desculpante configura-se como a formalização da inexigibilidade de comportamento diverso; e pressupõe uma colisão de bens jurídicos na qual axiologicamente o bem salvo não seja sensivelmente superior ao sacrificado.

⁽⁴⁾ Nessa hipótese, apesar de haver uma definição prévia do sistema jurídico acerca de qual bem salvar, há, em contrapartida, também, o reconhecimento normativo de que as circunstâncias excepcionais e anormais vividas pelo agente não fundamentam político-criminalmente a imposição de uma sanção penal, não obstante a conduta praticada ser proscribida pelo ordenamento jurídico e ser socialmente lesiva.⁽⁵⁾

Em termos dogmáticos, a teoria diferenciadora abre o sistema penal à identificação das distintas consequências de ambos os estados de necessidade. Como lembra **Roxin**, admite-se o exercício da legítima defesa contra alguém que aja sob o estado de necessidade exculpante, mas não contra quem age na modalidade justificante.⁽⁶⁾ No fundo, tem-se que uma dessas condutas caracteriza-se como um injusto penal, enquanto a outra, não. Por essa razão, o partícipe que coopera com quem age sob o estado de necessidade exculpante é punível, salvo se também vivenciar os pressupostos do estado de necessidade ou, então, se essa ação for prestada à familiar ou à pessoa com quem possua laços estreitos. A renúncia da punição ao autor parte de uma decisão político-criminal para com quem está sob a vivência de uma situação extrema de anormalidade, o que não se aplica ao *extraneus* que não vivencie as mesmas circunstâncias fundamentadoras da abdicação da pena.⁽⁷⁾ Nesse tocante, cumpre destacar que o Projeto Alternativo se aproxima do Código Penal alemão.

Para a concepção majoritária, a isenção de pena no estado de necessidade exculpante decorre de uma dupla redução de culpabilidade, uma vez que, primeiramente, a culpabilidade do agente reduzir-se-ia pela pressão anímica sofrida e, em segundo, pela preservação visada, no comportamento, do outro bem.⁽⁸⁾ **Neumann** critica essa perspectiva ao apontar que seu ponto de partida é problemático, ou seja, essa leitura erra ao pôr, como premissa, a ideia de que se reduz o desvalor do resultado da ação compensando-o com o valor do resultado do salvamento obtido.⁽⁹⁾ Em concreto, há de se perceber que, frequentemente, o bem jurídico protegido possui um alto caráter personalíssimo.⁽¹⁰⁾ Assim, por exemplo, não atua com um injusto reduzido aquele que, para salvar sua própria vida, mata seu irmão gêmeo com o propósito de fazer um transplante de órgão.⁽¹¹⁾

É certo que o debate sobre essa questão mereceria uma monografia exclusiva; contudo, para os fins imediatos, observe-se que, independentemente do fundamento material a ser assumido, é indubitável que, faticamente, quem vive uma situação de estado de necessidade exculpante está irresistível e moralmente coagido pelas circunstâncias concretas da vida. Essa correspondência justifica a revogação do tratamento da coação moral irresistível como uma categoria autônoma de exculpação. Por consequência, o Projeto Alternativo exclui a coação moral irresistível da previsão do artigo 22, do CP. Essa retirada é consequência lógica da introdução da teoria diferenciadora, posto que, ainda que se possa tentar pensar a coação moral irresistível como uma modalidade de justificação, trata-se de um caso clássico de estado de necessidade exculpante.

A partir da reforma, a coação moral irresistível será a principal, mas não a única hipótese de estado de necessidade exculpante. Ou seja, a inovação do Projeto Alternativo tem a vantagem de ampliar o raio de incidência das hipóteses subsumíveis à cláusula legal de exculpação do crime. Em outras palavras, o estado de necessidade exculpante pode ser visto como gênero; e a coação moral irresistível, como uma de suas espécies, o que, em última medida, representa

o alargamento das hipóteses em que o juiz reconhecerá a decisão político-criminal do legislador de negar a aplicação de pena contra quem praticou um injusto penal.

Outro ponto a ser observado refere-se às consequências do erro. O Projeto Alternativo admite a natureza *sui generis* do erro do agente que pressupõe a presença dos pressupostos fáticos do estado de necessidade exculpante. Apesar das controvérsias, tem-se como mais acertada a corrente de pensamento que considera que esse erro atinge a culpabilidade e mantém intacto o dolo. Desse modo, o injusto penal permanece inalterado, não havendo, por consequência, que se pensar em uma conversão típica que sirva à responsabilização pela modalidade imprudente ou negligente. Coerentemente, o Projeto Alternativo propõe para essa hipótese um tratamento jurídico que se aproxima ao do erro de proibição. Essa opção tende a facilitar sua incorporação na futura reforma, ainda que se trate de uma questão extremamente controvertida.

Há, ainda, muito o que se discutir sobre essa e outras inovações trazidas pelo Projeto Alternativo. No entanto, o debate encontra-se aberto; e o PLS 236/2012, vivo. A aprovação do PLS 236/2012 é inviável nos termos do Projeto Sarney de Código Penal, mas plenamente factível a partir dos auspícios pragmáticos do Projeto Alternativo. Por essa razão, nos cumpre amadurecer a discussão e, em certa medida, municiar o Congresso Nacional para que não caminhe trôpego e vacilante, bem como não produza resultados funestos ao reformar o Código Penal, tema esse muito caro a todos nós.

Notas

(1) Proposta:

Estado de necessidade justificante

Art. 24 – Não atua ilicitamente quem comete o fato para salvar um bem de perigo atual, não evitável de outro modo, desde que a ponderação de todos os aspectos do fato revele haver sensível superioridade do interesse a ser preservado em relação àquele a ser sacrificado. § 1º – A ponderação a que alude o caput deverá levar em conta sobretudo a natureza e o valor dos bens envolvidos, a intensidade e a origem do perigo que os atinge e a existência de um dever jurídico de enfrentá-lo. § 2º – Não se aplica o disposto no caput se não era razoável impor ao lesado o sacrifício de seu bem ou se existiam, no momento da ação de salvamento, a previsão de vias institucionais de resolução do conflito.

Estado de necessidade exculpante

Art. 25-A – É isento de pena quem comete fato ilícito para salvar de perigo atual, não evitável de outro modo, a vida, a integridade física ou a liberdade de locomoção ou sexual próprias, de cônjuge, companheiro, irmão, ascendente ou descendente, ou de outra pessoa com quem possua laços estreitos.

§ 1º – Quando for razoavelmente exigível ao agente suportar o perigo, sobretudo em razão de seu comportamento anterior ou de específico dever jurídico, a pena poderá ser diminuída de um sexto a dois terços.

§ 2º – É isento de pena quem, por erro inevitável, supõe situação de fato que, se existisse, faria incidir a regra do caput deste artigo; se o erro for evitável, a pena poderá ser diminuída de um sexto a dois terços.

(2) IBCCRIM. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf. Acesso em: 28 set. 2017.

(3) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – parte geral. Tomo I. São Paulo: RT, 2007. p. 439-440.

(4) DIAS, op. cit., p. 611-612.

(5) ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p.963-964.

(6) ROXIN, op. cit., p. 963-964.

(7) Idem, p. 990.

(8) Roxin discorda dessa concepção: ROXIN, op. cit., p. 966.

(9) NEUMANN, Ulfrid. §35 Entschuldigender Notstand. In: KINDHÄUSER; NEUMANN; PAEFFGEN. *NomosKommentar – Strafgesetzbuch - I*. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2005. p. 1244-1245.

(10) NEUMANN, op. cit., p. 1245.

(11) Idem, ibidem.

José Danilo Tavares Lobato

Professor da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.

Professor da Universidade Santa Úrsula.

Coordenador regional do IBCCRIM no Rio de Janeiro.

Pela liberdade de mulheres e crianças – apontamentos sobre o *habeas corpus* coletivo n.º 143.641

Eloísa Machado de Almeida, Nathalie Fragoso, Bruna Angotti, Hilem Oliveira e André Ferreira

Uma decisão histórica da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) merece ser comemorada e amplamente divulgada. Trata-se da concessão, na sessão do dia 20 de fevereiro de 2018, do *habeas corpus* coletivo 143.641 (HC), impetrado pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu), em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. A ordem foi estendida, de ofício, a adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, bem como a mulheres com filhos com deficiência, ainda que maiores de 12 anos. Excetuaram-se os casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionabilíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício, sendo, por isso, o HC concedido em partes no tangente ao mérito.

Apesar da falha produção de dados oficiais acerca do sistema prisional – seja pela falta de cooperação de alguns estados em repassá-los ao Departamento Penitenciário Nacional (Depen), seja pelo não investimento em bancos de dados constantemente alimentados, que possibilitam um censo atualizado da população prisional nacional – estima-se que a ordem poderá beneficiar aproximadamente 15 mil mulheres (logo, pelo menos 15 mil crianças). Aliás, cotidianamente, desde o amanhecer do dia 21 de fevereiro, dia seguinte da decisão do STF, nós, advogadas do CADHu, passamos a receber notícias, advindas de variadas fontes, de mulheres em todo o Brasil sendo contempladas pela medida.

Foi a primeira vez que o STF aceitou um *habeas corpus* coletivo. Os ministros da 2ª Turma (Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Edson Fachin), por unanimidade, entenderam que as violações coletivas a direitos humanos precisam de instrumentos mais poderosos para seu combate. Em situações nas quais as violações a direito são coletivizadas, o remédio – *habeas corpus* – também precisa ser coletivo. Ao prever que uma coletividade, ainda que não individualmente nominada, possa ser beneficiária de um *habeas corpus*, a corte abriu o flanco para que outras coletividades ameaçadas possam reivindicar sua atuação.

Mas, muito além disso, a 2ª Turma aceitou o mérito do *habeas corpus* coletivo. Reconheceu que há um abuso de prisões provisórias e resistência do Judiciário em aplicar o Marco Legal da Primeira Infância. Essa legislação (Lei 13.257/2016) promoveu alterações no ordenamento jurídico para permitir que as mulheres gestantes ou mães de crianças até 12 anos tenham o encarceramento substituído pela prisão domiciliar.

Para os ministros da 2ª Turma do STF, a legislação precisa ser aplicada de forma igual para todas as mulheres, garantindo direitos não só das mães, mas também das crianças, que precisam conviver e crescer em ambiente livre e saudável. O ministro Edson Fachin ficou vencido.

A seguir, compartilhamos, com algumas adaptações de estilo,

os principais argumentos levados ao Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* coletivo 143.641, de modo a demonstrar como embasamos o pedido que resultou nesse caso bem sucedido de litigância estratégica em direitos humanos.

A coletivização do *habeas corpus*

A Constituição de 1988 determina a concessão de ordem de *habeas corpus* sempre “que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Estabelece ainda que ninguém será submetido ao cárcere, antes de transitada em julgado a sentença condenatória, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI).

Assim como ocorre com outros direitos individuais, violações à liberdade de ir e vir e correlatas podem ultrapassar a esfera isolada do indivíduo, alcançando um amplo contingente de pessoas. Nesses casos, o ato ilegal que constrange a liberdade de locomoção dos indivíduos adquire uma dimensão supra individual. Destes, são casos conhecidos dos tribunais brasileiros, por exemplo, o cumprimento de prisão cautelar em contêineres ou de pena em condições mais gravosas do que as estabelecidas em lei ou sentença, impostos a uma coletividade de presos pela persistente e sistemática indisponibilidade de estruturas prisionais adequadas numa determinada localidade.

Se tem impacto coletivo a ação violadora, a individualização do remédio obscurece as causas, enfraquece os pacientes e faz persistir a ilegalidade. Alinhada a essa constatação e orientada à garantia contra restrições ilegais ao direito de livre locomoção, bem como ao direito a uma tutela jurídica efetiva e célere (CF, art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII), a jurisprudência tem interpretado o conteúdo da garantia do *habeas corpus* de modo a admitir o *habeas corpus* coletivo, com o objetivo de proteger uma coletividade de pessoas ameaçada de forma homogênea, por ato ilegal ou abusivo.

O encarceramento massivo e crescente de mulheres ganha inteligibilidade como produto de uma política criminal que recorre à prisão como principal resposta estatal ao conflito com a lei e abusa de sua modalidade preventiva; de uma política de segurança pública que logra alcançar os mais vulneráveis; de uma política de drogas cuja rigorosa legislação, apesar de formulada em termos neutros e abstratos, atinge as mulheres draconianamente, reforçando sua vulnerabilidade e a de sua família.

O enfrentamento das violações a que são submetidas no âmbito dos sistemas de justiça criminal e prisional, consubstanciado no massivo encarceramento cautelar de gestantes, lactantes e mães com crianças de até 12 anos em estruturas prisionais intoleráveis, se se quer eficaz, deve acontecer em âmbito coletivo e estrutural. Especialmente porque, no caso das mulheres em privação cautelar de liberdade, dadas as falhas estruturais de acesso à justiça, a defesa de seus interesses em juízo de forma isolada encontra sérias limitações materiais.

O abuso da prisão preventiva

Sabe-se que a prisão antes de transitada em julgado a sentença condenatória deve ser excepcional; sabe-se que a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal não bastam para sua determinação. Sabe-se que a lei exige a consideração do rol de medidas cautelares e a demonstração de sua inocuidade. Sabe-se também que as novas hipóteses de substituição da prisão preventiva por domiciliar oneram as autoridades judiciais quanto à justificativa da permanência de mulheres gestantes, mães e crianças no cárcere. O imperativo de excepcionalidade não tem, ainda assim, conseguido se impor no sistema de justiça criminal. Não se deduz, no entanto, dessas distorções – que, embora generalizadas, são apreciadas pelo Poder Judiciário no âmbito de casos individuais – a causa de pedir.

A determinação da prisão cautelar a mulheres, a ser cumprida nos estabelecimentos acima caracterizados, além da restrição de liberdade, implica a privação do exercício de decisões e da própria reprodução de forma saudável, segura e livre de discriminação, coerção, violência. O constrangimento ilegal consiste, portanto, na submissão de mulheres grávidas e mães a condições de encarceramento provisório degradantes, na criação e no incremento do risco à sua vida e de seus filhos, na privação de liberdade em circunstâncias mais gravosas que o permitido em lei.

Toda gestação no cárcere é uma gestação de risco⁽¹⁾

A Lei de Execução Penal (LEP) dispõe que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até 6 meses de idade” (art. 83, §2º). Determina que as penitenciárias femininas disporão de seção para gestantes e parturientes e de creches para abrigar as crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos (art. 89). Determina que as mulheres ficarão em “estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal” (em seu artigo 82, §1º) e que “será assegurado acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido” (artigo 14, §3º). Nisso, como demonstram a escassez e precariedade das creches, berçários e módulos de saúde, vem sendo sistematicamente desrespeitada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente garante acesso aos programas e às políticas de saúde e planejamento reprodutivo a todas as gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Garante ainda o acesso a um ambiente que atenda às normas sanitárias e assistenciais do SUS para o acolhimento de filhas e filhos de mulheres submetidas à privação de liberdade (art. 8º e parágrafos da Lei 8.069/90). O Estatuto, diante da privação de acesso ao pré-natal, a alimentação e ambiência adequada para gestantes, mães e crianças, diante da persistência do nascimento em condições aviltantes, é desrespeitado por todo o sistema prisional brasileiro.

O texto constitucional, que proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe a adequação do local de cumprimento da pena conforme o sexo (art. 5º, XLVIII), garante a preservação da integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e o direito de responder ao processo penal em liberdade, quando a lei o permita (art. 5º, LXVI), é sistematicamente ignorado. Protege, ademais, direitos – como à saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça –, hoje negados a cidadãs sob a custódia e responsabilidade do Estado, que insiste em impor os rigores da lei que não observa.

As condições de encarceramento relatadas aviltam ainda as

normas que garantem a dignidade e a integridade nos diplomas adotados no âmbito dos sistemas internacional e regional de direitos humanos, entre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo V; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, em seus arts. 7 e 10; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, em seus arts. 5 e 11; os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas (Resolução 01/08, de 13 de março de 2008); a Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, em seu artigo 16; as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, assim como o corpo de normas constante das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010).

O cárcere, na forma como recebe e abriga gestantes, mães e crianças, é ilegal, inconstitucional e inconveniente. Afinal, não pode a pessoa presa, em particular aquela submetida à prisão cautelar, ter direitos restringidos para além do previsto em dispositivos legais (artigo 3º, 40, 41, 45 da LEP, artigo 38 do CP). Entretanto, persiste – mesmo com advento da alteração legislativa que, no caso da determinação da custódia cautelar, autoriza sua substituição por prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, incisos IV e V, do CPP.

A determinação da prisão preventiva a essas mulheres, ou seja, a sua sujeição, antes de transitada em julgado uma condenação criminal, ao confinamento em estabelecimentos de privação de liberdade, por subtrair-lhes o acesso a programas de saúde pré-natais, a assistência regular ao parto e pós-parto, condições razoáveis de higiene e autocuidado e privar suas crianças de condições adequadas de desenvolvimento, constitui ato ilegal praticado de forma reiterada pelo Poder Judiciário brasileiro.

A precariedade das instalações prisionais, sua inadequação às necessidades femininas e a desatenção às condições de exercício de direitos reprodutivos caracterizam tratamento desumano, cruel e degradante, nos termos do art. 5º, III, da CF, e fazem com que a prisão provisória extrapole os limites constitucionais da intervenção do poder persecutório-punitivo sobre o indivíduo (art. 5º, XLVI, XLVII, (a) e XLIX da CF).

Constata-se aí uma dimensão do aprisionamento feminino sobre a qual podemos concluir que: o que tem de rotineira tem de insuportável. A determinação de prisão limita o exercício do direito à saúde, com impacto nefasto, não somente sobre a mulher, mas sobre seus descendentes e sobre o quadro geral da saúde pública.

A confluência de todos esses elementos demonstra que o Estado, no exercício de sua atividade persecutória, caracterizada pelo recurso abusivo à prisão cautelar, por suas ações e omissões, incrementa o risco de todas as gestações vividas em situação de privação de liberdade, de todos os partos experimentados nesse contexto, do todo puerpério. Além de oferecer espaços superlotados, insalubres e desequipados, o Estado falha sistematicamente em garantir serviços adequados de saúde materna às mulheres privadas de liberdade. Frustra assim demandas de saúde específicas de mulheres e, dado que a ausência desses serviços oferece riscos reais à sobrevivência, como demonstram as altas taxas de mortes maternas no Brasil, viola também seu direito à vida. Ameaça, ademais, a vida e o desenvolvimento saudável de crianças, titulares, em tese, de absoluta prioridade, pela sujeição a um ambiente inadequado, pela privação do acesso à saúde e ao convívio familiar.

Impacto desproporcional da norma no encarceramento feminino

Não bastasse, esse encarceramento constitui ato discriminatório. Num contexto marcado pelo aumento expressivo do encarceramento feminino associado ao tráfico de drogas, ao ponto de consistir este

a causa para o confinamento de 64% das mulheres em situação de privação liberdade, a disciplina rigorosa do tráfico, a alta cominação de penas e a sua equiparação a crime hediondo, bem como a vocação seletiva da segurança pública impactam desproporcionalmente as mulheres. Somando a dramática inadequação do cárcere, tem-se uma política criminal flagrantemente discriminatória, pelo desproporcional impacto sobre as mulheres e suas famílias (art. 5º, XLI da CF).

O impacto desproporcional ficou ainda mais evidente no episódio envolvendo a prisão preventiva de Adriana Ancelmo, ex-primeira dama do Estado do Rio de Janeiro. Sua prisão preventiva foi determinada no âmbito da Operação Calicute do Ministério Público Federal e logo substituída por prisão domiciliar pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. O episódio, que poderia simplesmente indicar a correta aplicação da lei, expôs a enorme seletividade do sistema de justiça, que mantém as demais mulheres gestantes, puérperas ou mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade no encarceramento.

As mulheres levadas ao cárcere – predominantemente jovens, negras, mães e responsáveis pela provisão do sustento familiar – o são, em sua expressiva maioria, pelo envolvimento, tipicamente subalterno e vulnerável, com o tráfico de drogas (64% das mulheres encarceradas).⁽²⁾

Pesquisas indicam que as mulheres presas por tráfico de drogas estão inseridas predominantemente em atividades periféricas, subsidiárias e vulneráveis.⁽³⁾ As circunstâncias de detenção reforçam este quadro: segundo o levantamento dos autos de prisão em flagrante realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP nos anos de 2010 e 2011, em 77% dos casos, as mulheres envolvidas com tráfico foram abordadas por policiais militares e, em 11%, por agentes penitenciários, durante a revista vexatória em dias de visita a estabelecimentos de privação de liberdade.⁽⁴⁾ Em praticamente todos os casos acompanhados na pesquisa referida, as prisões em flagrante foram convertidas em preventivas, sendo que apenas 14% das mulheres responderam ao processo em liberdade.⁽⁵⁾ O encarceramento provisório de mulheres no Brasil, com suas nefastas consequências, nada tem, assim, de excepcional.

Selecionadas a esse modo para o cárcere brasileiro, elas possuem baixa escolaridade, originam-se de extratos sociais economicamente desfavorecidos e, antes da prisão, desempenhavam atividades de trabalho no mercado informal.⁽⁶⁾ O retrato que ora se vai delineando em tudo coincide com os documentos produzidos no âmbito do sistema universal de direitos humanos sobre o tema:⁽⁷⁾ o envolvimento das mulheres no uso e tráfico de drogas reflete seu déficit em oportunidades econômicas e status político. Quando se engajam em atividades ilícitas, são relegadas às mesmas posições vulneráveis que pavimentaram o caminho desse engajamento. Quando alvos da persecução penal, deparam-se com um sistema judiciário que desacredita seus testemunhos e com a atribuição de penas ou medidas cautelares que negligenciam suas condições particulares como mulheres.⁽⁸⁾

Num contexto marcado pelo aumento expressivo do encarceramento feminino associado ao tráfico de drogas, ao ponto de consistir este a causa para o confinamento de 64% das mulheres em situação de privação de liberdade, deve-se reconhecer que a disciplina rigorosa do tráfico, a alta cominação de penas, a sua equiparação a crime hediondo e a vocação seletiva da segurança pública impactam desproporcionalmente as mulheres. Somando a isso a precariedade das instalações prisionais, sua inadequação às necessidades femininas e a desatenção às condições de exercício de direitos reprodutivos, tem-se uma política criminal flagrantemente discriminatória, pelo desproporcional impacto

sobre as mulheres. Especialmente desproporcional, aliás, sobre as mulheres negras.

Esse ponto já foi atenuado, em parte, pela decisão majoritária do E. Supremo Tribunal Federal no HC 118.533, que retirou a hediondez para a figura do tráfico privilegiado (art. 33, §4º Lei 11.343/2006), sobretudo diante do impacto desproporcional e inconstitucional sobre as mulheres presas.

Discriminação contra a mulher, lembra-nos a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), ratificada pelo Brasil em 1984, é toda forma de exclusão, distinção ou restrição baseada no gênero (Recomendação Geral 28), que tenha por propósito ou efeito constituir um obstáculo ao exercício de direitos e liberdades fundamentais por mulheres. A política criminal brasileira, na forma como é concebida e aplicada pelos agentes do sistema de justiça criminal e prisional, não é sensível ao gênero, não individualiza a aplicação de penas e medidas cautelares, sendo, assim, discriminatória.⁽⁹⁾

Chamado a apreciar violação sofrida no âmbito do cárcere, o Comitê CEDAW condenou a Bielorrússia, pela falha na proteção da dignidade, privacidade, segurança física e psicológica das mulheres detidas; pela frustração da garantia de acesso aos cuidados de saúde para mulheres e pela sua sujeição a abusos. O Brasil, sob o crivo das suas próprias normas e de normas internacionais, reitera comportamento semelhante.

Conclusão

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, mesmo conhecendo a possibilidade do *habeas corpus* coletivo, restringiu sua admissibilidade ao questionamento de atos do Superior Tribunal de Justiça, mantendo assim a restrição que já aplica para impedir a chamada supressão de instância e *habeas corpus* contra atos do próprio Supremo, mas ampliando-a de ofício para todas as mulheres e adolescentes presas nessa situação. Além disso, restringiu a legitimidade ativa para atores organizados da sociedade civil, que já estejam legitimados à proposição de outros instrumentos de tutela coletiva, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. No mérito, a decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu em parte a ordem pedida no HC, como citado anteriormente.

O grande desafio, sem dúvidas, está no plano da execução da decisão. E aqui há dois tipos de considerações a serem feitas. A primeira se refere às resistências – já conhecidas – de atores do sistema de justiça na aplicação de legislação garantista penal. Nesse ponto, a decisão do Supremo busca minorar esse problema com o envolvimento do DEPEN e CNJ na organização da execução da decisão, buscando garantir, através da transparência de informações sobre as mulheres beneficiadas, a diminuição da discricionariedade judicial. A segunda se refere à oportunidade que se abre: advogadas e defensoras têm se apropriado da decisão para expandir seus efeitos, como em relação a mulheres que são as únicas cuidadoras de idosos, por exemplo, ou para mulheres já condenadas. No mesmo sentido, a decisão abre um precedente importante para a tutela, de forma coletiva, de outros direitos das pessoas privadas de liberdade.

Notas

(1) Tal afirmação é uma das conclusões às quais chegaram as pesquisadoras Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti na pesquisa *Dar à luz na sombra: condições atuais e futuras de exercício de maternidade nas prisões*, de 2014. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/dar-a-luz-na-sombra-condicoes-atuais-e-possibilidades-futuras-para-o-exercicio-da-maternidade-por-mulheres-em-situacao-de-prisao/>. Acesso em: 16 abr. 2018.

(2) Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres - Junho de 2014.

- (3) Por exemplo, HELPES, Sintia. *Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.
- (4) Dados da pesquisa *Prisão Provisória e Lei de Drogas (NEV-USP)*, 2011. JESUS, Maria Gorete; CARVALHO, Denise. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. *Revista LEVS*, Marília, 2012, p. 188-203.
- (5) JESUS, Maria Gorete; CARVALHO, Denise. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. *Revista LEVS*, Marília, 2012, p. 188-203.
- (6) Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – Junho de 2014.
- (7) Vide, em especial, o texto destinado a orientar os trabalhos da Força-Tarefa do Sistema ONU sobre o Crime Organizado e o Tráfico De Drogas, como Ameaças à Segurança e Estabilidade. UN Women. *A gender perspective on the impact of drug use, the drug trade, and drug control regimes*, 2014.
- (8) UN Women. *A gender perspective on the impact of drug use, the drug trade, and drug control regimes*, 2014. Ver também ANGOTTI, Bruna. *O encarceramento*

feminino como ampliação da violação de direitos. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/o-encarceramento-feminino-como-ampliacao-da-violacao-de-direitos/>. Acesso em: 16 abr. 2018.

- (9) O Decreto de indulto de 13/04/2017, ainda que bastante restritivo, abrange mulheres mães ou avós, com filhos de até 12 anos de idade, condenadas por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça e que já tenham cumprido um sexto da pena. Não substitui esse *habeas corpus*, voltado às mulheres presas preventivamente.

*Eloísa Machado de Almeida,
Nathalie Fragoso, Bruna Angotti,
Hilem Oliveira e André Ferreira*
Advogadas e Advogado do Coletivo de Advocacia
em Direitos Humanos – Cadhu.

O crime de importunação sexual: resposta adequada ao assédio sexual de rua?

Renato de Mello Jorge Silveira e Beatriz Corrêa Camargo

No ano de 2017, o Brasil assistiu à exposição de uma série de atos de violência sexual pela grande mídia. A atenção se voltou a agressões cuja importância tem sido negligenciada social e juridicamente, seja em razão da falta de uma regulamentação adequada, seja em razão de barreiras estruturais que impedem uma resposta efetiva a essas condutas.

O debate foi incentivado pela organização da sociedade civil em torno da campanha #MeToo, que agregou cidadãos e cidadãs nas redes sociais em torno de dramas cotidianos de abuso, assim como assédio e violência sexual envolvendo representantes políticos e celebridades, o que foi devidamente explorado pela mídia nacional e estrangeira, repercutindo nas discussões de bar, nos discursos políticos e por fim despertando a atenção da produção acadêmica no Direito.

Como tem sido característico de muitos países, no Brasil a criação e a reforma de leis penais raramente acompanham a pesquisa científica sobre a matéria a ser legislada.⁽¹⁾

O Substitutivo ao Projeto de Lei 5452/16, aprovado na Câmara neste ano de 2018 por ocasião do dia das mulheres, reflete essa realidade. No que tange à proposta de estabelecimento do crime de “importunação sexual”, o que se tem é uma legislação pensada para resolver um problema pontual, de grande repercussão em razão do noticiamento de casos repetidos em curto espaço de tempo.⁽²⁾ Tratam-se de situações a que estão sujeitas sobretudo as mulheres: atos de exibicionismo da genitália ou de masturbação em sua presença, sem o seu consentimento. Os debates parlamentares centraram-se especialmente na questão dos abusos cometidos nos meios de transporte público.⁽³⁾

Com o Projeto, que ainda precisa de aprovação no Senado, o que se pretende é criminalizar o ato de “praticar, na presença de alguém e sem sua anuência, de ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”. A pena prevista é de reclusão de 1 a 5 anos, caso o ato não constitua crime mais grave.

A propósito dessa sugestão legislativa, tem se discutido acerca da adequação da tipificação acima para lidar criminalmente com o problema do assédio sexual nas ruas, sobretudo a respeito de saber

se o assédio verbal e o assédio através de toques não consentidos entrariam na referida proposta.⁽⁴⁾

Neste tocante, algumas observações parecem necessárias a fim de ponderar-se sobre os avanços e as limitações do projeto em análise.

A elaboração do crime de importunação sexual representa uma regulamentação importante, cuja necessidade passou a ser reconhecida no Brasil na medida em que a percepção social a respeito da dimensão do direito de autodeterminação sexual se ampliou e se tornou mais complexa. Os crimes de estupro e o extinto crime de atentado violento ao pudor enquadravam até poucos anos atrás apenas os atos sexuais mais invasivos, sobretudo a penetração vaginal e anal. O conceito de ato libidinoso passa, então, de uma interpretação restritiva para abarcar, dentre outras, condutas como a prática de sexo oral, restando de forma ainda muito controversa a discussão sobre a inclusão de atos menos agressivos como o beijo forçado e o toque em partes íntimas. Na origem dessa controvérsia, encontram-se as altas penas atribuídas ao crime de estupro, que, vale lembrar, é hediondo.

Até o presente momento, o que se entende por atos libidinosos para fins de tipificação do estupro (art. 217, CP) são atos sexuais praticados com o corpo da vítima, que é obrigada a tolerar que se pratiquem atos sexuais em si ou é obrigada a praticar, ativamente, o ato em outrem ou em si mesma. A proibição da simples prática de atos sexuais perante outras pessoas, com ou sem a concordância delas, tem a sua previsão em outros tipos penais, com penas mais brandas que o estupro, devido à menor gravidade que apresentam em comparação com o estupro.

Considerando-se os casos de exibicionismo e masturbação nos transportes públicos, a norma sugerida para o crime de importunação sexual merece preferência se comparada com a incriminação alternativa do ato obsceno (art. 233, CP) devido à forte conotação moralista que o tipo pode adquirir.⁽⁵⁾ Ao exigir a ausência de consentimento para o ato como elemento do tipo, juntamente com a necessidade de que o ato libidinoso tenha o propósito de satisfazer a lascívia do autor ou de terceiro, o tipo foge do possível efeito de com isso abarcarem-se hipóteses de nudez privada, artística ou de protesto, tal qual ocorre em relação

à problemática interpretação do crime de ato obsceno.

Entretanto, é notório que o novo tipo penal deixa de fora casos muito mais frequentes de assédio sexual que ocorrem nos espaços públicos a toda hora. Assim, o Projeto de Lei 5452/16 não criminaliza a prática de assédio verbal, como os comentários pornográficos fora de contexto e as cotidianas observações obscenas sobre o corpo das mulheres, assim como deixa de incluir a punição do assédio sexual de caráter físico, isto é, pela via de toques com ou em partes íntimas e beijos forçados, por exemplo. Isso porque tais condutas consistem em falas que *se dirigem à pessoa* atingida, na hipótese da agressão verbal, ou atos que *se praticam na pessoa* assediada, no que tange ao assédio físico. Logo, se tratam de condutas praticadas “com” a pessoa atingida e não “na presença” dessa pessoa, como está previsto no Projeto de Lei.

É por isso que países como a Suíça preveem uma punição mais ampla do assédio sexual, onde a punição estabelecida no ano de 2001 inclui não somente a prática de um ato sexual perante uma pessoa de forma inesperada, sem o seu consentimento, como também o assédio através do toque físico e de forma verbal, em situações mais graves (art. 198 do Código Penal suíço).⁽⁶⁾ Mesmo em Portugal, cujo Código Penal parece ter servido de influência ao projeto brasileiro, a figura da importunação sexual contém desde 2007 a hipótese do constrangimento da vítima ao contato físico de natureza sexual, para além da criminalização do ato exibicionista (art. 170 do Código Penal português).⁽⁷⁾

Em comparação com a punição estabelecida por esses países (pena de multa na Suíça e possibilidade de multa ou prisão até 1 ano em Portugal), a proposta brasileira prevê penas significativamente mais altas, que foram modificadas em relação à redação original do projeto, que ia de 2 a 4 anos.

Se aprovada a proposta passada na Câmara dos Deputados, algumas discrepâncias serão dignas de nota. Com relação à pena, a punição do assédio de rua através do exibicionismo terá uma punição até cinco vezes mais elevada do que o assédio sexual realizado pela pessoa que efetivamente obtém a prática do ato sexual com a vítima, ao constrangê-la em razão da autoridade advinda do cargo hierarquicamente superior, nos termos do art. 216-A, CP. Por outro lado, restará a dúvida quanto à validade do consentimento do menor de 14 anos, já que o tipo penal se cala a esse respeito. Mais adequado, nesse sentido, seria a previsão de uma circunstância agravante para a hipótese de menores de 14 e pessoas com déficit cognitivo que não apresentem o necessário discernimento.

Notas

- (1) Veja nesse sentido a pesquisa de MACHADO, Máira Rocha et al. Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil. Brasília: Série Pensando o Direito, v. 32, p. 01-60, 2010, p. 32-34.
- (2) Emblemática foi a atenção em torno das práticas reiteradas atribuídas a um morador da cidade de São Paulo, o que levou ao debate sobre a diferença de tratamento dos autores de crimes sexuais, percebido como mais brando em

comparação a outros crimes. Sobre o caso, veja: Suspeito de estupro é preso de novo após atacar outra mulher em ônibus. Folha de S. Paulo, 2 set. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/09/1915287-suspeito-de-estupro-e-preso-novamente-apos-atacar-outra-mulher.shtml>>. Acesso em: 15 mar. 2018; Por que homem que ejaculou em mulher em ônibus foi solto, e o que isso diz sobre a lei brasileira? Folha de S. Paulo, 31 ago. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1914781-por-que-homem-que-ejaculou-em-mulher-em-onibus-foi-solto-e-o-que-isso-diz-sobre-a-lei-brasileira.shtml>>. Acesso em: 15 mar. 2018; O vácuo jurídico entre o estupro e a importunação ofensiva ao pudor. Carta Capital, 20 set. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/mobiliza/o-vacu-juridico-entre-o-estupro-e-a-importunacao-ofensiva-ao-pudor>>. Acesso em: 15 mar. 2018; NETO, Francisco Sannini. Estupro ou importunação ofensiva ao pudor? Canal de Ciências Criminais, 01 set. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-importunacao-ofensiva-pudor/>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

- (3) Câmara aprova penas maiores para estupro e tipifica crime de importunação sexual. Câmara Notícias, 07 mar. 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direito-e-justica/554266-camara-aprova-penas-maiores-para-estupro-e-tipifica-crime-de-importunacao-sexual.html>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- (4) Projeto de lei que pune masturbação em público avança com dúvidas. Folha de S. Paulo, 9 mar. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/03/projeto-de-lei-que-pune-masturbacao-em-publico-avanca-com-duvidas.shtml>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- (5) Para a crítica do crime de ato obsceno tal como atualmente concebido na legislação brasileira, vide SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 365, 379.
- (6) Na redação original do art. 198 do Código Penal suíço: “Wer vor jemandem, der dies nicht erwartet, eine sexuelle Handlung vornimmt und dadurch Ärgeris erregt, wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch sexuelle belästigt, wird, auf Antrag, mit Busse bestraft”. Acerca da tipificação penal do assédio sexual através de palavras e atos na Suíça, vide KUMMER, Kathrin. Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht. Bern: Haupt, 2002. p. 56 e ss., p. 72 e ss.
- (7) Nos termos do art. 170 do CP português: “quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”. Sobre as sucessivas reformas do dispositivo português, vide RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. Comentários ao art. 170º (importunação sexual). In: DIAS, Jorge Figueiredo. Comentário Coimbricense do Código Penal – Parte especial, Tomo I (arts. 131º a 201º). 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 816.

Renato de Mello Jorge Silveira

Professor titular de Direito Penal da
Universidade de São Paulo.

Pós-doutor pela Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.
Advogado.

Beatriz Corrêa Camargo

Professora adjunta de Direito Penal da
Universidade Federal de Uberlândia.

Pós-doutora pela Universidade de Bonn, Alemanha.
Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.



DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Cristiano Ávila Maronna
1.º Vice-Presidente: Thiago Bottino do Amaral
2.º Vice-Presidente: Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário: Renato Stanzola Vieira
2.º Secretário: Roberto Luiz Corcioli Filho
1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
Assessora da presidência: Jacqueline Sinhorretto
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

PRESIDENTE
Andre Pires de Andrade Kehdi
MEMBROS
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

OUIDOR

Rogério Fernando Taffarello

O crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência e o desafio em torno da violência de gênero

Luciano Anderson de Souza e Eloisa Yang

Recentemente, foi promulgada a Lei 13.641/2018, que alterou a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), inserindo nesta um novo tipo penal, isto é, o crime de *descumprimento de medidas protetivas de urgência*, que passa a figurar em seu novel artigo 24-A. É estabelecida pena de detenção de três meses a dois anos para o agressor que desobedecer decisão judicial nesse sentido. Sua origem é o PL 173/2015, de autoria do deputado federal Alceu Moreira (PMDB/RS), tendo sido sancionada pelo atual ocupante da presidência da República em 03 de abril último.

O novo crime se insere em um contexto de mudança de paradigmas da legislação brasileira, que passou “*da mulher honesta à lei com nome de mulher*” no que diz respeito ao tratamento dado à violência de gênero.⁽¹⁾ Especificamente na esfera penal, considera-se que as principais mudanças se iniciam com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, na qual foram estabelecidos, ainda originariamente, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor no rol de delitos sob tal rotulação. Também nesse influxo se inserem as alterações ocorridas no âmbito dos crimes sexuais, como a criação do tipo penal de assédio sexual em 2001 (artigo 216-A do Código Penal) e as sucessivas reformas a partir de 2005, que consolidaram a mudança do título de *crimes contra os costumes* para *crimes contra a dignidade sexual*, alterando inclusive a dimensão do bem jurídico tutelado nessas hipóteses, buscando-se sinalizar a tutela da vítima – em sua maioria do sexo feminino.

Dentre outras alterações legislativas no âmbito da desigualdade de gênero e demandas de movimentos feministas, talvez a mais emblemática seja a mencionada Lei Maria da Penha, que notoriamente criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Por meio dela, foram criadas diversas políticas públicas, visando tanto a prevenção da violência doméstica e familiar como a assistência e tutela à mulher que se encontre nessa situação – dentre elas, as chamadas medidas protetivas de urgência. A Lei dispõe sobre elas nos artigos 18 a 24-A, consistindo, basicamente, naquelas providências direcionadas ao acolhimento da vítima e cerceamento de direitos do agressor. Estes últimos se dividem em três tipos diferentes: suspensão da posse ou restrição do porte de armas; prestação de alimentos e afastamento entre agressor e ofendida, seja retirando aquele do lar ou domicílio, ou proibindo condutas que resultem em sua aproximação da ofendida.

As medidas protetivas de urgência, segundo a Lei, devem ser estabelecidas pelo juiz⁽²⁾ no prazo de 48 horas, podendo ser concedidas a requerimento do Ministério Público ou a pedido da vítima. Nesse sentido, com o advento do novo crime, o agressor que vier a desobedecer decisão judicial que deferir tais medidas estará sujeito à mencionada pena prisional. Além disso, o §2º do novo artigo 24-A define que apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança na hipótese da prisão em flagrante do descumprimento, inusitadamente afastando o estabelecido no artigo 322 do Código de Processo Penal (CPP). Por fim, o disposto no novo artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis, nos termos do seu §3º.

Chama atenção, de início, a semelhança da nova figura com os

crimes de desobediência, previstos nos artigos 330 e 359 do Código Penal. Nesse sentido, o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência segue a tendência do legislador de reafirmar o repúdio a determinadas condutas por meio de um simples apelo à função simbólica das normas penais, abarcando-se situações de mero desentendimento a dever imposto, afastando-se significativamente da ofensividade a um válido bem jurídico protegido. No caso em análise, pretende-se tutelar especificamente a situação da violência contra a mulher ainda que já exista norma a respeito, dando-se a impressão de que o tipo decorreria da incapacidade do poder público em dar cumprimento às medidas impostas.

Demais disso, há que se lembrar aqui que o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 305.429/RS, de relatoria do min. Ribeiro Dantas, decidiu que o descumprimento das medidas protetivas não caracterizaria a prática dos delitos de desobediência, “*em atenção ao princípio da ultima ratio, tendo em vista a existência de cominação específica nas hipóteses em que a conduta for praticada no âmbito doméstico e familiar, nos termos do art. 313, III, do Código de Processo Penal*”. Referido artigo possibilita a decretação da prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência em algumas hipóteses, dentre elas a da violência doméstica e familiar contra a mulher. Surge, portanto, um duplo cerceamento ao descumprimento das medidas protetivas – com a possibilidade de prisão preventiva no curso da investigação ou processo, somada à possibilidade de prisão em flagrante pelo novo tipo e posterior condenação pelo mesmo fato. Por conseguinte, nota-se que, no afã do simbolismo penal, o legislador se olvidou de que o sistema estabelecido já tutelava a situação em foco.

Outra questão que chama a atenção é a da fiança em caso de prisão em flagrante pelo inédito crime de descumprimento. Ela passa a ser arbitrada somente pela autoridade judicial, mesmo em se tratando de crime cuja pena máxima é inferior a 4 anos – hipótese em que a autoridade policial poderia conceder fiança, nos termos do referenciado art. 322 do CPP. Cuida-se, assim, de medida que, sob o argumento de busca em se conferir maior efetividade à proteção da mulher vítima, simplesmente consagra tendência ao recrudescimento punitivo, criando um obstáculo a mais para o auferimento de situação mais vantajosa pelo imputado.

Nesse sentido, necessário seria contrapor o dispositivo com algumas propostas legislativas (como o PL 6.433/2013 e o PL 8.257/2014, dentre outros) tendentes a permitir que a própria autoridade policial aplicasse as medidas protetivas de urgência – atualmente, conforme dito, de competência da autoridade judicial – como forma de garantir maior celeridade e eficiência na proteção da vítima. Buscando rechaçar tais aspectos de maior racionalidade jurídico-criminal, quando da aprovação da citada Lei 13.505/2017, a presidência vetou qualquer possibilidade nesse sentido, simplesmente alegando que os dispositivos incidiriam em inconstitucionalidade material, por violação aos artigos 2º e 144, § 4º, da Constituição, ao supostamente invadirem competência afeta ao Poder Judiciário e buscarem estabelecer competência não prevista para as polícias civis.

Ademais, é sempre imperioso lembrar das limitações do Direito Penal, especialmente em hipóteses de sua utilização como possível mecanismo de defesa ou promoção⁽³⁾ de direitos de grupos vulneráveis. Muito embora possam existir situações em que haja carência de tutela em face de bens jurídicos específicos, no geral tem-se observado uma simples expansão penal calcada meramente em seu uso simbólico como forma de confirmação axiológica, por meio do qual os grupos que reivindicam uma ou outra posição se valem da “vitória” legislativa como forma de demonstrar sua superioridade ou importância predominante de sua concepção valorativa sobre aquele assunto.

Tal busca por amparo é compreensível, mas em geral o uso simbólico do Direito Penal como espécie de “*legislação-álibi*” – buscando-se exclusivamente fortalecer a confiança dos cidadãos no Estado de maneira geral, satisfazendo as expectativas da população com a produção de normas mesmo sem a tomada de ações concretas efetivas, aptas à superação da problemática social – gera apenas frustrações. É o que se vislumbra no caso. Há que se concordar que pouco adianta criar novas normas se ainda prevalece o cenário de baixa efetividade das políticas públicas criadas pela Lei Maria da Penha, com verdadeiro sucateamento e baixo preparo da rede de apoio à mulher vítima – como as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher e os Juizados Especializados de Violência Doméstica, por exemplo. Também pouco adianta punir o descumprimento se o Poder Judiciário ainda tardar no deferimento das medidas protetivas, muitas vezes com atrasos que podem ser fatais para a vítima.

Em linhas gerais, pois, pode-se concluir que ainda são muitos os desafios do cerceamento à violência contra a mulher na sociedade.

⁽⁴⁾ Embora seja positivo que o legislador reconheça que tal violência

é inaceitável, bem como seja benéfica a criação de novas formas de resguardar as mulheres vítimas, como o fomento às mais diversas ações positivas,⁽⁵⁾ é sempre necessário questionar se simplesmente criminalizar mais e mais condutas seria a solução mais indicada, tendo em vista que a desigualdade de gênero possui origens significativamente profundas, dificilmente sanáveis pelo Direito Penal.

Notas

- (1) Acerca dessa evolução, estrangeira e brasileira, cf. Silveira, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 45 e ss.; ABOSO, Gustavo Eduardo. *Derecho penal sexual*. Montevideo: B de F, 2014. p. 1 e ss.
- (2) A Lei 13.505/2017, modificativa da Lei Maria da Penha, foi sancionada em novembro último com vetos pelo atual chefe do Executivo, não permitindo o estabelecimento de medidas protetivas por parte de autoridades policiais.
- (3) COCO, Paola. *Il c.d. “femminicidio”*: tra delitto passionale e ricerca di un’identità perduta. Napoli: Jovene, 2016. p. 2.
- (4) A ensejar um novo pacto social, inclusive, cf. GIBERT GRIFO, Susana; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Género y violencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 79.
- (5) Sobre o tema, cf. PONS PARERA, Eva. Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas básicas. In: SÁNCHEZ URRUTIA, Ana; PUMAR BELTRÁN, Núria (Coord.). *Análisis feminista del derecho: teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*. Barcelona: 4.3. p. 55 e ss.

Luciano Anderson de Souza
Professor Doutor de Direito Penal da
Faculdade de Direito da USP.

Eloisa Yang
Estudante de Direito da USP.

Breves considerações sobre o sistema integral de justiça transicional colombiano

Diego Fernando Tarapués Sandino

Tradução

Raquel Lima Scalcon e Estéfano Risso

O direito internacional não proíbe a flexibilização do tratamento judicial penal nacional em cenários de transição, mas pede que ela seja feita (se feita) de maneira responsável, limitando possíveis graves violações aos Direitos Humanos (DDHH) e fomentando estratégias que permitam esclarecer efetivamente os fatos ocorridos e responsabilizar os reais responsáveis.⁽¹⁾ A implementação de mecanismos extrajudiciais para garantir o direito à justiça, se em harmonia com outros mecanismos que garantam complementarmente a verdade e o direito à reparação, não gera responsabilidade internacional pelo descumprimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), mais ainda quando o Estado promove a implementação de um sistema normativo integral que faça a ponderação entre os direitos das vítimas e as obrigações emanadas do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Tal é o caso da Colômbia, um Estado parte do sistema interamericano que vem implementando normativamente um modelo que busca enfrentar, de maneira integral e holística, através de mecanismos judiciais ou extrajudiciais, as inúmeras (graves) violações aos direitos humanos que se deram ao longo de mais de meio século de conflito armado

em suas fronteiras. As bases para um sistema integral de justiça transicional na Colômbia foram forjadas especialmente nos últimos cinco anos, a partir de significativas reformas constitucionais.⁽²⁾

A primeira delas deu-se paralelamente às conversas prévias à instauração da mesa de negociações de Havana. Trata-se do Ato Legislativo n. 1 de 2012, que incorporou os artigos transitórios 66 e 67 à Constituição colombiana. Suas principais contribuições para a implementação de uma estratégia integral e holística de justiça transicional foram: (i) a constitucionalização da justiça transicional para alcançar-se a paz; (ii) a constitucionalização dos direitos das vítimas à verdade, à justiça, à reparação e a não repetição; (iii) a desjudicialização das tentativas de se auferir a verdade, a justiça e a reparação, permitindo-se criar mecanismos de caráter extrajudicial não somente para fins investigativos, mas também para o esclarecimento da verdade e para a reparação das vítimas; (iv) a obrigação de se criar uma Comissão da Verdade; e (v) a criação de critérios de priorização e seleção, como mecanismos judiciais para se concentrar os recursos e a capacidade estatal de persecução penal do Estado sobre os reais responsáveis pelos crimes internacionais.⁽³⁾

Da análise dessas cinco grandes contribuições do Marco Jurídico para a Paz (MJP), da formulação de uma estratégia integral e holística de justiça transicional depreendem-se vários elementos que permitem

evidenciar a sujeição do Estado colombiano a alguns “standards” internacionais. Isso se percebe não somente quanto ao reconhecimento dos direitos das vítimas e quanto à centralização do modelo de justiça na restauração (dentro do possível) dos direitos delas (acima de qualquer finalidade retribucionista, normalmente preocupada mais com os responsáveis pelo fato do que com as suas vítimas), mas também no próprio desenho institucional de mecanismos extrajudiciais que auxiliem e complementem o trabalho da justiça, tais como a Junta de Reparação e a Comissão da Verdade, que mostram o compromisso e a reorientação do Estado colombiano no enfrentamento das graves violações ocorridas durante o conflito armado interno. Ademais, a implementação de mecanismos judiciais alternativos minimalistas, que estejam de acordo com a necessidade e a capacidade institucional, vai ao encontro da postura pragmática e eficiente que se procura enfocar no trabalho de esclarecimento de crimes mais graves e na busca por seus reais responsáveis. Para a promoção de tal fim, estão orientados os mecanismos como a fixação de penas alternativas, o uso de modalidades especiais de execução de pena, a renúncia condicionada da persecução penal e o estabelecimento de critérios de seleção e priorização, os quais, junto a métodos novos de investigação e de julgamento baseados na elaboração de contextos e na reconstrução de padrões, colocam em andamento uma nova estratégia de persecução penal, a qual visa a esclarecer e a indicar os responsáveis pelas mais graves violações aos DDHH.⁽⁴⁾

Por outro lado, a segunda reforma constitucional foi consequência da implementação normativa do que foi acordado sobre as Vítimas do Acordo de Paz nas negociações de Havana. O Congresso aprovou, em abril de 2017, o Ato Legislativo n. 1 de 2017, que criou um título inteiro de disposições transitórias visando ao fim do conflito armado e à construção de uma paz estável e duradoura. Nesse sentido, por meio dessa reforma constitucional, deu-se vida ao Sistema Integral de Verdade, Justiça, Reparação e não Repetição, composta por quatro componentes: (i) *La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición*; ⁽⁵⁾ (ii) *La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado*; ⁽⁶⁾ (iii) *La Jurisdicción Especial para la Paz*; ⁽⁷⁾ (iv) *Medidas de Reparación Integral*. ⁽⁸⁾

Essa nova reforma constitucional termina a tarefa que iniciou o MJP, ao regulamentar constitucionalmente os diversos elementos que, desde 2012, já fundamentavam a criação do Sistema Integral de Justiça Transicional, só que de maneira mais detalhada, partindo do consenso político ao qual se chegou durante as negociações do Acordo de Paz. Deve-se esclarecer que, além da previsão da possibilidade de se recorrer a sanções extrajudiciais, ⁽⁹⁾ judicialmente criaram-se diversos modos de se resolver a situação jurídico-penal daqueles que cometeram delitos relacionados (de maneira direta ou indireta) com o conflito armado, através da concessão de anistias, indultos, da imposição de penas alternativas, dentre outros.

O Ato Legislativo n. 1 de 2017 criou a Jurisdição Especial para a Paz (JEP), que conta com uma competência prevalecente, ⁽¹⁰⁾ de forma a garantir a persecução judicial-penal das mais graves violações aos direitos humanos, com foco nos reais responsáveis pelos crimes internacionais cometidos na Colômbia. Dentro dessa estrutura, a Sala de Reconhecimento de Verdade, de Responsabilidade e de Determinação dos Fatos e das Condutas e a Secretaria Executiva da JEP serão essenciais para se alcançar esse objetivo, já que passarão a ser a “porta de entrada” da justiça especial. Para assegurar o êxito do sistema, a JEP pretende desprender-se de uma série de fatos puníveis que, por razões materiais, não representam graves violações aos DDHH. Nesta ordem de ideias, o sistema parte da concessão de anistias e indultos aos presos políticos (Sala de Anistia ou Indulto); da renúncia à persecução penal como forma de tratamento simétrico ou diferenciado, equilibrado e simultâneo daqueles indivíduos sujeitos à JEP que, constitucionalmente, não podem ser anistiados nem podem

receber indulto, uma vez que não seriam presos políticos (Sala de Definição das Situações Jurídicas), tal como é o caso dos membros da força pública. ⁽¹¹⁾ As condutas mais graves e representativas serão conhecidas dentro da JEP, especialmente pelo Tribunal Especial para a Paz, com base em um modelo de três níveis de determinação da pena, à luz do nível de colaboração ou não do processado com o sistema. ⁽¹²⁾

Espera-se, ansiosamente, que tanto a JEP quanto os demais componentes que formam o Sistema Integral de Justiça Transicional possam satisfazer a totalidade dos direitos das vítimas e esclarecer os diversos níveis das graves violações aos DDHH, assim como as infrações ao Direito Internacional Humanitário que a Colômbia experimentou em mais de seis décadas de conflito armado interno.

Notas

- (1) ACOSTA, Juana Inés; ÁLVAREZ, Lina. Las líneas lógicas de investigación: una contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al juzgamiento de los crímenes de sistema en marcos de justicia transicional. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2011, 57-87.
- (2) Pode-se encontrar um estudo detalhado sobre a contribuição dessas reformas constitucionais para a implementação de um sistema integral de justiça transicional em: TARAPUÉS, Diego (Coord.). *Justicia transicional, reforma constitucional y paz: reflexiones sobre la estrategia integral de justicia transicional en Colombia*. Editorial Biblioteca Jurídica Diké/Editorial USC, 2017.
- (3) Sobre isso, veja-se: AMBOS, Kai (Coord.). *Justicia de transición y constitución I*. Bogotá: CEDPAL, TEMIS, 2014. AMBOS, Kai; STEINER, C. (Coords.). *Justicia de transición y constitución II*. Bogotá: CEDPAL, TEMIS, 2015.
- (4) UPRIMNY, Rodrigo; SÁNCHEZ, Luz María; SÁNCHEZ, Nelson Camilo. *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Dejusticia, 2014, pp. 21 e ss.
- (5) Ato Legislativo 01 de 2017, Art. transitório 2.
- (6) Ibid. Art. transitório 3.
- (7) Ibid. Arts. Transitórios, do 5 ao 17 e do 23 ao 26.
- (8) Ibid. Art. transitório 18.
- (9) Apesar de que, desde 2012, se tivesse clareza quanto à possibilidade de implementação de mecanismos extrajudiciais para garantir o dever de investigar e buscar a culpa, não havia ainda nenhuma regulamentação clara que contemplasse explicitamente esses tipos de medidas. Do negociado em Havana, é possível visualizar, ao menos, duas alternativas de sanção extrajudiciais: a prestação de serviço comunitário por parte das pessoas dadas como culpadas, no contexto e em razão do conflito armado, pela “Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas”, assim como a participação ativa no processo de limpeza e descontaminação dos territórios repletos de minas, artefatos explosivos improvisados, munições abandonadas e outros restos da guerra.
- (10) Ibid. Art. transitório 6.
- (11) Ibid. Art. transitório 21.
- (12) Aqueles que reconhecerem, de maneira inicial e oportuna, a verdade dos fatos e sua responsabilidade, receberão de 2 a 5 anos de pena restritiva de liberdade; aqueles que reconhecerem até antes da sentença, receberão de 5 a 8 anos de pena privativa de liberdade; aquele que não reconhecer a verdade ou a sua responsabilidade, sendo condenado em um processo dispositivo (com respeito aos direitos das partes), receberá de 15 a 20 anos de pena restritiva de liberdade. Veja-se o *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, 24 de noviembre de 2016”, pp. 164-165. Disponível em: <<http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>> Acesso em: 30 out. 2017.

Diego Fernando Tarapués Sandino

Doutorando em Direito pela Georg-August-Universität
Göttingen, Alemanha.

Professor da USC – Universidad Santiago de Cali, Colômbia.
Advogado.

Tradução

Raquel Lima Scalcon

Doutora em Direito pela UFRGS.

Estéfano Risso

Graduando em Direito na UFRGS.

Carreiras criminais, continuidade heterotípica e genocídio: os problemas estatísticos e estruturais da reincidência no Brasil

Vinicius de Almeida

Como bem detalha matéria da Agência Lupa publicada em 2016,⁽¹⁾ os dados sobre reincidência criminal no Brasil são extremamente díspares, a depender da pesquisa. Vejamos: em 1989 os pesquisadores **Sérgio Adorno** e **Eliana Bordini** fizeram um levantamento com todos os sentenciados libertados da penitenciária do Estado de São Paulo entre 1974 e 1976, e utilizando o conceito de recidente penitenciário, o resultado foi de 46,03%. Em 1991, outro estudo produzido pela dupla trabalhou com o conceito jurídico de reincidência e chegou a uma taxa de 29,34% no sistema de justiça criminal paulista.

Em 1994, o Censo Penitenciário Nacional concluiu que 34,4% dos apenados eram reincidentes. Em 1999, a pesquisadora **Julita Lemgruber** produziu um estudo no antigo Departamento do Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro (Desipe), no qual acompanhou uma amostra de 5% do total de apenados do sistema prisional carioca; e a taxa de reincidência penitenciária encontrada foi de 30,7% (31,3% para homens e 26% para mulheres).

Em 2001, o pesquisador **Túlio Kahn** produziu um estudo sobre reincidência penal para o Estado de São Paulo e apontou que a taxa havia sido de 50% em 1994; 45,2% em 1995; e 47% em 1996. No mesmo ano, o relatório de gestão publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, citou que a reincidência criminal em 1 de janeiro de 1998 era de 70%. Em 2008, o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário utilizou essa informação, e divulgou que a taxa de reincidência dos detentos chegava a 70% ou 80%, conforme a unidade da federação.

Em parceria firmada em 2015 com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada (IPEA) analisou 817 casos em cinco estados (AL, MG, PE, PR e RJ) e constatou que, entre eles, houve 199 reincidências criminais. Assim, a taxa de reincidência legal, calculada pela média ponderada, foi de 24,4%.

A disparidade entre os dados está fundada principalmente na questão metodológica do conceito de reincidência utilizado em cada pesquisa. Existem basicamente quatro tipos de reincidência que servem como parâmetro para esse tipo de levantamento: a *reincidência genérica*, que ocorre quando há mais de um ato criminal, independentemente de condenação ou mesmo autuação; a *reincidência legal*, extraída dos artigos 63 e 64 do Código Penal, pela condenação judicial por novo crime até cinco anos após a extinção da pena anterior; a *reincidência penitenciária*, quando um egresso retorna ao sistema penitenciário por nova condenação ou prisão cautelar; e a *reincidência criminal* (em sentido estrito), quando há mais de uma condenação, independentemente do prazo estabelecido pela legislação.

Se quisermos investigar em sua totalidade os efeitos da passagem pelo sistema de justiça criminal nas vidas posteriores dos indivíduos, é preciso ir além do conceito de reincidência legal e de suas limitações temporais, e considerar a dinâmica entre o desenvolvimento das carreiras criminais e a percepção efetiva dessas pelo nosso sistema de justiça criminal, bem como suas cifras ocultas.

Paratanto, uma ferramenta possível é a *criminologia desenvolvimental*.

⁽²⁾ Os estudos dessa área começaram em meados do século XX e já se estendem por décadas, com o objetivo de analisar a criminalidade

a partir de uma perspectiva longitudinal, ou seja, acompanhando os indivíduos e suas trajetórias de vida ao longo do tempo. Assim, permite-se uma investigação pormenorizada do desenvolvimento das chamadas *carreiras criminais*, que se afasta das tradicionais proposições etiológicas unidimensionais e estáticas, e permite um olhar mais complexo e interdisciplinar do fenômeno criminal.

Tais pesquisas investigam fatores e processos de engajamento, agravamento, especialização, duração, compartilhamento e desistência nas carreiras criminais, o que contribui para a construção de modelos de intervenção criminológica de maior aporte empírico. Em suma, a criminologia desenvolvimental propõe “*uma análise dinâmica e longitudinal do comportamento delitivo, inserido no curso vital do indivíduo e em suas muito distintas/mutantes etapas, com vistas a descrever sua gênese, curso e desenvolvimento*”.⁽³⁾

Nesse sentido, a criminologia desenvolvimental é uma ferramenta indispensável ao estudo da *reincidência*, pois essa está diretamente ligada ao conceito de *carreira criminal*. A carreira criminal é basicamente a trajetória de infrações de um determinado indivíduo em seu curso de vida, constituída pelo engajamento com o primeiro ato praticado, e pelas várias mudanças em sua dinâmica de ação até o fim da carreira, que pode se dar por desistência espontânea, incapacitação física ou morte.

A reincidência é o marco constitutivo das chamadas *carreiras persistentes*, aquelas nas quais o comportamento desviante não é superado pela desistência espontânea, e assim persiste ao longo do curso de vida do indivíduo.

Entretanto, a reincidência não se dá necessariamente de maneira específica, podendo se manifestar dentro da carreira pela prática de diversos tipos penais. Tal situação foi conceituada como *continuidade heterotípica* ou *coerência comportamental*.⁽⁴⁾ Ainda que haja desistência de um tipo específico de desvio, o comportamento desviante continua a ser empreendido em outras formas, de acordo com o desenvolvimento individual e as condições materiais de oportunidade para a prática dessas.

Processos dinâmicos de especialização e/ou agravamento da conduta criminal (por exemplo, do furto de loja para o roubo à mão armada; do tráfico de drogas para o homicídio), são comuns dentro dessas carreiras, especialmente no Brasil, e isso se constitui um grave problema à percepção da reincidência. Isso porque a taxa de esclarecimento e resolução de infrações penais em nosso país se restringe a uma parcela reduzida de tipos e quase não atinge aqueles mais graves/violentos;⁽⁵⁾ e o próprio sistema penal, por sua vez, impulsiona os processos de especialização e agravamento das carreiras criminais através de seus mecanismos de rotulação, estigmatização e sujeição criminal.⁽⁶⁾

Desse modo, o sistema discursa seu sucesso omitindo e distorcendo seu fracasso: ao mesmo tempo em que se prova absolutamente incapaz de perceber e processar a criminalidade mais grave e violenta, como é o caso dos homicídios;⁽⁷⁾ este sequestra jovens desviantes envolvidos em ilícitos de baixo potencial ofensivo, e impulsiona o agravamento das suas carreiras criminais submetendo-os à instituições penitenciárias notavelmente criminógenas e descoladas dos pretensos

fins declarados de prevenção especial positiva da pena.

Os egressos são devolvidos ao livre convívio na sociedade com possibilidades de convivência para além da atividade criminal extremamente reduzidas, restando-lhes a tendência de especialização e agravamento violento de suas carreiras criminais. E ao passo em que se agrava violentamente a carreira, menores são as chances dessa atividade ser percebida pelo sistema de justiça criminal, fechando assim um ciclo perfeito de perversidade e cinismo: piora-se a condição social dos egressos, lança-se os mesmos em carreiras mais graves e violentas; e dada a absoluta incapacidade de perceber-se formalmente as consequências trágicas da intervenção, assume-se que esses foram “ressocializados” e estão, finalmente, livres da reincidência.

Outro fator que pode aparentar um sucesso para o sistema em seus fins autodeclarados de ressocialização, mas que na verdade é expressão clara da tragédia social que esse representa, é a questão da interrupção da carreira criminal por morte. Sem o cruzamento de dados do sistema de justiça criminal com os registros de óbitos, o indivíduo que à primeira vista no levantamento estatístico deixou de delinquir espontaneamente pode, de fato, estar morto.

Na realidade brasileira, esse procedimento metodológico é indispensável, posto que a principal clientela do sistema de justiça criminal é também a parcela da população que representa a maior parte das vítimas de assassinato.

Em 2014, negros e pardos representavam 61,67% da população prisional, enquanto que entre a população geral brasileira eram 53,63%. Jovens entre 18 e 29 anos representavam 55,07% da população prisional, enquanto que na população geral brasileira eram apenas 18,9%.⁽⁸⁾ Dos 60.474 homicídios registrados no país no mesmo ano de referência, 32.436 vitimaram jovens de 15 a 29 anos de idade, 53,64% do total. No mesmo período, a taxa de homicídios por 100 mil habitantes negros foi de 38,5; enquanto que para os habitantes não negros essa foi de 16,0.⁽⁹⁾

Assim, o jovem negro torna-se o principal alvo do sadismo do Estado: é estruturalmente marginalizado; seletivamente atirado às masmorras do sistema penitenciário já no começo da vida adulta; e, na prisão, núcleo principal de arregimentação de novos soldados do crime organizado, é obrigado a se alistar por uma questão de sobrevivência momentânea. Ato seguinte, será provavelmente assassinado na Guerra às Drogas assim que posto em liberdade. Uma vez morto, obviamente não constará mais nas estatísticas de reincidência.

O cenário é trágico e as possibilidades de mudança patrocinada pela (re)legitimação do sistema penal são impossíveis. Seus fins expressos de prevenção da criminalidade, solução de conflitos e promoção da segurança pública são instantaneamente desmistificados

ao primeiro exame da realidade. Quanto à reincidência, o fracasso da pretensa ressocialização é varrida para baixo do tapete pelo diversionismo frente aos crimes graves e violentos, e pelo genocídio imposto ao setor demográfico predileto da intervenção penal.

As dificuldades em se aferir a reincidência no sistema penal brasileiro não são mera falha humana ou incompetência dessa ou de outra gestão governamental, mas sim um sintoma do quadro metastático em que se encontra nossa política criminal há décadas. Os problemas são estruturais e têm causa na sua funcionalidade aos fins latentes do sistema penal. Portanto, a insistência em uma possível solução que é, ao mesmo tempo, a causa do problema; trata-se de um atentado aos princípios mais básicos da lógica formal. Assim, se o sistema penal é hoje a principal incubadora de carreiras criminais persistentes cada vez mais graves e violentas, a solução radical – aquela que corta o mal pela raiz – só pode ser a sua total abolição.

Notas

- (1) A matéria apresenta as referências diretas das diversas pesquisas e dados aqui mencionados. Disponível em: <<http://bit.ly/2s9L4VD>>. Acesso em: 08 set. 2017.
- (2) Para um panorama geral e indicações bibliográficas da criminologia desenvolvimental, ver FARRINGTON, David P. Life-course and developmental theories in criminology. *The Sage handbook of criminological theory*, p. 249-269, 2010.
- (3) BAZON, Marina Rezende et al. Adolescentes em conflito com a lei, padrões de comportamento infracional e trajetória da conduta delituosa: um modelo explicativo na perspectiva desenvolvimental. *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, n. 5, 2015, p. 62.
- (4) MOFFITT, Terrie E. Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: a developmental taxonomy. *Psychological review*, v. 100, n. 4, 1993, p. 679.
- (5) Segundo dados do INFOPEN, no ano de 2014 os crimes contra o patrimônio e os crimes relacionados à Lei de Drogas somados representavam 74% das condenações dos presos brasileiros, enquanto que os crimes contra a vida representavam apenas 13%. Disponível em: <<http://bit.ly/2b7osLz>>. Acesso em: 12 out. 2017.
- (6) Sobre os efeitos da intervenção penal na dinâmica das carreiras criminais, ver ALMEIDA, Vinicius de. *Elevação da maioridade penal: uma provocação de política criminal à luz da neurociência e da criminologia desenvolvimental*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2017. p. 70 e ss. Disponível em: <<http://bit.ly/2y2iMzR>>.
- (7) Segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público, 79% dos inquéritos sobre homicídio abertos no Brasil até 2007 foram arquivados sem resolução. No Rio de Janeiro, a taxa de arquivamento é de escandalosos 96%. Disponível em: <<http://bit.ly/2y7tAgU>>. Acesso em: 26 out. 2017.
- (8) Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Dezembro de 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/2b7osLz>>. Acesso em: 12 out. 2017.
- (9) Dados do Atlas da Violência 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2yh4hWC>>. Acesso em: 12 out. 2017.

Vinicius de Almeida

Bacharel em Direito pela UNESP, Franca.
Advogado.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.

COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana
Bragagnollo, Danilo Dias Ticami e Roberto Portugal de Biazzi.

EDITORES IBCCRIM: Rafael Vieira, Taynara Lira e Williams Meneses.

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda Filho, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, André Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emília M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Frederico Manso Brusamolín, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Sugimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anhê Andorffato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Lévio Scattolini, Luan Nogueiras Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Gervitz, Luiza Guedes Piráquina, Manoel Alves da Silva Junior, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Chies, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene

Cristina Santos, Octavio Orzari, Pedro Beretta, Pedro Augusto Simões da Conceição, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael de Souza Lira, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Rosa Cantal, Salomão Shecaira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippi, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vitor Hugo da Silva, Vinicius Vasconcellos, Wilson Tavares e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Maurício, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaf, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Monea, Frederico Manso Brusamolín, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, Karen Regina Amorim Carmo, Luana Oliveira, Ludmila Bello, Marcela Vieira da Silva, Matheus Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Fernandes, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto Mendes Valadao, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Felix, Thais

Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

RESPONSÁVEL PELA ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Roberto Portugal de Biazzi.

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.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: 4.500 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

Resenha e considerações sobre o livro “A violência no coração da cidade: um estudo psicanalítico”

Fernanda Costa Barreto e Júlia Lambert Gomes Ferraz

Analizamos neste artigo o livro *A violência no coração da cidade: um estudo psicanalítico*, de **Paulo Cesar Endo**. A escolha se deve ao novo olhar proposto para se analisar como a violência afeta os indivíduos na sociedade. O livro, reconhecido pelo prêmio Jabuti em 2006, é uma importante contribuição da psicanálise para os estudos sobre violência, especialmente para a criminologia. Para organizar a resenha, realizamos três subdivisões que acompanham a organização do livro: O corpo – a violência e a cidade; O estudo psicanalítico da violência – a violência no estudo de **Freud**; e O corpo e a cidade.

Parte I – O corpo: A violência e a cidade

Nesta primeira parte, o autor traça o cenário da violência na cidade de São Paulo ao final da década de 90, com o objetivo de entender as possíveis causas históricas e políticas geradoras dos altos índices de violência e desigualdade. Em 1997, o Brasil contava com uma taxa geral de homicídio de 24,9/100 mil habitantes, sendo a taxa masculina bastante superior à feminina: 80,4 mortes e 6,4 mortes a cada 100 mil, respectivamente. O índice ultrapassava os de países que enfrentavam situação de conflito armado no mesmo período, como Croácia, Eslovênia, Irlanda do Norte e Israel.

Se os índices brasileiros já se mostravam preocupantes, na cidade de São Paulo o quadro era ainda pior: em 1999, a taxa geral de homicídios do município foi de 66,89/100 mil habitantes. Além disso, foi constatada uma variação muito grande dos índices a depender do distrito da cidade que se tomava como referência; por exemplo, Moema e Jardim Ângela. Enquanto o primeiro apresentou taxa de 4,11 homicídios/100 mil habitantes, número próximo aos encontrados em países como Itália, Hungria e Finlândia, o Jardim Ângela revelou índice de 116,23 homicídios/100 mil habitantes, fazendo da região a mais violenta do mundo (ONU, 1995). A taxa da Colômbia – que à época estava no auge da guerra contra o narcotráfico – era de 74,4 homicídios /100 mil.

Endo relaciona os índices de violência com as notas socioeconômicas das sub-regiões paulistanas. No início dos anos 2000, os 5 distritos mais bem posicionados em notas socioeconômicas estavam também entre os 15 com as menores taxas de homicídio. Em contrapartida, os 3 distritos com as menores notas socioeconômicas eram os três com as maiores taxas de homicídio. À época, 85% da população paulistana estava vivendo em áreas de exclusão social, o que torna evidente a impossibilidade de se estudar a violência em São Paulo sem levar em conta a desigualdade social.

Colocadas essas premissas, **Endo** se volta à análise das origens históricas da desigualdade na cidade de São Paulo. Partindo do início do período pós-colonial, averigua como as estruturas hierárquicas do regime escravocrata puderam se manter vivas na cidade e de que forma estruturaram a desigualdade. Com a abolição da escravidão, novas maneiras de se justificar o racismo precisaram ser encontradas. Isso se deu por meio da ciência, com o desenvolvimento de teorias neodarwinistas voltadas à criação de

argumentos científicos que comprovassem inferioridade biológica da raça negra em relação à branca. Conjuntamente a isso, o projeto de “Estetização da Democracia Racial”, iniciado em 1930, auxiliou na criação do mito do “Brasil cordial”, segundo o qual as relações raciais seriam essencialmente pacíficas. A ideia de que os brasileiros seriam todos mestiços se tornou propaganda principal do projeto que pretendia maquiagem as profundas desigualdades do período colonial. Pouco tempo depois, na década de 50, a “Pardicização” foi promovida com a inclusão do termo “pardo” no censo de 1950, o que, para **Endo**, serviu como salvaguarda contra o reconhecimento de uma sociedade brasileira cindida e predominantemente negra.

Nas palavras de **Tereza Caldeira**, vivemos em uma “Democracia Disjuntiva” resultante da tentativa frustrada de conciliação da nova “cidadania para todos” com resquícios da escravidão. Especificamente na cidade de São Paulo, atrela-se a essa formação de país cindido um intenso processo de privatização do espaço urbano, que se insere primordialmente nos espaços de poder constituídos pela *segurança pública* e pela *especulação imobiliária*. No tocante à primeira, **Endo** relata que durante as entrevistas que realizou em São Paulo, se deparou com alto índice de aprovação de modelos de segurança pública estilo “Rota na rua” pelos entrevistados. Essa ampla aceitação social foi revelada, também, durante as eleições para governador do Estado de São Paulo no ano de 2002, quando não apenas o candidato da direita, Paulo Maluf, se utilizou do lema, mas também o candidato do Partido dos Trabalhadores, José Genuíno.

Sobre o tema da letalidade policial, **Endo** analisa a relação das mortes ocasionadas pela atuação policial no ano de 1999 e o perfil de suas vítimas: 55,5% sem antecedentes criminais; 28% na condição de suspeitos; 11% menores de idade e 19% apresentavam perfurações apenas nas costas. Passados mais de dez anos, a letalidade policial continua sendo um grave problema. Segundo dados atualizados do Atlas da violência, as polícias de São Paulo e do Rio de Janeiro são as mais letais do país; e a soma dos homicídios cometidos por ambas no ano de 2011 (961 mortes) ultrapassou em 42% o número de execuções por pena de morte ocorridas no mesmo ano em todos os vinte países que ainda possuem tal previsão legal em seu ordenamento jurídico (IPEA, 2016).

Já no que tange à especulação imobiliária, o espaço urbano de São Paulo passou por um intenso processo de privatização, que vem desde as suas origens. A instalação de uma dinâmica privatista na organização da cidade foi responsável pela sua cisão entre o que **Raquel Rolnik** denominou de *Cidade Formal* e *Cidade Clandestina*: aquela, correspondente a tudo aquilo que é bom, limpo, formal, legal e rico – destinada a apenas 15% da população –; e esta última, a tudo o que é mau, sujo, informal, ilegal e pobre – comportando 85% dos paulistanos. A fabricação dessa cidade cindida não é um fenômeno recente, mas faz parte de um projeto antigo de cidade, iniciado já em 1900 com a edição da Lei 498/1900, que instituiu as chamadas “Vilas Operárias”. Tal política incentivou empresários a construir “casas

higiênicas” em terrenos longínquos mediante a garantia de isenção tributária. Exemplo bastante conhecido de privatização do espaço urbano foi a instalação da Companhia City em São Paulo, empresa que veio ao Brasil para salvar seus investimentos da recessão trazida com o fim da 1ª Guerra Mundial. Um ano após a sua instalação, a empresa já acumulava cerca de 37% de toda área urbana da cidade. Outra empresa de capital estrangeiro que monopolizou setores importantes paulistanos foi a Companhia Light, que concentrou em pouco tempo todos os serviços básicos da cidade, como o fornecimento de gás, eletricidade, telefonia, transporte urbano e água.

Ao Estado ficava reservada a responsabilidade de elaborar leis que servissem de suporte à especulação privada. Um dos casos mais notórios foi a criação dos tipos penais da “vadiagem”, “embriaguez” e “desordem”. Segundo **Endo**, tratavam-se de categorias jurídicas direcionadas ao controle e à retirada do espaço público de pessoas consideradas “*vagabundos, os insaciáveis parasitas de todas as sociedades, as imprudentes sanguessugas (...)*” (Chefe de Polícia da Capital em 1892). Apesar da redação neutra, a lei se voltava especificamente à população negra recém alforriada, os chamados “negros vadios”. Não à toa, esse setor da população passa a compor a maioria dos encarcerados, em proporção duas vezes maior do que a sua incidência na população à época.

Parte II – O estudo psicanalítico da violência: a violência no pensamento de Freud

Paulo Endo traz a contribuição de **Freud** para entender a violência no psiquismo do ser humano e como o contexto da violência impacta a subjetividade do sujeito, sendo indiferente para o seu estudo se este sujeito é agressor ou vítima.

Nos estudos de **Freud**, o trauma (qualquer acontecimento que cause choque no ego) é o agente que perturba o ego e o transforma em neurose: forma de “transportar” o sofrimento do ego para o corpo, um mecanismo de defesa do psiquismo que reflete no corpo e causa a sua perturbação. A neurose é a tentativa da psique de acabar com o sofrimento por meio de um “esquecimento” (recalque) da realidade, um quase rompimento com a consciência. **Freud** aponta esse rompimento com a linguagem uma das consequências do trauma; por isso, quando o recalque é superado (posto para fora) ajuda não só a psique como também o corpo neurótico. A partir dessas premissas, **Endo** teoriza a neurose de guerra, que ocorre mediante um trauma físico imposto a um corpo com o ego já traumatizado, tornando os sobreviventes obedientes, sem desejos e orientados à continuidade da destruição; e, portanto, úteis aos interesses do Estado, que, em estado de guerra, subverte seu dever de garantir a preservação de lugares e a autonomia dos indivíduos, para se tornar tirano e articulador da destruição e obediência. A neurose de guerra pode causar a perda das defesas tanto do ego quanto do corpo, que apenas respondem ao instinto de sobrevivência, provocando até mesmo a ausência do sentimento de medo e angústia, importantes para o corpo permanecer alerta e se proteger do objeto de horror.

Mas nem todas as violências no corpo são respostas de traumas; algumas podem vir pela busca do prazer. A agressividade é pacificada no momento do ato sexual, segundo **Breuer** (1895 apud **Endo**, 2005). O sadomasoquismo, diferente da neurose que surge para defender o ego e provoca uma reação corporal, é uma perturbação para excitar e trazer gozo sexual, que rearranja a realidade segundo o princípio do prazer (ego-prazer), ao mesmo tempo que o mundo exterior coincide com o desprazer (ego-realidade). É o triunfo do ego-prazer sobre o ego-realidade, já que no sadomasoquismo o outro é objeto e realidade.

Outro aparelho importante para a violência contra o ego é o superego, que surge na segunda tópica de **Freud** (1923). É o “ideal

do eu”, o resultado da castração, que, de forma reativa, ataca o ego para enfraquecê-lo ou destruí-lo, trabalhando a serviço do id (comportamento instintivo/ busca do prazer) e da busca do Nirvana (o “desejo de não desejar”, um prazer psíquico do qual não se tem angústia ou dor e que, para atingi-lo, é justificável eliminar qualquer obstáculo, inclusive a vida e a realidade), a consequência do excesso de destruição, com que o ego não conseguiu lidar. Uma das ações do superego é o pensamento em comunidade (acordos, normas, leis, arte, cultura e lazer), ação que castra o ego dos seus prazeres individuais para atender desejos estrangeiros (da civilização). A cultura é a gênese e maior radicalização do superego, que também pode ser observado nos sentimentos de medo e culpa, que fazem os indivíduos se unirem em comunidades. Por isso, viver em sociedade causa um certo mal-estar, já que o indivíduo não pode gozar de todo o prazer individual e, portanto, a cultura da sociedade é sempre algo que não consegue de fato expressar o desejo do cidadão.

Assim como o superego exerce essa sensação dual (prazer na destruição do ego), a teoria de pulsões de **Freud** relaciona que a pulsão de vida (libido) orienta o sentido da pulsão de morte e indica seu destino: para fora (pulsão de destruição e sadismo) ou para dentro (masoquismo). Portanto, a violência se apresenta de várias formas na construção do ser-humano; para **Endo** (2005), é importante que a psicanálise as compreenda e não seja dominada por elas.

Parte III – O corpo na cidade

Após a discussão sobre a violência na cidade e na psicanálise, o autor analisa como as violências que acontecem na cidade representam as violências subjetivas banalizadas no cotidiano. Mais do que isso, **Endo** considera que ambas repercutem no corpo do cidadão e na forma como ele se insere e se posiciona nos conflitos na cidade.

A cidade cria espaço onde é possível ferir os sujeitos. O Estado corrobora com suas normas e leis; e ao criar lugares traumatizantes, por sua desregulação e ausência de proteção. A mídia contribui com a propagação da violência, traumatizando ao colocar a todos como expectadores involuntários de atrocidades. Especificamente sobre o município de São Paulo, **Endo** o considera como uma grande área de risco de violência devido ao seu processo histórico e à dualidade dos seus bairros (centrais e periféricos, limpos e sujos, bonitos e feios etc.). A ocupação da cidade se torna intranquila e insegura, tornando a violência tão banal que todo mundo se previne e se prepara para ela.

Para compreender e ilustrar o sentimento do cidadão paulistano, **Endo** realizou algumas entrevistas. Nelli, uma holandesa que milita pelos direitos humanos no Brasil, conta seu horror e espanto ao ver uma pessoa morta, sangrando na rua, ao lado de crianças brincando. Toda cena de horror traumatiza; e parece socialmente inadmissível que diante de uma cena de horror não se comente/ reaja. Seu espanto decorreu da solidão de não ter com quem compartilhar do horror, já que o restante percebia a cena com neutralidade e indiferença.

O insuportável muitas vezes volta em sonhos, como é o caso do André do Rap, sobrevivente do massacre do Carandiru, também entrevistado por **Endo**, que tem sonhos traumáticos sobre o dia. Relacionando o caso à teoria de **Freud**, a repetição é o retorno da dor e da angústia no ego, a “vitória” do princípio de sobrevivência sobre o princípio do prazer.

Apartir das entrevistas, **Endo** pondera que quanto mais ignoramos a violência que praticamos, mais nos tornamos insensíveis à violência sofrida. Isso acontece, segundo **Freud**, devido à nossa dificuldade de lidar com a pulsão de destruição: quanto mais sofremos violências, mais nos tornamos passivos, dificultando a percepção do nosso modo ativo na violência que atinge.

A banalização da violência se revela quando se torna impossível imaginar uma cidade grande sem violência, sendo, em até certo grau, razoável praticá-la, principalmente para combater “os violentos”. Ativa-se na sociedade um instinto de sobrevivência no qual valores e princípios adormecem. Mas, se na hora da execução de determinada ação o instinto de sobrevivência “vence”, o superego tortura o ego pela culpa do “preço que foi pago” (derrota do princípio do prazer). Para o superego, a morte era melhor do que a sobrevivência sem a manutenção dos valores.

A banalização da violência também se dá pela divulgação maciça de imagens e notícias. As pessoas consomem a violência como entretenimento, sem compromisso com a informação e com seu potencial doloroso e traumático; por isso, é comum as pessoas, ao sofrerem violência, falarem “nunca imaginei acontecer comigo”, já que a quantidade de violência consumida faz a pessoa sentir menos impacto e se relacionar cada vez menos com vítima e agressor. Quando se transmite no noticiário algo violento e em seguida passa para o futebol, instaura-se a lógica de que a violência é um assunto rotineiro, a que o telespectador não deve se ater; colocando-se o drama do acontecimento em segundo plano. Nessa perspectiva, **Endo** questiona se há de fato distância entre o telespectador e o autor da agressão.

Há debates sobre a regulamentação do uso da violência pela mídia, mas ainda é difícil conseguir alguma transformação, porque a violência na mídia é um “crime perfeito”: não há culpado, já que todos (público e mídia) são. O espectador imóvel no sofá projeta seus sonhos traumáticos e desejos secretos nas imagens vistas e, por isso, a mídia é um parceiro sadomasoquista perfeito, podendo ser o dominado ou o dominador, a depender da fantasia de quem lê ou assiste. Para esse fenômeno midiático violento ser socialmente aceito, é necessário que essas ligações sadomasoquistas permaneçam em segredo e ignoradas; por isso, a importância da veiculação pública (ao qual todos têm acesso e também assistem concomitantemente) e privada (minhas motivações são inconfessáveis e o televisor não tem nenhum interesse em saber).

Em contrapartida, a escuta com atenção à história dos outros pode provocar de fato uma comoção. Para **Endo**, o testemunho é decisivo como organizador das proposições teóricas. Nesse sentido, ele relata sua experiência no Fórum de Defesa da Vida Contra a Violência⁽¹⁾ do Jardim Ângela, local em que acompanhou os debates abertos por dois anos como parte de estudo para esse livro. **Endo** explica que a escolha do Fórum para a pesquisa se deu devido ao trabalho que realiza no combate à violência em sua acepção mais ampla, e não por meio de recortes específicos (mulher, crianças, etc) como geralmente faz a maioria das ONGs paulistanas). O testemunho para a ONG tem um valor igual a qualquer outro saber, por isso, ela proporciona um espaço onde o corpo sujeito à violência pode desabafar, exigir e não se calar. O Fórum realiza também a Caminhada pela Paz e pela Vida, que percorre a estrada do M’boi Mirim até o cemitério São Luís, onde muitas vítimas de homicídios estão enterradas. A polícia ironicamente está presente na caminhada, com pressa em liberar o trânsito, já que um dos seus incômodos é saber que o evento também lhe é endereçado, pois muitas das mortes decorrem da letalidade decorrente da ação policial. A caminhada ganha seu objetivo político ao celebrar coletivamente a dor individual, proporcionando aos cidadãos serem sujeitos de direitos, e projetar um futuro mais seguro e solidário. **Endo** finaliza destacando a importância do Fórum pela (tentativa de) construção de uma cidade mais humana (que ouve as testemunhas da violência, se indigna e busca uma solução) e por tornar públicas as injustiças e realizar algumas ações para combatê-las.

Considerações Finais

O livro traz importantes contribuições para a criminologia e para a mudança de ótica sobre a violência. **Endo** não se preocupa em analisar a mente do agressor, mas como o ser humano no geral lida com a violência, fugindo de abordagens sobre o psiquismo de parte da criminologia clínica.

Endo, ao analisar o indivíduo, não olha apenas sua capacidade de infringir violência a outrem, mas também a si mesmo, observando os distúrbios que podem vir tanto de fases iniciais, como também de traumas. A análise, no entanto, não busca traçar um padrão, uma identidade daqueles que são violentos, mas, sim, apresentar um arsenal de violências para mostrar que todos podem e cometem violências a partir de pulsões, estímulos e instintos das fases ou condições em que estão inseridos, pois a violência está na interioridade. Isso não nega a existência de psicopatias, mas reforça que todas as pessoas em certo grau são violentas, pois possuem pulsão de morte/destruição e são regidas por um ego que busca prazer e se defende do que é ameaçador.

Na cidade, a violência revela-se cada vez mais banalizada em lugares degradados e corpos que provocam horror ou indiferença a quem os testemunha. A mídia é um ator importante na propagação da violência como rotineira, que cabe entre o futebol e a previsão do tempo. Mais do que algo trivial, a mídia também impõe a violência desde os desenhos infantis até os programas adultos, satisfazendo o desejo sadomasoquista do telespectador, que garante a audiência da violência e a sua continuidade.

Além disso, as cidades se tornam tão violentas e seus habitantes tão receosos e sedentos de respostas rápidas que é criado um alibi para se matar (figurativamente e literalmente) os “corpos matáveis”. Por isso, as ONGs têm o papel importante de denunciar e dar voz aos familiares e vítimas das violências, trazendo um pouco de reflexão e responsabilização social pela violência na cidade. Quanto mais violência sofrida, menor é a percepção da nossa própria violência; dessa forma, somos sempre testemunha, autores e vítimas da violência “*justamente porque a violência é uma experiência intrínseca e fundante do aparelho psíquico é que não haverá meios para o sujeito de não ser, profundamente, marcado por ela*” (**Endo**, 2005, p. 196).

Referências

- ENDO, Paulo Cesar. *A violência no coração da cidade: um estudo psicanalítico sobre a violência na cidade de São Paulo*. São Paulo: Escuta/Fapesp, 2005.
IPEA. *Atlas da violência 2016*. Brasília, 2016. p. 12.

Notas

- (1) O Fórum de Defesa da Vida é uma rede de atores que se organizam suprapartidariamente e inter-religiosamente desde 1996 no Jardim Ângela, quando o bairro foi identificado como o mais violento do mundo. Entre outras atividades, realizam discussões mensais sobre formas de combate à violência e, até 2017, realizaram 22 Caminhadas pela Vida e pela Paz, que ocorrem no dia dos finados no Jardim Ângela.

Fernanda Costa Barreto

Mestranda em Humanidades, Direitos e Outras Legitimidades pela USP.

Pós-graduada em Globalização e Cultura pela FESP-SP.
Graduada em Gestão de Políticas Públicas pela USP.

Julia Lambert Gomes Ferraz

Mestranda em Direito Penal pela USP.

Graduada em Direito pela USP.

Pesquisadora do Centro de Direitos Humanos e Empresas da FGV.

INSCRIÇÕES ABERTAS COMPLIANCE

ACESSE:
[lbccrim.org.br/
compliance18](http://lbccrim.org.br/compliance18)



CURSO INTERNACIONAL

DE 6 DE JUNHO A 3 DE AGOSTO

DOCENTES NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Aulas presenciais ou à distância



UMA PARCERIA DO IBCCRIM
COM A UNIVERSIDADE DE COIMBRA

REALIZAÇÃO:



APOIO:



24º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

28 a 31
DE AGOSTO

Hotel Tivoli Mofarrej,
São Paulo

FALTA POUCO!

Em breve, o 24º Seminário Internacional
de Ciências Criminais abrirá suas inscrições.
Fique de olho para não perder sua vaga!

REALIZAÇÃO:



PATROCÍNIO-MASTER:



JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal

Direito Processual Penal. Prova lícita. Transferência dos sigilos bancário e fiscal entre Fisco e Ministério Público.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, após reconhecer a repercussão geral da matéria, assentou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que autoriza o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial. 2. O acórdão recorrido entendeu que os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias não poderiam ser utilizados no processo penal. Entendimento que contraria a orientação majoritária da Corte, no sentido de que é possível a utilização das informações obtidas pelo fisco, por meio de regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal.

Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STF – 1.ª T. – Ag.Rg. RE 1.057.667/SE – rel. **Roberto Barroso** – j. 27.10.2017 – public. 14.11.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5850**)

Anotação

Compartilhamento de dados bancários obtidos pela Receita, nos termos da LC 105/2001, com o Ministério Público, para fins de instrução penal. Uma inconstitucionalidade não enfrentada no RE 601.314

Maria Cecilia Pereira de Mello

Jurisprudência anotada: A constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 que, além de autorizar, sem prévia decisão judicial, o fornecimento de informações relativas a movimentações financeiras dos contribuintes diretamente à receita, também possibilita o fornecimento desses mesmos dados ao Ministério Público, para fins de instrução processual penal. O entendimento do Supremo Tribunal Federal e a Constituição Federal.

Durante grande parte dos catorze anos de minha judicatura

no TRF da 3ª Região, o Supremo Tribunal Federal foi o meu alento, um sinal de esperança, de garantia do direito do jurisdicionado, muito especialmente quando o inconformismo me assediava em julgamentos onde restava vencida por assegurar a aplicação, ao processo penal, dos direitos e garantias constitucionais. Vencida naquele momento, aguardava pelo entendimento da nossa Corte Constitucional.

Lamentavelmente, minhas expectativas foram mudando.

Embora o aresto a ser comentado seja referente ao Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.057.667, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, há um julgamento que o antecede e que deve ser considerado o pilar estrutural da questão. Trata-se do julgamento do RE 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, onde foi reconhecida a repercussão geral da matéria e a constitucionalidade do art. 6º, da Lei Complementar 105/2001, por entender, majoritariamente, que referido dispositivo “*não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal*”.

O e. Relator Ministro Edson Fachin, não obstante reconhecer que “*do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira*”, destaca entendimento jurisprudencial que reconhece o caráter não absoluto do direito ao sigilo bancário “*quando contraposto às legítimas expectativas de obtenção de receitas públicas*”.

Faço esse destaque porque o voto do e. Ministro Relator Edson Fachin, que reconhece a compatibilidade constitucional do art. 6º, tem caráter essencialmente tributário e arrecadador, observando a adesão, pelo país, a inúmeros tratados internacionais de colaboração e troca de informações fiscais, em um movimento globalizado de transparência comercial, combate à fraude fiscal, evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

Exatamente nessa linha de raciocínio, e como medida garantidora da lisura do procedimento previsto na Lei Complementar 105/01, observa o e. Ministro que o artigo 6º da lei é taxativo, possibilitando o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, exclusivamente se houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. E ainda, que o parágrafo único desse dispositivo determina sejam mantidos em sigilo os dados e documentos assim obtidos.

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal ____ 2109

Compartilhamento de dados bancários obtidos pela Receita, nos termos da LC 105/2001, com o Ministério Público, para fins de instrução penal. Uma inconstitucionalidade não enfrentada no RE 601.314

Maria Cecilia Pereira de Mello

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 2112

Superior Tribunal de Justiça ____ 2112

O julgamento do RE 601.314 não foi unânime. Restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello e, nesse ponto, importante que se destaquem aspectos de extrema relevância de ambos os votos vencidos.

Do voto do e. Ministro Marco Aurélio cabe apontar, de início, o destaque feito no sentido de o julgamento caminhar para uma alteração jurisprudencial da Suprema Corte, consolidada pelo Plenário em 2010, gerando insegurança jurídica e sem que tivesse ocorrido qualquer modificação no texto constitucional. Ademais, ressaltou a rigidez e a supremacia da Carta Federal, bem como a regra estabelecida no inciso XII do artigo 5º, “*uma regra e, para confirmá-la, uma exceção. A regra esta na revelação da inviolabilidade dos dados – gênero –, incluídos, iniludivelmente, os bancários*”. A exceção, por sua vez, contida na previsão de afastamento do sigilo, mas não por uma parte integrante da relação jurídica, e sim “*por ordem judicial, a pressupor a atuação de órgão equidistante quanto ao conflito de interesses, que deverá atentar para outra regra constitucional, a versar que as decisões judiciais devem ser fundamentadas*”, e apenas “*para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”.

Do voto do e. Ministro Celso de Mello, cujo raciocínio foi construído na seara dos aspectos constitucionais tributários, merece ênfase a excepcionalidade de que se reveste a quebra de sigilo, bem como a sua submissão à reserva de jurisdição: “*... a quebra do sigilo bancário – ato que se reveste de extrema gravidade jurídica e que se submete, por isso mesmo, ao postulado da reserva de jurisdição – so deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias*”. E prossegue, “*a inviolabilidade do sigilo de dados, tal como proclamada pela Carta Política em seu art. 5º, XII, torna essencial que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado so possam emanar de órgãos estatais – os órgãos do Poder Judiciário (e, excepcionalmente, as Comissões Parlamentares de Inquérito) –, aos quais a própria Constituição Federal outorgou essa especial prerrogativa de ordem jurídica*”.

Ficou claro, naquela ocasião, que o julgamento do RE 601.314, em caráter de repercussão geral, reitere-se, restringiu sua análise à possibilidade de compartilhamento de informações financeiras dos contribuintes com a receita e exclusivamente para fins tributários. Referido acórdão, em momento algum, fez referência ao compartilhamento dessas informações com o Ministério Público e com o objetivo de instruir o processo penal, questão que apenas foi tangenciada superficialmente ao longo dos debates. Acrescente-se que, julgado improcedente o pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade do art. 6º, da Lei Complementar 105/2001, foram fixadas as seguintes teses quanto ao Tema 225 da repercussão geral:

a) “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”;

b) “A lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter

instrumental da norma, nos termos do art. 144, §1º, do CTN”.

Dentro desse cenário, incabível a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal tenha analisado no RE 601.314 a questão de dispensa da exigência de prévia autorização judicial para o compartilhamento para fins penais, pela Receita com o Ministério Público, de dados obtidos pela primeira, mediante a quebra de sigilo nos termos da Lei Complementar 105/2001.

Não obstante a clareza desse posicionamento, decorrente evidentemente do próprio acórdão do RE 601.314, fato é que, em sentido oposto ao quanto afirmado anteriormente, no julgamento do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.057.667, Rel. Min. Roberto Barroso, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente, conforme acórdão que porta a seguinte ementa:

“**EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR No 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO DE DADOS OBTIDOS PELA RECEITA FEDERAL PARA INSTRUÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE.**

1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, após reconhecer a repercussão geral da matéria, assentou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar no 105/2001, que autoriza o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial. 2. O acórdão recorrido entendeu que os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias não poderiam ser utilizados no processo penal. Entendimento que contraria a orientação majoritária da Corte, no sentido de que é possível a utilização das informações obtidas pelo fisco, por meio de regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento.”

O e. Relator Ministro Roberto Barroso, além do acórdão do RE 601.314, traz como fundamento do seu voto o entendimento daquela Corte de ser possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal para fins de instrução penal constante do ARE 998.818, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, e do ARE 953.058, Rel. Min. Gilmar Mendes, destacando, dessa última decisão, o seguinte trecho:

“...

Ademais, a teor do art. 198, § 3º, inciso I, do Código Tributário Nacional (com redação dada pela Lei Complementar 104/2001), não é vedada a divulgação de informações, para representação com fins penais, obtidas por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Dessa maneira, sendo legítimos os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal. Sobretudo, quando se observa que a omissão da informação revelou a efetiva supressão de tributos, demonstrando a materialidade exigida para configuração do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, não existindo qualquer abuso por parte da Administração Fiscal em encaminhar as informações ao Parquet...”

As duas decisões citadas – ARE 998.818, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, e ARE 953.058, Rel. Min. Gilmar Mendes – e que fundamentam decisão de tão imensa relevância, são, na verdade, duas decisões monocráticas dos respectivos Ministros que se direcionam no sentido da possibilidade de compartilhamento de dados, entre a Receita e o Ministério Público, partindo da premissa de que a matéria tivesse sido tratada no RE 601.314, em caráter de repercussão geral. Mais ainda, mencionadas decisões monocráticas, trazem outra decisão por fundamento: ARE 939.055, também de natureza monocrática e de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

Essas decisões monocráticas apresentam o mesmo contorno em termos de fundamento, após referirem-se ao julgamento do RE 601.314 e destacarem o reconhecimento da repercussão geral da decisão, asseveram a compatibilidade do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, em relação ao afastamento do sigilo bancário pela Receita Federal, sem prévia autorização judicial, promovido nos termos do art. 6º da Lei Complementar 105/2001. Nessa linha, sustentam que o sigilo dessas informações foi mantido no âmbito processo judicial, submetido que está ao segredo de justiça, não havendo qualquer óbice na sua divulgação para fins penais, até porque o art. 198, § 3º, inciso I, do Código Tributário Nacional não veda a divulgação de informações dessa natureza, para fins de representação penal, eis que legalmente obtidas, ou seja, obtidas dentro do espectro de competência e atuação da Fazenda Pública. Dessa forma, tendo sido a prova obtida de forma lícita no bojo do processo administrativo fiscal, lícita também a sua utilização para fins da persecução criminal.

Já reiterarei inúmeras vezes o meu posicionamento no sentido de que a quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à prévia avaliação judicial, cabendo ao magistrado competente motivar concreta e fundamentadamente a sua decisão, nos exatos termos dos arts. 5º, inciso XII, e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Dessa forma, não poderia a Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo e tributário, sem competência constitucional específica, sequer ter acesso e fazer uso para fins fiscais de dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial. Entretanto, se essa possibilidade não comporta discussão neste momento, mesmo representando uma inversão em matéria processual, por ter restado pacificada com o julgamento do RE 601.314, o mesmo não pode ser dito quanto ao compartilhamento dessas informações com o Ministério Público para fins penais, tema que, repito, sequer foi abordado no julgamento do RE 601.314, que vem alicerçando decisões monocráticas como se tivesse analisado e discutido amplamente a matéria em seu contorno penal.

Se o levantamento do sigilo bancário, na esfera administrativa e para fins fiscais, acabou sendo flexibilizado em benefício da transparência, da globalização, das regras internacionais de *compliance*, de combate à sonegação tributária e à evasão de divisas, em matéria penal não vislumbro absolutamente essa possibilidade, sem que se faça uma verdadeira reforma constitucional. A quebra de sigilo bancário, no meu entender, atinge um direito fundamental do cidadão e, em matéria penal, vai mais além porque atinge o âmago desse direito, colocando em risco a própria liberdade. Flexibilizar o compartilhamento de dados obtidos sem autorização judicial e, portanto, sem conhecimento,

decisão, qualquer balizamento ou fundamentação por parte do magistrado competente, parece ferir frontalmente o devido processo legal, aniquilando o necessário equilíbrio que deve haver no processo penal constitucional. Somente pode-se avaliar a necessidade, razoabilidade e proporcionalidade de uma medida de quebra de sigilo, notadamente para fins penais, por meio do devido processo legal, com atuação prévia do Poder Judiciário (princípio de reserva de jurisdição), tal como determina a Constituição Federal.

Apesar de a Lei Complementar 105/2001, em seu artigo 10, estabelecer que a quebra de sigilo, fora das hipóteses ali autorizadas, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, e de os atos administrativos estarem sujeitos ao controle jurisdicional, isso não é suficiente e tampouco atende aos princípios constitucionais. Anoto que esse controle seria feito apenas *a posteriori*, se e quando requerido pelo cidadão, no caso de abuso de poder, ensejando apenas a possibilidade de reparação, o que não se harmoniza com o processo penal constitucional.

Vê-se, efetivamente, que a análise da E. Corte no RE 601.314 limitou-se exclusivamente à seara tributária, não tendo assentado a possibilidade de compartilhamento, entre a Receita e o Ministério Público, de dados obtidos pela primeira, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, para fins penais, nos termos da Lei Complementar 105/2001.

No mais, as decisões trazem por fundamento outras decisões monocráticas, que se fundam e se fundem entre si, asseverando uma nova linha jurisprudencial, cujo cerne nunca foi verdadeiramente discutido pelo colegiado.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal poderá decidir, com repercussão geral, a legalidade ou não do compartilhamento de dados bancários obtidos diretamente pela Receita com o Ministério Público para fins de instrução penal. Em 23 de março p.p., o Ministro Dias Toffoli propôs o julgamento dessa questão de ordem constitucional, constante do recurso extraordinário (RE 1.055.941), em caráter de repercussão geral. Esse recurso foi interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do Tribunal Regional Federal 3ª Região que reconheceu, de ofício, a nulidade desse compartilhamento “*sem autorização prévia do juízo competente*”. O e. Relator aponta que a matéria não foi efetivamente tratada no âmbito da Corte, concluindo nos seguintes termos: “*É extremamente relevante, ainda, se for reafirmada a jurisprudência, debater sobre os limites objetivos que os órgãos administrativos de fiscalização fazendária deverão observar ao transferir automaticamente para o Ministério Público informações sobre movimentação bancária e fiscal dos contribuintes em geral, sem comprometer a higidez constitucional da intimidade e do sigilo de dados (art. 5º, incisos X e XII, da CF)*”.

Destaco, finalmente, que já há quatro votos a favor da propositura do e. Relator, de reconhecimento da repercussão geral, e que o processo de origem, no Tribunal Regional Federal 3ª Região, é a Apelação Criminal nº0010713-69.2010.4.03.6109/SP, rel. Des. Federal José Lunardelli, 11ª Turma, julgamento unânime, do qual ainda participei.

Maria Cecilia Pereira de Mello
Juíza Federal aposentada do TRF 3ª Região.
Advogada.

Supremo Tribunal Federal

Direito Penal. Pedido de extradição. Dupla punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva.

1. Tanto o art. IV, 1, alínea “c”, do Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, como o art. 82, VI, da Lei de Migração, preveem que não se concederá a extradição quando estiver prescrita a pena, em conformidade com a legislação do Estado requerente ou do requerido. 2. A causa suspensiva da prescrição prevista no art. 366 do CP não é aplicável ao caso em comento, pois consoante consolidada jurisprudência desta Corte, trata-se de norma com caráter misto (penal e processual), inaplicável a fatos anteriores à sua vigência. 3. Do mesmo modo, a citação do extraditando no presente feito e a interposição do pedido de refúgio é desinfluyente ao cálculo do prazo prescricional, porquanto quando de sua ocorrência (em 30.07.2013 e 02.02.2013, respectivamente), já havia se consumado a prescrição da pretensão punitiva. 4. A conduta imputada ao extraditando não poderia ser enquadrada como o crime imprescritível a que alude o art. 5º, XLIV da Constituição Federal, haja vista que a descrição pelo Estado Requerente encontra correspondência no delito de homicídio qualificado tentado e não no crime de ação de grupos armados. 5. Na via da extradição “somente é analisada a legalidade externa do pedido” (Ext. 1352, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09.06.2015), de modo que a higidez da matéria subjacente, notadamente a adequação ou não da capitulação jurídica imputada ao extraditando, não se submete à apreciação desta Corte Suprema, forte no sistema de contenciosidade limitada. 6. Pedido de extradição indeferido, por configurada a prescrição da pretensão punitiva, sob a ótica da legislação penal brasileira, nos termos do art. 109, I do CP.

(STF – 2.ª T. – Ext. 1.501 – rel. **Edson Fachin** – j. 27.02.2018 – public. 20.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5851**)

Direito Penal e Processual Penal. Colaboração premiada. Prova de corroboração.

1. A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria (Inq. nº 3.719/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe. de 29/10/14). 2. Na espécie, encontra-se ausente esse substrato probatório mínimo que autoriza a deflagração da ação penal. 3. Se os depoimentos do

réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. 4. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 5. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*. 6. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. 7. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. 8. Como não há prova do conhecimento da suposta origem ilícita dos valores, não subsiste a imputação de corrupção passiva e fenece, por arrastamento, a de lavagem de capitais. 9. Não obstante, em sua contabilidade paralela, os colaboradores premiados tenham feito anotações pessoais que supostamente traduziriam pagamentos indevidos aos parlamentares federais, uma anotação unilateralmente feita em manuscrito particular não tem o condão de corroborar, por si só, o depoimento do colaborador, ainda que para fins de recebimento da denúncia. 10. Se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de validação. 11. Denúncia rejeitada quanto aos parlamentares federais, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, com determinação de baixa dos autos ao primeiro grau para as providências que se reputarem pertinentes em relação ao denunciado sem prerrogativa de foro.

(STF – 2.ª T. – Inq. 3.994 – rel. **Edson Fachin** – j. 18.12.2017 – public. 06.04.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5852**)

Jurisprudência compilada por
Vivian Peres.

Superior Tribunal de Justiça

Direito Penal e Processual Penal. Prisão preventiva. Contemporaneidade dos elementos que fundamentam a decretação da medida.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Na hipótese dos autos, são imputadas ao paciente condutas perpetradas no período de 7/2013 a 10/2015, tendo a prisão preventiva sido decretada apenas em 16/6/2016, com a finalidade de interromper ou diminuir a atuação criminosa, uma vez que “há fortes indícios de que haverá reiteração dos atos criminosos, ficando caracterizada a reiteração delitiva, de forma que a preventiva é necessária para garantir a ordem pública”. Observo, no entanto, que não há relatos de novas condutas

após 10/2015, o que denota a ausência de necessidade concreta de se interromper ou diminuir a atuação criminosa, para resguardo da ordem pública. Com efeito, a fundamentação apresentada revela, em verdade, ilações e conjecturas sobre eventual possibilidade de reiteração, sem que se agregue fundamento concreto que justifique a prisão preventiva. 3. Não se pode descurar, ademais, que o paciente é primário, possui ocupação lícita, residência fixa e família constituída. Conquanto as condições subjetivas favoráveis não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas e indicam a possibilidade de acautelamento do caso por meio de outras medidas mais brandas. De fato, o decurso do tempo e a evolução dos fatos denotam que a prisão preventiva já não se faz indispensável, porquanto eficazmente substituída por medidas alternativas, nos termos dos arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal. Com efeito, as medidas já

se encontram aplicadas desde 19/9/2016, por força do deferimento da liminar, sem notícias de necessidade de restabelecimento da medida extrema. 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, confirmando a liminar, para manter a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos incisos I, III (não contato com investigados não familiares do procedimento criminal multicidado) e IV do art. 319 do Código de Processo Penal.

(STJ – 5.ª T. – HC 367.531 – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 13.03.2018 – public. 21.03.2018 – Cadastro IBCCRIM 5853)

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Motivação insuficiente.

1. A aceitação de *habeas corpus* impetrado contra decisão liminar em prévio writ submete-se aos parâmetros da Súmula n.º 691 do Supremo Tribunal Federal, somente afastada no caso de excepcional situação, o que ocorre na espécie dos autos. 2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. 3. *In casu*, entendida como *ultima ratio*, a custódia provisória não se apresenta apropriada, visto que desrespeitado o cânone da proporcionalidade – necessidade, adequação e balanceamento de bens jurídicos –, evidenciando-se que medidas cautelares menos incisivas podem se prestar à manutenção da higidez da marcha processual. 4. Embora salientado pelas instâncias ordinárias que o paciente supostamente primava por obter, de forma espúria, votos para a eleição, datada de 2009, da cidade do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2016, bem como por atuar para destinar recursos do Comitê para o pagamento de honorários advocatícios, sobressai dos autos que o réu afastou-se em 6.10.2017 do Comitê Olímpico Brasileiro, sendo que possui 75 (setenta e cinco) anos de idade, apurando-se, ademais, que o juiz não decretou a prisão preventiva de coinvestigado, que possuía semelhante agir do ora insurgente, figurando também como pessoa de grande influência no Comitê Olímpico Internacional e Comitê Olímpico Brasileiro, onde atuava desde 2002. 5. Diante do contexto fático regente das imputações relativas ao insurgente e da sua atual situação, não pode subsistir a decisão prisional, mostrando-se suficientes medidas cautelares pessoais diversas do ergástulo, em consideração aos vetores inscritos no artigo 282 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei n.º 12.403/2011. 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificando o entendimento da liminar, a fim de substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares diversas do encarceramento, nos termos do artigo 319 e do artigo 320, ambos do Código de Processo Penal, quais sejam, I - comparecimento mensal em juízo para informar e justificar suas atividades; II - proibição de acesso às sedes ou filiais do Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 e Comitê Olímpico Brasileiro; III - proibição de manter contato com os demais corréus do processo criminal; IV - proibição de ausentar-se da comarca, salvo se previamente autorizado pelo magistrado, devendo o acusado entregar o(s) seu(s) passaporte(s); e VI - suspensão do exercício das atividades vinculadas ao Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 e Comitê Olímpico Brasileiro; sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar mais outras medidas implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

(STJ – 6.ª T. – HC 421.262 – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** – j. 27.02.2018 – public. 20.03.2018 – Cadastro IBCCRIM 5854)

Direito Penal e Processual Penal. Crime de insider trading. Prisão preventiva. Substituição por medidas cautelares alternativas.

1. Infringe o disposto nos arts. 27-C e 27-D da Lei n. 6.386/1976 quem, entre outras condutas, aufere, dolosamente, vantagem ilícita ou lucro, mediante o uso indevido de informação privilegiada, e realiza operações

simuladas ou executa outras manobras fraudulentas nos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de futuros e de balcão organizado. 2. Eventuais crimes confessados ou admitidos em troca de colaboração premiada, por parte do paciente e de seu irmão, por constituírem objeto de outra ação penal, não podem – até porque sequer há, em relação a tais ilicitudes, indiciamento ou denúncia contra o paciente e seu irmão – ser considerados para fins de análise deste writ, que tem como exclusivo escopo analisar a legalidade e a necessidade da prisão preventiva do paciente, como decorrência tão somente da imputação pelos crimes positivados no art. 27, alíneas C e D, da Lei n. 6.386/1976. 3. Em conformidade com a decisão judicial que decretou a prisão cautelar do paciente, teria ele, juntamente com seu irmão, realizado operações com valores mobiliários (venda de ações da JBS S/A na bolsa de valores, pela empresa FB Participações S/A, sua controladora) no final de abril de 2017, em período concomitante à recompra de ações iniciada em fevereiro do mesmo ano pela JBS S/A, bem como adquirido contratos futuros de dólar na Bolsa e a termo de dólar no mercado de balcão organizado entre abril e meados de maio de 2017, operações que teriam sido efetuadas em condições fora dos padrões de investimento usuais das aludidas empresas e durante o período em que seus dirigentes estavam negociando termos de acordo de colaboração premiada, à época em fase de sigilo absoluto. 4. A realização de estudo técnico contábil-financeiro, por iniciativa do paciente, não é suficiente para, em cognição estreita e superficial, qual a do *habeas corpus*, ilidir as provas nas quais se apoiou a decisão judicial a fim de concluir pela materialidade dos crimes e pela sua autoria. 5. A indicação de fatos concretos que denotem o risco que a liberdade do réu representa para a manutenção da ordem pública e econômica, bem como para a preservação da instrução criminal, confere legitimidade e higidez formal ao decreto de prisão preventiva. 6. A necessidade de garantir a ordem pública e a econômica foi justificada na decisão judicial pela circunstância de que o paciente e seu irmão, após celebraram acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, envolvendo personagens centrais da República – o que também gerou forte abalo social – teriam realizado vultosas operações no mercado financeiro, aproveitando-se de sua particular situação de conhecedores do que iria ocorrer na economia, e auferiram, assim, lucros elevadíssimos, rumando, ao depois, para os Estados Unidos. Ainda, afirmou-se na decisão judicial ora examinada que o paciente e seu irmão continuavam “[...] à volta com atividades ilícitas – mesmo após assumirem no STF o compromisso de interrompê-las em sede de acordo de colaboração premiada”. 7. A seu turno, a necessidade de preservar a instrução criminal foi motivada pela afirmada “cooptação de pessoas e agentes públicos”, assertiva reforçada pelo argumento de que a segregação cautelar se justifica “[...] haja vista o poder e a influência do grupo econômico dirigido pelos investigados em diversos setores da política e da economia nacionais, como, por exemplo, no BNDES, CADE, Receita Federal, Ministério da Agricultura e CVM, havendo elementos a indicar que em oportunidades anteriores os irmãos BATISTA não teriam se furtado a utilizar a exponencial influência que detinham para atender seus interesses.” 8. Ante as condições reinantes no momento da decretação da custódia provisória, amplamente desfavoráveis ao paciente, a providência extrema se mostrou acertada e proporcional à gravidade da situação, sendo certo que o uso da medida cautelar extrema, bem como de qualquer outra prevista em lei, é perfeitamente legítimo em um Estado de Direito, porque a supressão ou a restrição eventual e temporária da liberdade humana é o custo que eventualmente se faz necessário arcar para permitir a sadia subsistência da sociedade, em face dos conflitos intersubjetivos que mais gravemente afetam as relações entre os indivíduos que integram a comunhão social. 9. No processo penal, os interesses em permanente conflito – o interesse estatal de punir, de modo eficiente e em conformidade com as leis do país, autores de crimes quaisquer, e o interesse do acusado (também interesse do Estado) de proteger sua liberdade – sujeitam-se à verificação concreta e momentânea de qual deles deva preponderar, não sendo mais

sustentável afirmar, como outrora, a existência da antítese Estado-cidadão. Em verdade, o Estado está obrigado tanto ao assecuramento da ordem por meio da persecução penal, quanto à proteção da esfera de liberdade do indivíduo. 10. A redação dada aos artigos que compõem o Título IX do Código de Processo Penal, com a reforma legislativa de 2011, evidenciou com maior clareza a exigência de que a prisão preventiva, por ser a medida mais extrema entre todas as cautelares pessoais, só deve ser imposta ao indiciado ou acusado quando outras medidas, agora elencadas no art. 319 do CPP, se mostrarem inadequadas ou insuficientes às exigências cautelares. Inteligência do art. 282, §§ 4º e 6º do CPP. 11. Ainda como derivação da presunção de não culpabilidade e da excepcionalidade e da provisoriedade da prisão preventiva, a manutenção desta cautela pessoal sempre se sujeita à verificação de seu cabimento, quer para eventual revogação, quando cessada a causa ou o motivo que a justificou, quer para sua substituição por medida(s) menos gravosa(s), na hipótese em que, mantido o periculum libertatis, sejam estas últimas tão idôneas (adequadas) e suficientes para alcançar o mesmo objetivo daquela, em conformidade com a redação atual do art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal. 12. Enquanto esteve em liberdade, o paciente compareceu aos atos processuais, atendeu aos chamados da autoridade policial que conduziu as investigações, e não há evidências de que, após a formalização do inquérito policial, haja interferido em atos de investigação. Ademais, além de afastado da gestão de suas empresas, boa parte dos bens do paciente e de seu irmão foi embargada judicialmente, em decorrência de medida assecuratória – sequestro – cuja decisão foi suspensa em razão da proposta de apresentação de seguro-garantia, pelos irmãos Batista, no total de R\$ 238.000.000,00 (duzentos e trinta e oito milhões de reais), suficiente, como afirmou a autoridade judiciária competente, para garantir o adimplemento de eventuais indenização, prestação pecuniária, multa e custas processuais, em caso de condenação. 13. Sopesadas, assim, as circunstâncias e a gravidade dos crimes atribuídos ao paciente, bem como suas condições pessoais, e considerando que já se passaram quase 9 meses da conjecturada prática ilícita e se caminha para 6 meses da segregação do paciente, o risco da reiteração delitiva e de interferência na instrução criminal se enfraqueceu, não a ponto de desaparecer totalmente, mas em grau bastante para justificar a substituição da prisão preventiva por medidas outras, restritivas à liberdade e a direitos do paciente, as quais, em juízo de proporcionalidade e à luz do que dispõem os arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal, se mostram adequadas e suficientes para, com menor carga coativa, proteger o processo e a sociedade de possíveis e futuros danos que a plena liberdade do paciente poderia causar. 14. *Habeas corpus* parcialmente concedido para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares a ela alternativas, a saber: I) compromisso de comparecimento em Juízo, para todos os atos designados pelo Juízo competente, e de manter atualizado o endereço no qual poderá receber intimações; II) proibição de se aproximar e de manter contato pessoal, telefônico ou por meio eletrônico ou virtual com os outros réus, testemunhas arroladas pela defesa e pela acusação, ou pessoas que possam interferir na produção probatória; III) proibição de participar, diretamente ou por interposta pessoa, de operações no mercado financeiro, e de ocupar cargos ou funções nas pessoas jurídicas que compõem o grupo de empresas envolvidas nas ilicitudes objeto da ação penal a que respondem; IV) proibição de ausentar-se do Brasil, salvo autorização expressa do juízo competente; V) monitoração eletrônica.

(STJ – 6.ª T. – HC 422.113 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 20.02.2018 – public. 26.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5855**)

Direito Penal e Processual Penal. Homicídio doloso na direção de veículo após ingestão de bebida alcoólica. Desclassificação para homicídio culposo.

1. Incide a Súmula 284 do STF, a impedir o conhecimento do recurso especial, no ponto em que alega deficiência da defesa técnica, porquanto

a recorrente deixou de indicar, expressamente, qual dispositivo de lei federal teria sido objeto de violação. Igual conclusão se chega para a alegada violação do art. 415, II, do CPP, pois a defesa deixou de apresentar as razões recursais para elucidar de que modo tal violação teria ocorrido. 2. Muito embora a decisão de pronúncia, dada a sua importância para o réu, deva ser fundamentada, nos termos do inciso IV do art. 93 da Carta Magna, impõe-se ao magistrado apontar elementos que indiquem a existência do crime e indícios suficientes de autoria, em linguagem sóbria e comedida, a fim de não exercer influência nos jurados. 3. Não prospera a alegação de excesso de linguagem por ocasião da decisão de pronúncia, visto que, ao contrário do alegado pela recorrente, a ausência de cotejo de todas as provas produzidas nos autos não configura nulidade, mormente quando o Magistrado aponta apenas elementos probatórios que, na sua convicção, sustentam a admissibilidade da acusação. 4. Consoante o disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, a oposição de embargos de declaração enseja, em síntese, o aprimoramento da prestação jurisdicional, ante julgado que se afirme omissis, ambíguo, contraditório ou com erro material. São inadmissíveis, portanto, quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivam, em essência, o rejugamento do caso. 5. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal excepcional conclusão a partir de circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto e anuído ao resultado morte. 6. A embriaguez do agente condutor do automóvel, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposos, não pode servir de premissa bastante para a afirmação do dolo eventual. Conquanto tal circunstância contribua para a análise do elemento anímico que move o agente, não se ajusta ao melhor direito presumir o consentimento do agente com o resultado danoso apenas porque, sem outra peculiaridade excedente ao seu agir ilícito, estaria sob efeito de bebida alcoólica ao colidir seu veículo contra o automóvel conduzido pela vítima. 7. Não é consentâneo, aos objetivos a que representa na dinâmica do procedimento bifásico do Tribunal do Júri a decisão de pronúncia, relegar a juízes leigos, com a cômoda invocação da questionável regra do *in dubio pro societate*, a tarefa de decidir sobre a ocorrência de um estado anímico cuja verificação demanda complexo e técnico exame de conceitos jurídico-penais. 8. A primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri tem o objetivo principal de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*iudicium accusationis*) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*iudicium causae*). A instrução preliminar realizada na primeira fase do procedimento do Júri, indispensável para evitar imputações temerárias e levinas, “dá a defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os atos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento” (MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: RT, 1973, p. 11). 9. A jurisdição criminal não pode, ante a deficiência legislativa na tipificação das condutas humanas, impor responsabilidade penal além da que esteja em conformidade com os dados constantes dos autos e com a teoria do crime, sob pena de render-se ao punitivismo inconsequente, de cariz meramente simbólico, contrário à racionalidade pós-iluminista que inaugurou o Direito Penal moderno. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e - identificada violação dos arts. 419 do Código de Processo Penal e 302 do Código de Trânsito Brasileiro, assim como reconhecida a apontada divergência jurisprudencial - provido para reformar o acórdão impugnado, desclassificar a conduta da recorrente para o crime previsto no art. 302 do CTB e remeter os autos ao Juízo competente.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1.689.173 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 21.11.2017 – public. 26.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5856**)

Execução penal. Direito do preso de receber visitas. Direito da tia de visitar o sobrinho.

1. A competência para dispor sobre direito penitenciário é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, I, da CF), tendo a LEP outorgado à autoridade administrativa prisional o poder de regular a matéria, no que toca a questões disciplinares. 2. O direito do preso de receber visitas, assegurado pelo art. 41, X, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1.984), não é absoluto e deve ser sopesado, de acordo com a situação específica vivenciada no caso concreto, em conjunto com outros princípios, dentre os quais o que visa a garantir a disciplina e a segurança dentro dos estabelecimentos prisionais, velando, por consequência, também pela integridade física tanto dos reclusos quanto dos que os visitam. 3. A administração disciplinar típica da competência da autoridade prisional diz respeito, por exemplo, ao número máximo de pessoas que podem efetuar visitas por vez (o que se justifica plenamente diante da capacidade física do presídio de acomodar um certo número de pessoas com um mínimo de conforto e segurança), à organização dos cadastros para controle dos que têm acesso ao estabelecimento prisional, os documentos, comprovantes e trâmites administrativos que lhes são exigidos, necessidade (ou não) de revista prévia do visitante, dia, local e duração das visitas, restrição de transporte de bens para o presídio, zelo pela ordem e atenção a regras durante o período de visita etc. 4. No entanto, ao limitar o grau de parentesco das pessoas que podem ser incluídas no rol de visitantes do reeducando a parentes de 2º grau, o art. 99 da Resolução SAP 144, de 29/06/2010, que instituiu o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo, desbordou de sua competência, tratando de matéria não afeta ao poder disciplinar, na medida em que não cabe à autoridade prisional pré-definir o nível de importância que os parentes têm para os reeducandos, elegendo alguns que têm mais direito a visitá-los do que outros. A regra não leva em conta a possibilidade de existência de um vínculo afetivo significativo entre uma tia e um sobrinho que, por exemplo, tenha ajudado a criar, ou mesmo que exerça a figura de efetiva educadora do sobrinho em virtude da circunstancial ausência dos pais. 5. Da mesma forma, ao restringir a possibilidade de ingresso no rol de visitantes do preso de parentes mais distantes à inexistência de parentes mais próximos, a Resolução (art. 101, § 1º) desborda de sua competência e, sem nenhuma justificativa razoável para tanto, impõe limitação não constante no art. 41, X, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1.984). 6. Se podem ser incluídas até 8 (oito) pessoas no rol de visitantes do preso e, nos termos do art. 102, I, da Resolução, tal inserção depende da concordância, por escrito, do executado, parece bem mais razoável seja o preso a indicar aqueles parentes cuja convivência lhe é mais cara ao coração. 7. Essa particular forma de parametrizar a interpretação da lei (no caso, a LEP e resoluções dela decorrentes) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 3º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna” (HC 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). 8. Recurso provido, para determinar à autoridade apontada como coatora que não crie óbices à inclusão do nome da impetrante (tia do detento) no rol de visitas do reeducando em virtude de nele já constar o nome de sua mãe e de sua companheira que o visitam frequentemente (ou mesmo de outros parentes até 2º grau), se forem ditos óbices fundados unicamente na restrição posta no caput do art. 99 e no § 1º do art. 101 da Resolução SAP 144, de 29/06/2010.

(STJ – 5.ª T. – RMS 56.152 – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 03.04.2018 – public. 13.04.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5857**)

Direito Processual Penal. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Genitora de criança que demanda cuidados. Substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

1. A aceitação de habeas corpus impetrado contra decisão que indeferiu a liminar em prévio writ submete-se aos parâmetros da Súmula n.º 691 do Supremo Tribunal Federal, somente afastada no caso de excepcional situação, o que ocorre na espécie dos autos. Superveniência do julgamento colegiado que acarreta o não conhecimento do writ. 2. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pela acusada, caracterizada pela expressiva quantidade de droga apreendida, a ser levada na genitália da paciente para o interior de presídio, demonstrando a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública. 3. Por evidente que a nova redação do artigo 318 do Código de Processo Penal, dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016), veio à lume com o fito de assegurar a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, bem como no feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo, do qual fazem parte o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), dentre outros. 4. Quando a presença de mulher for imprescindível a fim de prover os cuidados a filho menor - *in casu*, menino com 1 ano de idade, cabe ao magistrado analisar acuradamente a possibilidade de substituição do *carcer ad custodiam* pela prisão domiciliar, legando a medida extrema às situações em que elementos concretos demonstrem claramente a insuficiência da inovação legislativa em foco. 5. Cumprimento do quanto determinado no julgamento do habeas corpus coletivo n.º 143.641/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual restou assentado o entendimento de que seja determinada “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes. XV - Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima”. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificando a liminar outrora deferida, a fim de substituir a segregação preventiva da paciente pela prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal, ficando a cargo do Magistrado singular a fiscalização do cumprimento do benefício, com a advertência de que a eventual desobediência das condições da custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição preventiva.

(STJ – 6.ª T. – HC 424.751/SP – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** – j. 13.03.2018 – public. 26.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5858**)

Direito Penal. Estupro de vulnerável contra vítimas diferentes. Crime continuado.

1. Como bem colocado no voto vencido, que trouxe, inclusive, precedente desta Corte Superior, o fato de o crime ter sido cometido contra vítimas diferentes não impede seja reconhecida a forma continuada, tendo em vista o art. 71, parágrafo único, do Código Penal, que cita vítimas diferentes. Assim, é possível reconhecer a continuidade delitiva na presente hipótese, uma vez que os crimes são da mesma espécie e foram cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. 2. Concedo a ordem para afastar

o concurso material de crimes entre as vítimas diversas, reconhecer a continuidade delitiva e redimensionar a pena final para 24 anos de reclusão, em regime fechado, mantidos os demais fundamentos do acórdão hostilizado.

(STJ – 6.^a T. – HC 390.230/MS – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 27.02.2018 – public. 08.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5859**)

Direito Penal. Crime contra a ordem tributária. Não recolhimento de tributo declarado. Atipicidade da conduta.

1. Aquele que declara o ICMS devido pela própria empresa, porém deixa de recolher os valores aos cofres públicos, e cujo inadimplemento foi descoberto quando da análise dos lançamentos realizados nos livros fiscais, não incide na figura típica do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, porquanto o tipo penal exige o desconto ou a cobrança do imposto. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ – 5.^a T. – Ag.Rg. Ag. REsp. 1138189/GO – rel. **Jorge Mussi** – j. 12.12.2017 – public. 19.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5860**)

Execução Penal. Unificação de penas. Superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória. Termo inicial para concessão de novos benefícios.

1. A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas impostas ao reeducando. Caso o quantum obtido após o somatório torne incabível o regime atual, está o condenado sujeito a regressão a regime de cumprimento de pena mais gravoso, consoante inteligência dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, da Lei de Execução Penal. 2. A alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal. Portanto, a desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução. 3. Caso o crime cometido no curso da execução tenha sido registrado como infração disciplinar, seus efeitos já repercutiram no bojo do cumprimento da pena, pois, segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta grave interrompe a data-base para concessão de novos benefícios executórios, à exceção do livramento condicional, da comutação de penas e do indulto. Portanto, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado, sob pena de flagrante bis in idem. 4. O delito praticado antes do início da execução da pena não constitui parâmetro idôneo de avaliação do mérito do apenado, porquanto evento anterior ao início do resgate das reprimendas impostas não desmerece hodiernamente o comportamento do sentenciado. As condenações por fatos pretéritos não se prestam a macular a avaliação do comportamento do sentenciado, visto que estranhas ao processo de resgate da pena. 5. Recurso não provido.

(STJ – 3.^a S. – REsp. 1557461/SC – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 22.02.2018 – public. 15.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5861**)

Direito Processual Penal. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Indenização mínima a título de reparação de danos morais.

1. O Superior Tribunal de Justiça - sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º) - tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a

Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. 2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher. 3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal. 4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano - o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. 5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. 6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

(STJ – 3.^a S. – REsp. 1643051/MS – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 28.02.2018 – public. 08.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5862**)

Jurisprudência compilada por

**Bruno Maurício, Fábio Suardi D'Elia,
Milene Murício e Vivian Peres.**