

# BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 29 - Nº 348 - NOVEMBRO/2021



## CADERNO DE DOCTRINA

4 A responsabilidade penal do *whistleblower*  
Alaor Leite

7 Controle judicial nos casos de recusa do Ministério Público ao oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal  
Stephanie Carolyn Perez e Ulisses Augusto Pascolati Junior

10 A advocacia e a lei de lavagem de dinheiro  
Rafael Junior Soares e Luiz Antonio Borri

13 O delito de utilização irregular de embrião humano (art.24 da LBI0) à luz do princípio da ofensividade  
Gisele Mendes de Carvalho e Vítor de Souza Ishikawa

16 ANPP e a interpretação de normas processuais de conteúdo material na jurisprudência dos tribunais superiores  
Bruno Viana de Araujo e Gabriel Bustamante Pires Leal

19 O novo paradigma decisório no processo penal depois da lei 13.964/2019  
Luis Henrique Pichini Santos e Marco Antônio Riechelmann Júnior

21 Violência de gênero e pandemia: novos processos de revitimização pela ótica da criminologia feminista  
Catharina Fernandez

24 A perspectiva da libertação nos diálogos entre criminologia e psicologia  
Adriana Eiko Matsumoto e Lucas Maurício Garcia Pimenta e Silva

27 A criminalização androcentrista do caso Mari Ferrer  
Núbio Mendes Parreiras

## DIÁLOGOS

29 Procedimento do júri: a admissibilidade da convocação, já no primeiro sorteio preparatório, de jurados suplentes  
Gustavo Torres Soares

## CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA TIPIFICAÇÃO PENAL DE OPERAÇÕES ENVOLVENDO CRIPTOATIVOS

32 Superior Tribunal de Justiça

34 Tribunal Regional Federal da 4ª Região

# A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS: UMA GUERRA INCONSTITUCIONAL

A guerra contra as drogas – o uso do sistema penal para combater a produção, a distribuição, o comércio e o uso de entorpecentes – falhou miseravelmente. E não só por aqui; no mundo inteiro não há relato de caso de sucesso. E nem se pode dizer que o problema seria a falta de aplicação da lei, uma questão de impunidade. No Brasil, as prisões estão cada vez mais cheias de pessoas acusadas de crimes relacionados a entorpecentes – muitas, em razão de prisões preventivas.

Na guerra contra as drogas, não há razoabilidade. O sistema repressor do Estado investe uma grande quantidade de recursos, humanos e financeiros, nessa batalha, sem que haja resultados minimamente satisfatórios. As pessoas continuam usando, para fins recreativos, substâncias consideradas ilícitas e, por consequência, o tráfico não diminui. O diagnóstico não é, no entanto, novidade. São abundantes os dados empíricos sobre a ineficácia da guerra contra as drogas. A transformação de uma questão de saúde pública em matéria criminal é medida rigorosamente ineficiente, incapaz de produzir os resultados almejados.

O problema é que, apesar de todas as evidências e de transformações bem-sucedidas verificadas em outros países, o Estado brasileiro continua insistindo na criminalização das drogas. Com precedência sobre a educação e a reabilitação, a repressão criminal às drogas ocupa de forma prioritária o aparato estatal, em especial o sistema de Justiça. Por exemplo, o tráfico de drogas é o tema que mais aparece no acervo penal do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 2020, com 13.636 casos.

A agravar a situação, a guerra contra as drogas é especialmente seletiva, discriminatória, racista. Se todo o sistema penal é segregacionista, a aplicação da legislação anti-entorpecentes é especialmente propícia à perseguição seletiva, realizando um verdadeiro massacre de pobres e pretos.

A criminalização das drogas aprofunda, assim, a desigualdade social, a hierarquia racial e muitos outros preconceitos da nossa sociedade, além de impedir um debate maduro e isento sobre o assunto e seus efeitos. É o anti-Estado Democrático de Direito em operação: em vez de combater, reproduz injustiças, consoma a repressão seletiva e dissemina discursos intolerantes.

O uso do sistema penal para controlar o uso recreativo de entorpecentes revela grave incompreensão do papel do Estado e de sua relação com a autonomia individual. Trata-se de modalidade do paternalismo estatal, incompatível com o regime democrático. Sob o pretexto de cuidar dos cidadãos, o poder público extrapola suas finalidades e avança sobre a esfera individual. E, para piorar, tudo isso se dá por meio do braço penal. É o sofisma completo: para proteger o cidadão, recorre-se à mais brutal violência estatal contra o cidadão.

Pôr fim à guerra contra as drogas é um imperativo jurídico, cívico e humano. Não é mera questão de “reduzir a criminalidade, descriminalizando condutas”, como se o principal objetivo da descriminalização das drogas estivesse relacionado à segurança pública. Certamente o tema tem implicações na área, mas o problema é mais profundo. O Estado Democrático de Direito existe para outros fins, deve ter outros métodos. Seu sistema penal não pode ser usado para moldar costumes, naturalizar preconceitos e perpetuar desigualdades.

É urgente, portanto, terminar essa guerra, ineficaz e inconstitucional.

Nessa tarefa, muitas pessoas, instituições e organizações podem e devem colaborar. A sociedade tem de participar ativamente. Pelo envolvimento do sistema de Justiça na guerra contra as drogas, o Judiciário, em todas as instâncias, tem papel relevante nessa história, começando por não ser indiferente à realidade. Longe de ser instrumento de cidadania, a repressão às drogas é expressão de um legado patológico de discriminação, notadamente patriarcal e racializado.

A Justiça não pode ser cúmplice com tal sistema injusto e disfuncional – violenta a liberdade dos cidadãos, sem entregar o que promete –, com a desculpa de que simplesmente aplica a lei. Não poucas vezes, tribunais transformaram avanços legislativos – medidas que diminuía a repressão contra as drogas – em genuínos retrocessos, por meio de interpretações recalcitrantes. O Judiciário existe para ser parte da solução, e não do problema.

# Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

## BOLETIM

**4. A responsabilidade penal do *whistleblower***

Alaor Leite

**7. Controle judicial nos casos de recusa do Ministério Público ao oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal**

Stephanie Carolyn Perez e Ulisses Augusto Pascolati Junior

**10. A advocacia e a lei de lavagem de dinheiro**

Rafael Junior Soares e Luiz Antonio Borri

**13. O delito de utilização irregular de embrião humano (art.24 da LBIO) à luz do princípio da ofensividade**

Gisele Mendes de Carvalho e Vítor de Souza Ishikawa

**16. ANPP e a interpretação de normas processuais de conteúdo material na jurisprudência dos tribunais superiores**

Bruno Viana de Araujo e Gabriel Bustamante Pires Leal

**19. O novo paradigma decisório no processo penal depois da lei 13.964/2019**

Luis Henrique Pichini Santos e Marco Antônio Riechelmann Júnior

**21. Violência de gênero e pandemia: novos processos de revitimização pela ótica da criminologia feminista**

Catharina Fernandez

**24. A perspectiva da libertação nos diálogos entre criminologia e psicologia**

Adriana Eiko Matsumoto e Lucas Maurício Garcia Pimenta e Silva

**27. A criminalização androcentrista do caso Mari Ferrer**

Núbio Mendes Parreiras

**29. DIÁLOGOS**

**Procedimento do júri: a admissibilidade da convocação, já no primeiro sorteio preparatório, de jurados suplentes**

Gustavo Torres Soares

**CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**

Tema: Tipificação penal de operações envolvendo criptoativos

**32. Superior Tribunal de Justiça**

**34. Tribunal Regional Federal da 4ª Região**

# A RESPONSABILIDADE PENAL DO WHISTLEBLOWER

## CRIMINAL LIABILITY OF WHISTLEBLOWERS

**Alaor Leite**

Doutor e mestre pela Ludwig-Maximilians Universität München. Docente assistente na Humboldt Universität zu Berlin.

ORCID: 0000-0002-3537-5510

alaor.leite@rewi.hu-berlin.de

**Resumo:** O trabalho cuida da responsabilidade penal dos *whistleblowers*, de modo a verificar se é possível construir uma causa de exclusão de responsabilidade penal, de contornos limitados, para informantes que auxiliam os órgãos de persecução penal.

**Palavras-chaves:** *Whistleblowing* – Causas de justificação – Estado de necessidade.

**Abstract:** The paper aims to develop a (limited) justification for the behaviour from whistleblowers when they cooperate with the prosecution of corporate crimes.

**Keywords:** Whistleblowing – Justification – Duress.

### I. O dilema do informante

A figura do *whistleblower* – isto é, do informante ou alertador que revela ilícitos cometidos no seio de uma organização de que ele faz parte, pública ou privada<sup>1</sup> – convoca reações ambivalentes, sobretudo por estar relacionada ao fenômeno delitivo em um duplo sentido: de um lado, o informante pode, ao revelar informações a que teve acesso,<sup>2</sup> desvelar graves ilícitos, de que dificilmente os órgãos de persecução teriam conhecimento por outra via; de outro, contudo, ao assim agir, o informante pode, ele próprio, realizar os elementos de um tipo penal, como o de divulgação de segredo empresarial (art. 195, XI da L. 9.279/96<sup>3</sup>), ou de informações sigilosas ou reservadas no setor público (art. 153 §1º-A do CP<sup>4</sup>), ou, ainda, o de violação de sigilo funcional (art. 325 do CP<sup>5</sup>) ou de segredo profissional (art. 154 do CP<sup>6</sup>).

Após a divulgação das informações – e isso ainda que elas sejam verdadeiras e contribuam efetivamente para desvendar um evento criminoso –, é incerta a correspondência que ao informante será destinada: prêmio ou citação judicial?<sup>7</sup> Está posto o dilema do informante: cometer (eventual) crime para auxiliar na investigação de (eventual) crime. Atualmente, parece consolidar-se um consenso internacional no sentido de que, em alguns casos, a responsabilidade penal do *whistleblower* deve ser excluída, embora não esteja claro o formato jurídico-penal dessa exclusão. No Direito Penal, a situação em que alguém, para salvar um bem ou direito, realiza um ilícito, remete imediatamente à causa de justificação do estado de necessidade, prevista em nosso art. 24 do CP. De toda forma, como veremos, os requisitos dessa tradicional causa de justificação parecem não estar presentes nos casos mais frequentes de *whistleblowing*, com o que surge a discussão, bastante candente no cenário europeu posterior à Diretiva 2019/1937 da União Europeia (“Diretiva Whistleblowing”), em torno de uma causa de exclusão de responsabilidade específica para *whistleblowers*, de modo a não desestimular o repasse de informações úteis à persecução criminal.

Neste breve estudo, não pretendo analisar o valor probatório das informações repassadas, a complexa dimensão criminológica do fenômeno ou o comportamento de jornalistas que publicam as informações. Tampouco recordarei dos evidentes benefícios decorrentes do comportamento do informante, ou do nobre status dos canais de denúncia nos programas de integridade. Aqui, gostaria de me dedicar ao tormentoso, porém pouco lembrado problema da responsabilidade penal do próprio *whistleblower*, que, não sendo herói nem traidor,<sup>8</sup> permanece submetido à lei penal vigente. Após um diagnóstico do estado atual do debate internacional e nacional (II.), convém analisar a legitimidade, o formato – se causa de exclusão do tipo, se causa de justificação – e os limites de uma possível exclusão específica da responsabilidade de *whistleblowers* (III.). Afinal, há também consenso internacional no sentido de que dados sigilosos, informações e conhecimentos técnicos confidenciais merecem, igualmente, proteção jurídico-penal, tanto no setor privado quanto no setor público.<sup>9</sup>

É, de fato, delicada a situação a ser equilibrada: como conferir segurança jurídica para os informantes que auxiliam de *bona fide* o Estado na missão de investigar crimes sem desproteger outros bens valiosos, como, por exemplo, o segredo empresarial e as informações estatais sigilosas, e, ainda, sem subverter o sistema vigente de causas de exclusão da responsabilidade penal?

### II. O estado atual do debate

O tema da responsabilidade penal do *whistleblower*, até há pouco, não desfrutava da atenção dos penalistas, com raras exceções.<sup>10</sup> Outro setor da literatura, provavelmente seduzido pelos benefícios da novidade, esteve mais ocupado em, desde logo, ensinar o passo-a-passo da implementação de canais de denúncia, sem cuidar do dilema que a novidade parece encerrar. Apesar de o fenômeno, em sua origem norteamericana, não ser propriamente novo,<sup>11</sup> foram alguns acontecimentos recentes, sobretudo na Europa, que geraram um caudal de publicações científicas mais profundas a esse respeito. O debate alemão é, nesse sentido, didático (1.).<sup>12</sup> Também no Brasil o debate é, como se sabe, recente (2.).

#### 1. O debate alemão

Até 2019, a discussão alemã era tímida. Sob a vigência do revogado § 17 da Lei contra a Concorrência Desleal (UWG), que criminalizava a revelação de segredos empresariais com pena de até três anos de prisão, o debate se concentrava no elemento típico “unbefugt” (“sem autorização”), que seria uma remissão às tradicionais causas de justificação já no plano do tipo. A questão era saber se o comportamento do *whistleblower*, caso realizasse o crime de revelação de segredo, estaria eventualmente justificado, por exemplo, por estado de necessidade. Os rigorosos requisitos do estado de necessidade alemão (§ 34 do CP alemão), sobretudo em sua forma agressiva, dificultavam sobremaneira, contudo, a incidência dessa causa de justificação; some-se a esse quadro o fato de a elementar “sem autorização”, que remete ao consentimento do dono do bem, não captar com precisão a situação do *whistleblower*. Reinava insegurança jurídica e não havia resposta unívoca nem na ciência, nem na jurisprudência. Revelar informações de uma organização era um empreendimento que envolvia, inegavelmente, risco penal.

A Diretiva 2016/637 da União Europeia (“Diretiva do Know-How”), transposta ao direito alemão pela nova Lei de Segredos Empresariais (GeschGehG), em 2019, alterou substancialmente o direito positivo e, ao lado de uma definição mais precisa de segredo empresarial no § 23, previu pela primeira vez uma causa de exclusão de responsabilidade específica para *whistleblowers*, em seu § 5, com destaque para o n. 2, de seguinte redação:

A obtenção, utilização ou revelação de um segredo empresarial não se subsome às proibições do § 4,<sup>13</sup> quando isso ocorrer para a proteção de um interesse fundado, sobretudo (...) 2. para a descoberta de uma ação antijurídica ou de um comportamento errôneo de natureza profissional ou de qualquer natureza, desde que a obtenção, utilização ou revelação seja apta a proteger o interesse público geral; (...).

Concebida inicialmente sob o formato de uma causa de justificação específica, o § 5 n. 2 GeschGehG, após debate parlamentar, seria classificado como uma causa de exclusão do tipo – o legislador alemão, em Exposição de Motivos, fala inusitadamente em “exceções às proibições” contidas no § 4, uma linguagem invulgar que gera perplexidade quanto à natureza jurídica dessa causa de exclusão de responsabilidade.

A introdução de nova hipótese *sui generis* e setorial de exclusão de responsabilidade penal para *whistleblowers*, de contornos nitidamente amplos e de extensão insondável, gerou vastíssimo debate, intensificado, agora, com a edição da já referida “Diretiva Whistleblowing”,



dedicada exclusivamente a todas as repercussões – cíveis, trabalhistas, criminais – do tema dos informantes, e que, em tese, deve ser transposta ao direito nacional até dezembro de 2021. A Alemanha, contudo, não parece dar mostras de que esse prazo será cumprido.<sup>14</sup> O problema da responsabilidade penal do *whistleblower* continua em aberto.

## 2. A situação brasileira

No Brasil, a discussão também era, até 2018, tímida,<sup>15</sup> e foi, de certa maneira, estimulada no contexto das chamadas “Dez medidas Contra a Corrupção” e do “Pacote Anticrime”. Antes, a situação de *lege lata* era semelhante à alemã: a exclusão da responsabilidade penal do informante poderia ocorrer a partir da exegese do elemento “sem justa causa” – um elemento da valoração global do fato –, presente, por exemplo, no art. 153 e em seu § 1º; no art.154, embora ausente no art. 325, todos do CP; o art. 195 XI da Lei 9.279/96 contém a elementar “sem autorização”, tal como ocorria, na Alemanha, com o antigo § 17 UWG. Não havia dispositivo específico.

O impulso legislativo definitivo, também setorial, viria da relevante alteração promovida pela Lei 13.964/19 na Lei 13.608/18, que, em seu novo art. 4º-A, dispõe:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público. Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas (grifei).<sup>16</sup>

Como se vê, a “isenção de responsabilidade penal” prevista na redação atual da Lei 13.608/18, além de estar confinada ao setor público, de se dirigir a qualquer informante (funcionário ou não) e de se referir apenas a comunicações feitas a órgãos internos (ouvidoria e correição), é construída sem que os critérios de sua aplicação sejam sequer explicitados – o insular parâmetro é o da “razoabilidade do relato”, a ser avaliada pela unidade de ouvidoria ou correição –, com o que se instaura situação de extrema insegurança para todas as partes envolvidas. O risco penal persiste.

Entre nós, a situação apresenta, por fim, uma peculiaridade digna de menção. O legislador brasileiro, como é fácil de perceber, revela inconsciente despreço por todas as formas de segredo, mas, em especial, pelo segredo empresarial, cuja divulgação “sem autorização”, a despeito do cunho patrimonial desse bem, enseja pena especialmente branda de três meses a um ano. Esse despreço talvez convide a que se veja no comportamento eventualmente ilícito do *whistleblower*, no setor privado, um pecadilho venial, se comparado aos ilícitos que ele pode revelar. Esse subdimensionamento do valor dos segredos empresariais na ordem jurídica brasileira merece reparo. Também outras formas de segredos gozam de diminuta tutela – como os segredos profissionais (art. 154 do CP) –, o que surpreende em face da crescente preocupação com a proteção de dados pessoais de todas as naturezas, ainda que não acobertados por sigilo. No setor público, com razão, essa proteção é um pouco mais robusta, como revelam o art. 153 § 1º e o art. 325 do CP.

## 3. Balanço

A despeito do candente debate mundial em torno do *whistleblowing*, o tema da responsabilidade penal do *whistleblower* permanece pendente de uma solução, tanto no ambiente europeu como entre nós. O desafio reclama equilíbrio e sobriedade, não euforia ou rechaço. É preciso reconhecer a relevância dos relatos de *insiders* para desvendar ilícitos corporativos – o que apenas ocorrerá se houver relativa proteção contra sanções futuras –, sem conferir-lhes uma espécie de “*bill de indenidade*” contra a persecução criminal. Afinal, além dos complexos casos que envolvem obtenção ilegal de dados, ou repasse de informações sabidamente falsas, a revelação indistinta, a qualquer órgão externo, de informações sobre uma corporação, ainda que animada por genuína vontade de contribuir com o Estado, pode realizar outros tipos penais. Se *whistleblowers* são fontes inestimáveis de informação, são também destinatários das normas penais.

A pergunta parece ser: além da garantia do anonimato, da proteção contra represálias profissionais e das reparações por eventuais danos reputacionais que venha a sofrer, deve o *whistleblower* gozar, sempre, de uma isenção de pena? É preciso, então, pensar na legitimidade,

no formato, mas sobretudo nos limites dessa causa de exclusão de responsabilidade penal.

## III. Exclusão da responsabilidade penal dos *whistleblowers*: legitimidade, formato e limites

### 1. Premissas

A edificação de uma tal causa de exclusão de responsabilidade, neste estudo, deve partir de algumas premissas, também em razão do espartilho dos caracteres:

a) A primeira é a de que em primeiro plano está o caso mais problemático, ou seja, o do informante que revela, em face de órgão externos à organização – ao lado das informações relacionadas à prática de ilícitos – informações sigilosas, o chamado *whistleblowing* externo. É o caso do que funcionário que se dirige diretamente a órgãos de imprensa ou a plataformas digitais, e não a canais internos à corporação ou a órgãos de persecução. Exemplos: para revelar estratégia de corrupção na liberação de licenças ambientais, o funcionário A entrega a órgãos externos estudos técnicos que revelam a fórmula de um determinado produto; para desvendar crimes licitatórios, o funcionário B divulga dados secretos que compunham o banco de dados da Administração Pública.

b) A segunda é a de que, em regra, a informação ocorre quando o delito já está consumado, ou seja, quando não há um perigo atual, nem sob a forma de perigo permanente,<sup>17</sup> para um bem jurídico; o informante se transforma em *longa manus* do Estado na persecução de ilícitos.

c) A terceira é a de que o informante não possui (ainda) um dever de comunicar ou de impedir crimes; ele não é, por exemplo, um garantidor.<sup>18</sup> Ressalvados membros do Conselho Fiscal de sociedades por ações, a quem a lei dirige uma atribuição de comunicar crimes de que tem notícia (art. 163 IV da Lei 6.404/76), e em face de ausência de um crime de omissão do dever geral de comunicar crimes,<sup>19</sup> o *insider* atua *sponte propria*.

d) A quarta é a de que o informante não é partícipe ou coautor, e não visa a granjear benefícios processuais ou penais de qualquer natureza, o que o distingue do colaborador premiado.

e) A última premissa é a de que vai aqui pressuposto que tudo ocorre sob a égide um Estado de Direito, em que crimes são regularmente processados por instâncias independentes. Tampouco tenho em mente casos de espionagem e revelação de segredos estatais relacionados a graves violações de direitos humanos, que encontram regulação no novo art. 359-K do CP, em cuja § 4º se lê: “Não constitui crime a comunicação, a entrega ou a publicação de informações ou de documentos com o fim de expor a prática de crime ou a violação de direitos humanos.”

### 2. Legitimidade

Postas as coisas nesses termos, a questão da legitimidade de uma causa de exclusão de responsabilidade pode ser respondida positivamente. De fato, as causas de justificação clássicas parecem não contemplar a ação do informante. Não há uma agressão iminente a direito próprio ou alheio, no sentido da legítima defesa (art. 25 do CP), e nem parece haver perigo para um bem a ser salvo, já que os ilícitos estão, no mais das vezes, já consumados, com o que a regra do estado de necessidade também sai de cena (art. 24 do CP). O informante, ademais, não é um agente infiltrado, ou um coautor que decide confessar, nem tampouco um colaborador premiado, mas um mero *insider* que, aparentemente, nada tem a ganhar, e parece apenas desejar contribuir com a investigação de um ilícito. Retribuir, sempre, tal contribuição com pena criminal parece um desatino estatal. Se as causas de justificação clássicas fracassam, talvez seja o caso, de fato, de prever uma regra específica para os informantes, que matize o risco penal de sua atuação. Resta saber o formato dessa exclusão.

### 3. Formato

Uma hipótese clássica de exclusão do tipo, tal como sugere o legislador alemão, deve ser descartada. Causas de exclusão do tipo são construídas a partir de uma interação com o titular do bem jurídico ou com vista à própria natureza do bem, que sugere uma limitação dos métodos de sua agressão. Além disso, as razões que excluem o tipo são abstratas, e prescindem de uma ponderação no caso concreto; a ponderação é feita pelo legislador. Logo se vê que a exclusão de responsabilidade do *whistleblower* nada tem a ver com o bem protegido pelo delito – por exemplo, de divulgação de segredo –, e parece depender de uma ponderação concreta, como revela inequivocamente a regra alemã, que faz a exclusão depender da aptidão (concreta) para proteger etéreo

“interesse público”. Estamos diante de uma compensação de uma realização típica, ou seja, de uma causa de justificação.

Uma remissão ampla às causas de justificação por meio de um elemento da valoração global do fato (“sem justa causa”) – que desafia os limites entre tipo e antijuridicidade –, além de não explicitar os indispensáveis limites e permanecer vaga, fracassaria diante da não incidência de causas clássicas de justificação na hipótese.

O drama das causas de justificação no Direito Penal reside, contudo, precisamente em sua multipolaridade: elas, enquanto instrumentos de separação de esferas jurídicas de liberdade dos cidadãos, não envolvem apenas uma liberação *in concreto* de uma ação abstratamente proibida para o seu autor, mas impõem a alguém um dever de suportar uma intervenção em sua esfera.<sup>20</sup> Não se trata apenas do que um cidadão (ou a sociedade) ganha, mas também do que alguém perde. Daí terem as causas de justificação uma natureza, em regra, “conservadora”, no sentido de garantir a distribuição de bens já existentes no mundo – salvar um bem, repelir uma agressão –, e apenas excepcionalmente se admite uma natureza “prospectiva” às justificações, no sentido de contribuir com a melhora dessa distribuição de bens, sobretudo nos casos em que há o exercício de algum direito fundamental.<sup>21</sup> Uma liberação total ou demasiadamente generosa da responsabilidade dos informantes, ainda que atenda à finalidade persecutória, poderia, portanto, desproteger bens jurídicos relevantes, de cunho patrimonial, no caso do segredo empresarial, mas também outras formas de segredo. Afinal, a existência de um ilícito isolado em seu seio não pode desguarnecer completamente o segredo da empresa. Daí ser essencial desenhar os limites de uma legítima justificação do comportamento do *whistleblower*.

#### 4. Limites

No curto espaço de que disponho, quero apenas desenhar as linhas mestras de um caminho possível, que equilibre a delicada situação do informante. A solução, segundo vejo, está não na criação *ad hoc* de regras *sui generis* de exclusão de responsabilidade, mas na adaptação das regras do estado de necessidade. O desafio é integrar esse novo fenômeno ao sistema de causas de justificação. A confrontação da estrutura do estado de necessidade com o caso do informante revela que, a rigor, estamos diante de um quase estado de necessidade defensivo e de terceiro (ou estado de necessidade impróprio): quase, porque, como vimos, está ausente o perigo atual a um bem, ainda que na forma de “perigo permanente”, uma vez que o delito já está consumado; defensivo, porque a ação do informante viola um bem que provém da esfera da fonte de perigo, no caso, a corporação; de terceiro, porque o denunciante não salva bem próprio, e atende ao interesse coletivo de persecução de crimes.

A justificativa para a admissão de um “quase” estado de necessidade, sem perigo atual, está na compreensão de que organizações públicas e privadas, como fontes de perigo para bens jurídicos, possuem igualmente uma espécie de “*corporate citizenship*”,<sup>22</sup> que se revela de forma mais intensa no setor público. Há, de fato, um fundado interesse coletivo no sentido obter informações sobre práticas ilícitas em corporações. Essa justificativa, todavia, ao mesmo tempo em que alarga pontualmente o âmbito do estado de necessidade para informantes,

confere-lhe os seus limites, aqui apenas indicados:

a) Em primeiro lugar, um olhar pragmático sobre o incentivo a informantes como parte de uma notória estratégia de privatização da persecução criminal revela que essa atuação “delegada” deve estar adstrita a limites precisos, não podendo estar lastreada em um fugaz “interesse público”. Afinal, o Estado e seus agentes apenas podem atuar com base em regras específicas, e não com base em cláusulas gerais. Não se pode contornar essa limitação a partir de uma delegação a agentes privados que atuam “no interesse público”, presumindo uma irrealista finalidade altruísta na revelação das informações.

b) A necessidade de delimitação precisa é confirmada por ideias que já habitam a estrutura das causas de justificação, que são resistentes à promoção de interesses coletivos. Pense-se na excepcionalidade da lesão a bens individuais para salvar bens coletivos e na preferência por “vias institucionais de resolução do conflito”, no contexto do estado de necessidade.<sup>23</sup>

c) Daqui decorre um primeiro limite de natureza objetiva: o ilícito revelado pelo informante, por sua qualidade e forma de execução, deve possibilitar uma *prognose* consistente, no sentido de que dessa organização decorre uma situação próxima a um “perigo permanente” a bens jurídicos; o ilícito revelado seria algo como uma “estratégia organizacional”, não um fato isolado.

d) Os ilícitos desvendados devem, ainda, ter natureza jurídico-penal e possuir uma determinada gravidade – ao contrário do que prevê a atual regra alemã, que se contenta com quaisquer outros comportamentos errôneos, até mesmo sob o aspecto meramente ético, e também do art. 4-A §1º da Lei 13.608/18<sup>24</sup> – e, além disso, devem estar relacionados com a atividade da empresa.

e) Por estar ausente elemento próprio do estado de necessidade defensivo propriamente dito, as faculdades de ação do informante não devem ser tão amplas como seriam no caso normal; as regras de ponderação devem ser, assim, aquelas mais rigorosas existentes para o estado de necessidade agressivo, o que implica em análise da necessidade e da adequação – ou da “razoabilidade do sacrifício”, como prefere nosso legislador – da revelação do segredo; entre outras coisas, se o informante é *longa manus* do Estado e sua atuação é excepcional, deve-se dar preferência ao *whistleblowing* interno e, em segundo lugar, à comunicação ao Estado, e não à imprensa ou o imediato recurso a plataformas digitais; apenas em caso de inexigibilidade de seguir por essas vias preferenciais, é que se poderá recorrer a órgãos externos; como se sabe, a “Diretiva *Whistleblowing*”, em seus artigos 10 e 15, não impõe uma ordem de preferência entre os canais de denúncia, por razões estranhas ao Direito Penal.

#### III. Nota conclusiva

Com a construção de uma limitada causa de justificação, de critérios claros e objetivos, é possível encontrar o necessário equilíbrio entre proteção do informante que contribui de *bona fide* com a persecução criminal e a tutela de bens jurídicos individuais relevantes, sem vilipendiar o sistema das causas de justificação no Direito Penal. A teoria do delito é um músculo vivo, capaz de absorver os novos fenômenos e de orientar o labor legiferante. A ciência é o *whistleblower* do legislador.

#### Notas

<sup>1</sup> Os informantes externos à organização, a rigor, oferecem a clássica *notitia criminis*.

<sup>2</sup> Não cuidarei da hipótese de prévia obtenção ilegal de informações posteriormente reveladas.

<sup>3</sup> “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; (...) Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

<sup>4</sup> “Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

<sup>5</sup> “Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

<sup>6</sup> Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.”

<sup>7</sup> Cf. o art. 4º e o art. 4º-C da Lei 13.608/08, que mencionam recompensa a informantes no setor público.

<sup>8</sup> Para rememorar o título de artigo de *Ragués*, InDret 2006, p. 1 e ss. Disponível em: <https://indret.com/heroes-o-traidores/>

<sup>9</sup> Cf., a título de exemplo, a recente iniciativa do CNJ de regular os programas de integridade no âmbito do Poder Judiciário. (BRASIL, 2021).

<sup>10</sup> Cf. a monografia do já citado *Ragués* (2013).

<sup>11</sup> Para um histórico cf. Mueller (2019).

<sup>12</sup> Mais detalhes e referências sobre o que segue em meu estudo *Leite*, GA 2021, p. 129 e ss. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8037401>

<sup>13</sup> O § 4 contém as proibições de revelar segredos empresariais.

<sup>14</sup> Existe Projeto Governamental apresentado pelo Ministério da Justiça e da Proteção aos Consumidores (BMJV), pendente ainda, contudo, a 3 meses do prazo, de maior discussão parlamentar.

<sup>15</sup> A Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) trata apenas de pessoas jurídicas e considera a existência de canais de denúncia como um fator a ser levado em conta na medição das sanções aplicadas; cf. também o art. 42 X do Dec. 8.420/15.

<sup>16</sup> Cf. Ruivo e Pires (2020).

<sup>17</sup> O papel do *whistleblower* na prevenção a delitos convida a outras reflexões. Cf. de Grandis (2015). Ver também *Ávila e Tinen* (2021).

<sup>18</sup> O que o difere do *compliance-officer*, a quem se atribui, segundo posição dominante, uma posição de garantidor.

<sup>19</sup> Até onde vejo, existe apenas a contravenção do art. 66 I (Decreto-Lei 3.688/41) e o crime de condescendência criminosa do art. 320 do CP, dirigidos a funcionários públicos, além de um dever de comunicar ilícitos eleitorais (art. 356 do Código Eleitoral), cuja violação, ao que parece, não enseja pena. Ver Souza (2020).

<sup>20</sup> Em detalhes e com referências, minha tese de doutorado (LEITE, 2019).

<sup>21</sup> Essa ideia foi desenvolvida em *Leite*, GA 2021, p. 129 e ss. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8037401>

<sup>22</sup> Ou, como preferem alguns, uma “*corporate social responsibility*” (CSR).

<sup>23</sup> Cf. Greco et al (2018, p. 31 e ss.).

<sup>24</sup> Que fala em “quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público”.

Autor convidado

# CONTROLE JUDICIAL NOS CASOS DE RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO OFERECIMENTO DA PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

*JUDICIAL CONTROL IN CASES OF REFUSAL OF THE PUBLIC MINISTRY TO OFFERING THE PROPOSAL OF NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT*

## Stephanie Carolyn Perez

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires. Professora de Direito Penal e Processo Penal. Advogada criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1003996905918318>

ORCID: 0000-0001-6905-0493

[stephanie\\_carolyn@hotmail.com](mailto:stephanie_carolyn@hotmail.com)

## Ulisses Augusto Pascolati Junior

Doutor em Direito Penal pela USP. Professor de Direito Penal. Juiz de Direito do TJSP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2869684720356839>

ORCID: 0000-0003-4647-4028

[upascolatijr@tjsp.jus.br](mailto:upascolatijr@tjsp.jus.br)

**Resumo:** O objetivo do presente texto é trazer algumas luzes com relação ao posicionamento do Ministério Público acerca do acordo de não persecução penal como instrumento de política criminal de avaliação discricionária. O ponto central, portanto, levando em conta o conteúdo dos Enunciados 21 da Procuradoria Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo, e 19 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, é pensar em um mecanismo de controle externo à atuação do Ministério Público, na hipótese do investigado, mesmo atendendo aos requisitos exigidos pela lei, tendo, portanto, direito ao referido instituto, ter negado o direito de celebrar o acordo sob o argumento ministerial de não ser necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal - Falta de interesse - Rejeição da denúncia - Controle externo.

**Abstract:** The purpose of this article is to shed some light on the position of the Public Prosecutor regarding the non-criminal prosecution agreement as an instrument of criminal policy for discretionary assessment. In this sense, the central point, taking into account the content of Statements 21 of the Public Prosecutor's Office of São Paulo and 19 of the National Group of Criminal Division Coordinators, is thinking in a mechanism for external control of the Public Prosecutor's role in the case of the investigated, even meeting the requirements required by law, and therefore having the right to that institute, having denied the right to conclude the agreement under the ministerial argument of not being necessary and sufficient to reprobation and crime prevention.

**Keywords:** Non-criminal prosecution agreement - Lack of interest - Rejection of the complaint - External control.

## I - Considerações iniciais

A Lei 13.964/2019, conhecida como "Lei Anticrime", além de recrudescer o tratamento conferido a determinados delitos, também previu, no art. 28-A do CPP, o acordo de não persecução penal (ANPP), conferindo tratamento negocial aos delitos de média potencialidade lesiva.

Trata-se de mecanismo de solução consensual celebrado entre o titular da ação penal (Promotor de Justiça) e o autor do fato delituoso, assistido por seu defensor, por meio do qual o autor do fato confessa formal e circunstancialmente a prática de um delito, sujeitando-se ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade em troca do compromisso do Ministério Público de não

oferecer denúncia, o que, na dimensão prática, representa uma verdadeira mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, já que, embora o Ministério Público possua justa causa para o oferecimento da denúncia, não o fará, caso o acusado cumpra todas as condições pactuadas.

Ao regulamentar o ANPP, o legislador estabeleceu requisitos de natureza objetiva e subjetiva. Com relação aos requisitos objetivos temos: a) não ser caso de arquivamento da investigação; b) tratar-se de infração penal praticada sem violência ou grave ameaça; c) ser a pena mínima cominada ao delito inferior a 4 anos, consideradas as causas de aumento ou diminuição; d) não ser cabível a transação penal; e) não ter sido o crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticado contra



a mulher por razões de condição do sexo feminino; e, por fim, e mais importante, f) ser o ANPP necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Com relação aos requisitos subjetivos, temos as seguintes condições: a) deve o agente confessar formal e circunstancialmente a prática da infração; b) não pode o agente ser reincidente ou "criminoso habitual", salvo se as infrações pretéritas forem insignificantes;<sup>1</sup> e, por fim, c) não ter sido o agente beneficiado, nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração com celebração de outro ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Preenchidos os requisitos legais no plano concreto-normativo, Ministério Público e investigado, este sempre acompanhado de defesa técnica, estabelecerão algumas condições (art. 28-A, inc. I a V, CPP) e, sendo estas cumpridas, ao final declara-se extinta a punibilidade do agente (art. 28-A, §13, CPP). O problema surge nas situações em que o Ministério Público, mesmo havendo o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos, se nega a oferecer a possibilidade da solução consensual, fundamentando-se no Enunciado 21, segundo o qual:

A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado.<sup>2</sup>

Nesta situação, o que pode ser feito?

## II - Instrumento limitado de política criminal

Imperioso anotar que a discussão não gira em torno da natureza jurídica do ANPP, é dizer, se seria ou não direito subjetivo do autor do fato. Neste momento a discussão cinge-se a que, presentes os requisitos delineados pela lei, o não oferecimento da proposta de acordo sob o argumento de se tratar de instrumento de política criminal de avaliação discricionária revela-se em ato arbitrário, passível de controle externa *corporis*, mesmo que a decisão do Ministério Público seja arrimada na "necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime".

O ANPP – não se nega – é, de fato, instrumento de política criminal e objetiva evitar o encarceramento de pessoas investigadas pela prática de crime de média potencialidade lesiva. Entretanto, a compreensão de se tratar de instrumento de política criminal não pode funcionar como meio de se evitar a justiça consensual e, por conseguinte, após regular processo, contribuir justamente com possível encarceramento.

A política criminal, como um setor da política que envolve decisões sobre a vida na *polis*, é exercida em todos os níveis do sistema de justiça criminal e, assim, por óbvio, não é infensa ao Ministério Público, que é o titular da ação penal pública e órgão da persecução penal. Logo, é aceitável e se coaduna com possível orientação político-criminal recrudescedora (para "reprovação e prevenção do crime") à elaboração de estratégias, táticas, métodos ou diretrizes para o controle formal do delito por meio do não oferecimento do ANPP. Entretanto, o que não é aceitável, é a utilização de um instrumento de política criminal

de forma arbitrária, até porque, não se pode olvidar, os princípios de política criminal são ferramentas fundamentais para combater possível intervenção arbitrária do Estado.<sup>3</sup>

É inegável que o oferecimento da possibilidade do acordo seja prerrogativa institucional do Ministério Público, até porque o legislador mitigou, mais uma vez – como já o fizera quando tratou da transação penal e da suspensão condicional do processo –, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Todavia, essa prerrogativa deve ser exercida dentro do esquadramento legal previsto pelo legislador, limitador, portanto, de qualquer compreensão de que se trata de atividade discricionária plena.

O legislador permitiu, no *caput* do art. 28-A do CPP, uma avaliação discricionária quanto ao oferecimento do ANPP. Entretanto, a possibilidade de ofertar ou não a solução consensual do conflito penal é juridicamente vinculada aos requisitos firmados na lei, ou seja, o Ministério Público até pode não ofertar o acordo se entender que o instrumento político-criminal não é apto (necessário e suficiente) à reprovação e prevenção do crime, contudo, esta atividade discricionária, representada pela escolha ótima e sinalizada pela necessidade e suficiência, deve vir balizada pela presença ou não dos requisitos legais.

Em outros termos, se os requisitos previstos no art. 28-A não estiverem atendidos, a conclusão é que o acordo não é suficiente e necessário à reprovação e prevenção do crime. Mas, por outro lado, se os requisitos estiverem presentes, a discricionariedade representada pela "reprovação e a prevenção" do *caput* deve ser interpretada juntamente com os demais requisitos, ou seja, o legislador indica que, se o autor dos fatos preencher os requisitos para celebração do ANPP, a celebração do acordo é o caminho indicado para a solução negociada do conflito penal, ou, de outra forma, necessário e também suficiente para prevenção e reprovação do crime.

O legislador não deixou ao Ministério Público uma atividade discricionária plena, mas sim regrou-a, estabelecendo as balizas para a escolha político-criminal a ser implementada.

No plano geral e abstrato, foi o legislador quem, de antemão, escolheu as situações nas quais a celebração do ANPP será possível ou não, necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Pense-se, por exemplo, em determinada situação envolvendo violência doméstica. Mesmo que o autor dos fatos preencha todos os requisitos legais, por questões político criminais (p. ex., o crescente número de mulheres vítima de violência), o legislador vetou a possibilidade de acordo. Portanto, a exigência de que o ANPP seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime não pode ser compreendida sem o preenchimento dos demais requisitos dispostos na lei. O ANPP será necessário e suficiente quando estiverem presentes os requisitos legais. São eles, destarte, que balizam a escolha discricionária do Ministério Público. A necessidade e a suficiência para reprovação e prevenção do crime, que dão o tom da discricionariedade (da escolha ótima), devem ser balizadas pelos pressupostos legais.

Destarte, da forma como redigidos os enunciados, vale dizer, ao considerar o ANPP instrumento de política criminal de avaliação discricionária, sem a observância dos requisitos balizadores da escolha do Ministério Público, abre-se caminho para um decisionismo arbitrário, eis que impõe ao Direito uma aplicação relegada ao campo da "sorte ou azar". A casuística, nesse sentido,



é incompatível com a segurança jurídica necessária dentro de um Estado Democrático de Direito. Ademais, ressalte-se, a política criminal considerada de forma isolada, sem, portanto, os postulados da dogmática e dos princípios limitadores, é porta de acesso de legitimação de qualquer forma de atuar do Estado.<sup>4</sup>

### III- Controle externa *corporis* e a rejeição da denúncia por falta de justa causa

Assim, da forma como propostos os enunciados, ou seja, considerar o ANPP como instrumento de política criminal de avaliação discricionária do Ministério Público é fonte de arbítrio, devendo, como todo ato estatal, ser passível de controle. O problema que surge então é: como controlar essa atividade do Ministério Público?

A Lei 13.964/19 previu apenas e tão-somente uma forma de controle prevista no §14, do art. 28-A, qual seja: havendo recusa por parte do membro do MP em propor o ANPP, o autor dos fatos/investigado pode requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 do CPP. Ora, ainda que seja o Magistrado quem remeta os autos à instância superior do Ministério Público, trata-se, na verdade, de controle interna *corporis*, sem interferência externa. Em outros termos, e considerando que o entendimento proposto pelos enunciados orienta a atuação de toda a instituição, o que fazer se, mesmo com a remessa dos autos, a superior instância mantém o entendimento de que se trata de instrumento de política criminal de avaliação discricionária?

Inicialmente, urge deixar sublinhado que em qualquer Estado de Direito os poderes das autoridades são essencialmente limitados. Nos regimes democráticos não há poderes absolutos e, ao lado do importante dogma da separação dos poderes e funções, é imperiosa a necessidade de controle externo dos Poderes e das instituições do Estado. O que se quer dizer com isto? Da forma como pensados os enunciados e não havendo controle externa *corporis*, o investigado fica sujeito a eventuais arbítrios, sendo submetido a indevido e, por si só, estigmatizante processo penal.

Assim, sustenta-se que, ao negar o ANPP e sendo oferecida denúncia, consequência natural das investigações, é lícito ao Magistrado, no exercício do controle da ação penal,<sup>5</sup> rejeitar a

denúncia uma vez que, mesmo havendo meio eficaz de solução do conflito, opta o Ministério Público por procurar o caminho mais burocrático e custoso, cuja solução final – resolução do conflito penal com aplicação de pena pelo Magistrado – poderia ser alcançada no ANPP mediante assunção de algumas obrigações, dentre elas a imposição de pena não privativa de liberdade.

Dessa forma, e como solução possível, entende-se que a via jurisdicional no caso em questão não pode ser acionada porque não se esgotou previamente a tentativa de autocomposição posta pela lei, ou seja, um meio alternativo mais rápido, econômico e menos estigmatizante para se alcançar a resposta penal. Vale dizer, não oportunizando a celebração de ANPP, o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, carecerá de justa causa para o ajuizamento da demanda (art. 395, inc. III, do CPP).

A justa causa, a seu turno, pode ser analisada sob duas dimensões: a) presença de indícios de autoria e prova de materialidade; b) controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.<sup>6</sup> O termo justa causa, conforme advertência da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, é impreciso, na medida em que “causa possui significado vago e ambíguo enquanto que justo constitui juízo de valor”. Além do mais, afirma a Ministra, que a “justa causa” exerce uma função de mediação entre a realidade social e a realidade jurídica e, acima de tudo, representa um “antídoto, de proteção contra o abuso de direito”. Não obstante **Aury Lopes** propor classificação que possua como pressupostos situações relativas à insignificância, e levando-se em conta que a justa causa exerce a função de mediar a realidade concreta e a realidade normativa, além de ser um filtro com relação ao abuso do direito de acusar, seria possível o exercício do “controle fragmentário” na hipótese aqui proposta, na medida em que, como salientado, havendo um instrumento processual menos invasivo para a solução do litígio e que, acima de tudo, não gere as consequências típicas de uma condenação penal (art. 28-A, §12), é ele que - preenchidos todos os requisitos legais, e se orientando o Poder Judiciário por uma política criminal voltada à proteção do sujeito de direito- deve ser utilizado, ainda mais se considerado que a atividade do Ministério Público, em que pese discricionária na escolha, é vinculada aos pressupostos legais.

#### Notas

- <sup>1</sup> Anote-se a dificuldade de concreção deste requisito negativo diante da porosidade do significado das expressões “criminoso habitual” ou “infração pretérita” insignificante.
- <sup>2</sup> Enunciado cujo teor não discrepa do enunciado 19 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCRIM): “O acordo de não persecução penal é facultade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”.
- <sup>3</sup> “La política criminal se ejerce en todos los niveles del denominado 'sistema del Derecho Penal'. Así, se ejerce política criminal por el constituyente al configurar un determinado 'marco de lo posible' para la intervención punitiva del Estado (interpretado por los

tribunales constitucionales nacionales, quienes, por tanto, también realizan política criminal)”. (SILVA SÁNCHEZ, 2009, p.15).

- <sup>4</sup> Sobre a interação da dogmática e da política criminal na missão de trazer segurança jurídica: Silva Sanchez (2012, p. 63-71); Jescheck e Weigend (2002, p. 46); Muñoz Conde (2001, p. 279-283).
- <sup>5</sup> O controle exercido pelo Poder Judiciário quando da análise da ação penal é justamente “obstar seu emprego abusivo”. (SILVEIRA, 2012, p. 186).
- <sup>6</sup> Classificação tomada de empréstimo de Aury Lopes Junior (2008, p. 94-99; 2020, p. 240-241).

#### Referências

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira, BOTTINI, Pierpaolo Cruz, PACELLI, Eugênio (coord). *Direito penal contemporâneo*. Questões controversas. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares S.L, 2002.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. (Re)pensando as condições da ação processual penal desde as categorias jurídicas próprias do processo penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (org.). *Ciências penais e sociedade complexa I*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: IBdef,

2001.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*. Un retorno a los principios. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Tiempos de Derecho Penal*. Buenos Aires: IBdef, 2009.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)

# A ADVOCACIA E A LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

ADVOCACY AND THE MONEY LAUNDERING LAW

## Rafael Junior Soares

Doutorando em Direito pela PUC/PR.  
Mestre em Direito Penal pela PUC/SP.  
Professor de Direito Penal da PUC/PR. Advogado.  
ORCID: 0000-0002-0035-0217  
rafael@advocaciabittar.adv.br

## Luiz Antonio Borri

Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar.  
Professor de Direito Penal da Unicesumar. Advogado.  
ORCID: 0000-0001-7649-1270  
luiz@advocaciabittar.adv.br

**Resumo:** O presente artigo examina a proposta de regulamentação da advocacia frente à lei de lavagem de dinheiro, que foi recentemente apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Diante disso, com base no método hipotético-dedutivo, valendo-se da técnica de revisão bibliográfica, sustenta-se que a normativa do órgão de classe oferece contornos mais seguros à profissão no recebimento de honorários e na necessidade de comunicação de operações suspeitas, permitindo que os profissionais atuem sem risco de incorrerem em responsabilidade administrativa ou até mesmo penal.

**Palavras-chave:** Lei de lavagem de dinheiro – Advocacia - Regulamentação.

**Abstract:** The present article examines the legal practice regulation proposal regarding the money laundering law that was recently presented by the Brazilian Bar Association. Considering these events, based on the hypothetical-deductive method with the bibliographic review technique, it is supported that the normative of the class entity offers safer guidelines in receiving fees and the need to report suspicious transactions for the profession, allowing the practice of law without the risk of administrative or even criminal liability.

**Keywords:** Money laundering - Legal practice - Regulation.

A Lei 9.613/98 completou recentemente vinte e dois anos de existência, recebendo um grande impulso com os aprimoramentos operados por meio da reforma inserida pela Lei 12.683/12. Apesar dos avanços, a Câmara dos Deputados anunciou a criação da comissão de juristas visando à elaboração de um anteprojeto de reforma da legislação,<sup>1</sup> com temas que constantemente provocam insegurança jurídica, como, por exemplo: caixa dois eleitoral, alargamento do tipo objetivo, natureza jurídica do crime, retirada de valores ou dos bens dos sujeitos.

Não obstante a variedade de temas que serão tratados pela comissão de juristas e sua importância em termos de modificação legislativa, também merece atenção a proposta encaminhada pela OAB<sup>2</sup> quanto à regulamentação da atuação da atividade profissional do advogado no tocante aos mecanismos de controle da lei de lavagem de dinheiro. Isso porque, desde o advento da Lei 12.683/12, instaurou-se celeuma a respeito dos limites do advogado<sup>3</sup> no tocante às obrigações de identificação dos clientes, manutenção de registros e, em especial, comunicação de operações suspeitas, uma vez que o art. 9º, XIV, incluiu as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações, como sujeitos obrigados.

O objetivo da modificação legislativa era o de incluir o Brasil nas recomendações do GAFI, as quais já abarcavam a figura do

advogado como um dos sujeitos obrigados ao mecanismo de controle. No entanto, houve intenso debate a respeito dos limites da advocacia consultiva e contenciosa, sem que se tenha chegado a uma conclusão definitiva, o que gerava extrema insegurança acerca dos limites da responsabilidade administrativa e eventualmente penal, além de problemas sérios a respeito do sigilo inerente ao advogado/cliente.<sup>4</sup>

Nesse contexto, à época da modificação da lei de lavagem, a OAB optou por simplesmente asseverar que as obrigações constantes na lei não se aplicavam aos advogados, de modo que não se fazia necessária qualquer regulamentação. Além disso, o COAF havia se manifestado pela necessidade de o órgão de classe realizar sua sistematização.

Na XVII Reunião Plenária da ENCCLA, ocorrida em Belo Horizonte no ano de 2019, reforçou-se a necessidade de a OAB finalmente regulamentar a atuação do advogado frente à lavagem de dinheiro, observando, naturalmente, o regime de inviolabilidade e o sigilo nas relações entre o advogado e o cliente.<sup>5</sup>

No final do ano 2020, a OAB apresentou proposta de provimento buscando traçar parâmetros mais seguros para a atividade profissional, com a delimitação de medidas de prevenção à lavagem de dinheiro para advogados e sociedade de advogados em três capítulos.<sup>6</sup> Embora o provimento não tenha prosperado, a discussão deu ensejo à edição de normativa regulamentando

meios para comprovação da prestação de serviço pelo advogado.

O primeiro capítulo tratava dos princípios gerais de prevenção da lavagem de dinheiro (art. 1º e 2º), ao reforçar o papel do advogado como essencial à administração da justiça, bem como esclarecer que o advogado não deve colaborar de forma alguma com o crime de lavagem de dinheiro, da mesma forma que a prestação legítima de atividades privativas de advogado, com o posterior recebimento dos honorários, não se caracterizam como concorrência para a lavagem de ativos. Os dispositivos apenas reforçavam a função desempenhada pelo advogado e afastavam qualquer intenção de criminalização da profissão.

O segundo capítulo abordava os honorários profissionais (art. 3º ao 9º),<sup>7</sup> detalhando especialmente que a comprovação da prestação de serviços poderá ocorrer de várias formas, a fim de se evitar qualquer espécie de criminalização em relação ao efetivo serviço prestado pelo profissional. Igualmente, havia menção de que o recebimento de valores a título de pagamento de honorários para a finalidade de repasse ilegal a terceiros, com ou sem a celebração de contrato, ensejará a responsabilidade tanto disciplinar quanto nas demais esferas. O caso evidencia uma postura de concurso do advogado com a lavagem de dinheiro e que não poderia ser protegida pela legislação.

Por fim, o terceiro e mais relevante capítulo definia os deveres relacionados à comunicação de operações suspeitas. Aqui é importante destacar que se pretendia estipular que não se sujeitam às obrigações de comunicação de operações suspeitas as seguintes prestações de serviços (art. 11): a) consulta jurídica ou emissão de parecer para orientar ou determinar a posição jurídica do cliente; b) representação em processos de todas as ordens, incluindo-se as atividades de consultoria, aconselhamento, assessoria sobre o início ou a evitação de um litígio ou procedimento de qualquer natureza.

Por outro lado, em relação às atividades descritas no art. 9, XIV, da lei de lavagem de dinheiro, o provimento (art. 10) menciona que regulamentará, no prazo de noventa dias, as medidas de prevenção e controle de lavagem de dinheiro, deveres e obrigações de identificação e cadastro de clientes, registro de operações, guarda e conservação de registros e documentos, e comunicação de atividades suspeitas ao COAF relacionadas a advogados e sociedades de advogados que atuarem para ou em nome de cliente na preparação ou execução das operações.

Ademais, todas as informações, dados e documentos recebidos do cliente ou de terceiro antes, durante ou após o exercício das atividades mencionadas, inclusive aqueles obtidos para elaboração de proposta de trabalho, ainda que não se concretize a contratação, estão sujeitos a sigilo profissional e à inviolabilidade

da Lei 8.906/94.<sup>9</sup>

A doutrina aborda o possível conflito entre o art. 9º, XIV, da Lei 9613/98 com o dever de sigilo imposto ao profissional da advocacia admitindo que, no exercício das atividades típicas da advocacia (p. ex. representação de cliente em processo judicial) subsiste o sigilo profissional, ou seja, inexistente o dever legal de comunicar atividades suspeitas dos clientes. Situação distinta ocorre em relação às consultorias extrajurídicas, vale dizer, atividades que não envolvem qualquer ato de defesa do cliente ou possível processo judicial e não se sujeitam à regulação da OAB. De toda sorte, é muito tênue a linha entre a aplicação do dever imposto na Lei 9.613/98 e a configuração de infração ética por violação do sigilo profissional.<sup>10</sup>

Por sua vez, **Marcelo Botlouni Mendroni** (2018) sustenta que o sigilo profissional não é absoluto e, assim, observa que, em relação ao advogado, podem ocorrer três hipóteses: (i) advogado não constituído pelo cliente (envolve a situação na qual, antes de contratar o advogado, o cliente estabelece conversa, buscando

orientação com ele); nesse caso, inexistente dever do advogado comunicar autoridades a respeito de eventual prática de lavagem de dinheiro que chegue ao seu conhecimento; (ii) advogado constituído para serviço de assessoria ou consultoria em relação às atividades descritas no art. 9º, XIV, da Lei 9.613/98: o advogado possui obrigação de comunicar o COAF sobre eventual prática de lavagem de ativos que tome conhecimento; e (iii) advogado constituído para representação processual: desde que saiba ou deva saber da origem criminosa do dinheiro utilizado, ainda que para pagamento dos seus honorários, poderia responder pela prática de ilícito penal.<sup>11</sup>

Em contraponto à posição que admite a configuração de lavagem

de ativos no ato de receber honorários pelo defensor há ampla doutrina.<sup>12</sup> Assim, sustenta-se que, ante o caráter supraindividual do bem jurídico tutelado, nenhum perigo seria verificado pelo normal exercício profissional; noutras palavras, a prática do advogado não afeta quaisquer dos bens jurídicos protegidos, porque não gera risco além do permitido.<sup>13</sup> O tipo penal deve ser interpretado de forma restritiva, de modo que a atuação pautada no cumprimento das regras deontológicas da profissão demonstra, por si só, a ausência de liame com a conduta do autor do delito, a ponto de se rechaçar a tipicidade da conduta. Além disso, a inexistência da posição de garantidor (que não deriva simplesmente da previsão legal) quanto aos advogados também reforça a tipicidade da conduta<sup>14</sup> dos profissionais pelo mero exercício da atividade advocatícia.<sup>15</sup>

De toda sorte, a normativa é importante, porque garante ao advogado padrões técnicos para comprovação da efetiva prestação dos serviços profissionais, permitindo que os defensores conheçam as exigências mínimas para se precaver em termos de apuração de suas condutas, reafirmando a postura de que o recebimento de

*"A DOCTRINA ABORDA O POSSÍVEL CONFLITO ENTRE O ART. 9º, XIV, DA LEI 9613/98 COM O DEVER DE SIGILO IMPOSTO AO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA ADMITINDO QUE, NO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES TÍPICAS DA ADVOCACIA (P. EX. REPRESENTAÇÃO DE CLIENTE EM PROCESSO JUDICIAL) SUBSISTE O SIGILO PROFISSIONAL, OU SEJA, INEXISTE O DEVER LEGAL DE COMUNICAR ATIVIDADES SUSPEITAS DOS CLIENTES."*

honorários pela prestação de serviço deve ser considerado fato atípico. Na mesma linha, fixa de uma vez por todas os deveres e responsabilidades dos advogados e sociedades de advogados na prevenção da lavagem de dinheiro, além de excluir os advogados que não se enquadram na exigência da lei de lavagem de capitais.

É certo que alguns dispositivos preocupam pela vagueza da sua redação, o que permitirá interpretações arbitrárias quanto à possível participação do advogado em lavagem de ativos. Nesse sentido, o art. 4º possibilita o pagamento de honorários advocatícios por terceiros não beneficiário dos serviços profissionais exigindo, no entanto, justificativa.<sup>16</sup> Afinal, o que se entende como suficiente para justificar? Um parente pode adimplir os honorários do defensor para auxiliar seu familiar? São perguntas importantes, que devem ser contempladas em eventual normatização preventiva à lavagem de dinheiro.

Na mesma linha de raciocínio, ao menos dois outros pontos merecem ser abordados, ainda que os limites do presente trabalho impeçam maior verticalização: i) a necessidade de observância à Instrução Normativa 1.761 RFB não deveria constar no art. 9º,<sup>17</sup> seja porque simplesmente reproduz a imposição de cumprir obrigação

fiscal, mas, sobretudo, porque interpretações voluntaristas podem vir a concluir que eventual descumprimento da obrigação fiscal implica em concurso na prática de lavagem de ativos pelo advogado; ii) nas atividades elencadas no art. 10, em face da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deveria constar regulamentação, impondo ao advogado a cientificação do cliente de que informações e documentos entregues não são acobertados pelo sigilo e podem ser utilizados para autoincriminação quando formalizada comunicação aos órgãos competentes.

Portanto, a regulamentação apresentada oferece maior segurança aos advogados, pois a atuação dentro dos limites estabelecidos pela normativa afasta qualquer interpretação equivocada em relação à concorrência com a lavagem de dinheiro, mas ainda carece de aprofundamento e precisão em alguns pontos. Embora a normativa para prevenção à lavagem de dinheiro não tenha sido aprovada pelo Conselho Pleno da OAB, o provimento 204/2021 estabeleceu parâmetros para auxiliar o advogado na comprovação da efetiva prestação de serviços, bem como, tornar mais claros os limites a serem observados para a tutela do sigilo profissional.

## Notas

<sup>1</sup> Fonseca (2020).

<sup>2</sup> O provimento foi rejeitado pelo Conselho Federal da OAB, em decisão tomada em 13 de abril de 2021. A justificativa, de ordem processual, fundou-se na impossibilidade de reverter o tema, que já havia sido apreciado em duas outras oportunidades anteriores. Todavia, foi criada Comissão Especial com o intuito de apresentar ao Conselho Pleno projeto de provimento que estabeleça diretrizes de conduta profissional dos advogados e escritórios de advocacia na prevenção de envolvimento com operações suspeitas de lavagem de capitais. O provimento teria a finalidade de estabelecer diretrizes recomendatórias, com o escopo de prevenir que a advocacia seja utilizada ou envolvida na prática da lavagem de ativos (Proposição 49.0000.2019.07857-0. Disponível em: <https://bit.ly/3gZW9R6>. Acesso em 21.06.2021). Vale esclarecer que, em 15 de junho de 2021, foi publicado o provimento 204/2021, editado em 13 de abril de 2021, pelo Conselho Pleno da OAB, estabelecendo a forma de comprovação de serviços advocatícios por advogados e sociedades de advogados (Disponível em: <https://deob.oab.org.br/pages/materia/335215?termo=>. Acesso em 01.09.2021).

<sup>3</sup> Na doutrina, aponta-se que o advogado poderia surgir no contexto do delito de lavagem de dinheiro em três grupos: (i) como *gatekeeper* ou sujeito obrigado à prevenção da lavagem de dinheiro; (ii) como coautor ou partícipe do crime perpetrado pelo cliente; (iii) indagações relativas ao recebimento de honorários, incluindo o recebimento de valores oriundos da prática de crime como contraprestação por serviço licitamente prestado. (COSTA, 2014, p. 160-161).

<sup>4</sup> Na doutrina, sugere-se que o órgão de classe estabeleça parâmetros de risco permitido para orientar os advogados em sua atuação. (BOTTINI, 2019, p. 196-197).

<sup>5</sup> A questão do sigilo é extremamente relevante na relação cliente/advogado, por isso, a doutrina admite que "beira à insensatez pretender que o advogado vá denunciar as atividades de seu cliente às autoridades pertencentes aos organismos públicos que controlam as atividades econômico-financeiras do País." (BARROS, 2013, p. 335).

<sup>6</sup> Uma cópia do documento está disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/proposta-oab-preve-advogados-comuniquem.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2021.

<sup>7</sup> Esse capítulo restou regulamentado pelo provimento 204/2021.

<sup>8</sup> Essa distinção segue lógica similar àquela proposta por Pierpaolo Cruz Bottini, para quem: "o advogado que exerce as funções típicas e privativas da advocacia,

expressas no art. 1º da Lei 8.906/1994 (postulação judicial, consultoria, assessoria e direção jurídicas) está exonerado das obrigações previstas na lei de lavagem de dinheiro. Aquele que atua em outra seara e presta consultoria distinta da jurídica, tem os deveres impostos pela Lei 9.613/98 (art. 9º, parágrafo único, XIV)." (2019, p. 195).

<sup>9</sup> Nesse contexto, o art. 6º do provimento 204/2021 veda o fornecimento de informações pelo advogado ou sociedade de advogados para autoridades públicas relativas ao conteúdo intelectual ou material dos serviços advocatícios abarcados pelo provimento, excepcionando as hipóteses de expressa autorização do cliente ou quando constarem de processo administrativo ou judicial, cujo acesso à integralidade seja disponível a qualquer cidadão. Por seu turno, o §2 exclui da vedação do caput os seguintes documentos: i) nota fiscal ou documento idôneo que ampare o faturamento do serviço prestado; ii) notas de reembolso, ou outro documento idôneo que respalde o ressarcimento do advogado por despesas e valores adiantados para o cliente; iii) documentos que amparem mero trânsito de valores pelo patrimônio do advogado ou sociedade de advogados, posteriormente repassados a terceiros; e iv) a utilização pelo advogado ou em sociedade de advogados em ações que objetivem recebimento de honorários em desfavor do cliente. Além disso, o §3º afasta a aplicação do dispositivo para os casos em que o advogado é investigado, como partícipe ou coautor, do mesmo crime que deu causa à quebra de inviolabilidade profissional.

<sup>10</sup> Gomes (2018, p. 385).

<sup>11</sup> *Crime de lavagem de dinheiro*. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 261-262.

<sup>12</sup> Resumindo algumas dessas posições abordando critérios de justificação, critérios relativos ao tipo subjetivo, critérios relativos ao tipo objetivo e critério das ações neutras cf. Dias (2015, p. 684-694).

<sup>13</sup> Silveira (2015).

<sup>14</sup> Rios (2010, p. 13-14).

<sup>15</sup> Tangerino; Mendes (2019).

<sup>16</sup> O provimento 204/2021 tratou a matéria de forma mais adequada, permitindo expressamente a contratação dos serviços advocatícios por terceiros não beneficiários dos serviços, desde que tal condição esteja prevista no contrato ou aditivo contratual.

<sup>17</sup> O provimento 204/2021 contemplou no art. 10 conteúdo similar ao criticado no presente texto.

## Referências

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da autoria e da participação: In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

BRASIL. Conselho Federal da OAB. Proposição 49.0000.2019.07857-0. Disponível em: <https://bit.ly/3gZW9R6>. Acesso em 21.06.2021.

BRASIL. Conselho Federal da OAB. Provimento 204/2021. Disponível em: <https://deob.oab.org.br/pages/materia/335215?termo=>. Acesso em 01.09.2021.

COSTA, Helena Regina Lobo. Honorários advocatícios e lavagem de dinheiro. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords). *Advocacia criminal: Direito de defesa, ética e prerrogativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 160-180.

DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Recebimento de honorários maculados. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 677-707.

FONSECA, Reynaldo Soares da. Lei de lavagem de capitais, revisão, desafios e efetividade. *Conjur*, 5 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-05/>

reynaldo-soares-fonseca-lei-lavagem-capitais. Acesso em: 09 out. 2020.

GOMES, Ana Beatriz da Silva; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. A obrigação de sigilo do advogado ante a defesa do crime de lavagem de dinheiro praticado pelo seu cliente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 995, p. 385-405, set. 2018.

MENDRONI, Marcelo Botlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RIOS, Rodrigo Sánchez. A temática da lavagem de capitais e o recebimento de honorários por parte do advogado criminalista. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 218, n. 214, set. 2010, p. 13-14.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. In: BADARÓ, Gustavo (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*, v. 4. São Paulo: RT, 2015, p. 493-521.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; MENDES, Caio Cesar Tomioto. Advocacia e ações neutras no crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 27, v. 159, p. 177-203, set. 2019.

Recebido em: 25.01.2021 - Aprovado em: : 18.06.2021 - Versão final: 09.09.2021



# O DELITO DE UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE EMBRIÃO HUMANO (ART. 24 DA LBIO) À LUZ DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

*THE CRIME OF IRREGULAR USE OF HUMAN EMBRYO (ART. 24 OF LBIO) UNDER THE OFFENSIVENESS PRINCIPLE*

## Gisele Mendes de Carvalho

Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha. Professora Associada de Direito Penal da UEM. Mestre em Direito pela UEM. Atual Coordenadora da Especialização em Ciências Penais da UEM. Atual Diretora Adjunta do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UEM.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0032356414758686>

ORCID: 0000-0002-2307-7217

[giselemendesdecarvalho@yahoo.es](mailto:giselemendesdecarvalho@yahoo.es)

## Vítor de Souza Ishikawa

Pós-graduando em Ciências Jurídico-penais na UEM. Graduado em Direito pela UEM.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7311488423729616>

ORCID: 0000-0002-2952-3900

[vitorishikawa123@gmail.com](mailto:vitorishikawa123@gmail.com)

**Resumo:** Em homenagem aos 16 anos da publicação da Lei de Biossegurança, este artigo objetiva analisar a adequação ao princípio da ofensividade do conteúdo material do delito previsto no art. 24 da Lei 11.105/2005, que pune a conduta de utilizar embrião humano em desacordo com o art. 5º da Lei. Parte-se de uma análise ontoaxiológica a fim de se questionar se os embriões pré-implantatórios dispõem de dignidade suficiente a justificar a proteção de sua vida e de sua integridade física enquanto bens jurídico-penais. Conclui-se pela rejeição da proteção penal do embrião pré-implantatório por si mesmo e compreende-se que a criminalização da mera não observância aos critérios legais quanto ao uso embriões humanos pré-implantatórios não protege qualquer bem jurídico-penal, verificando-se violação ao princípio da ofensividade.

**Palavras-chave:** Embrião humano pré-implantatório - Lei de Biossegurança - Bem jurídico-penal.

**Abstract:** In honor of the 16<sup>th</sup> anniversary of the Biosafety Law, this article analyzes the adequacy to the offensiveness principle of the material content of the crime stipulated in the art. 24 of Law 11.105/2005, which punishes the conduct of using a human embryo in disagreement with art. 5th of the Law. In order to question if preimplantation human embryos have sufficient dignity to justify criminal protection of their life and their physical integrity, an ontoaxiological perspective is adopted. It concludes by rejecting criminal protection to preimplantation human embryo by itself and states that the criminalization of the mere non-observance of the legal criteria regarding the use of preimplantation human embryo does not protect any legal good and, therefore, violates the offensiveness principle.

**Keywords:** Preimplantation human embryo - Biosafety Law - Legal good.

A publicação da Lei 11.105/2005 completou 16 anos em março deste ano – denominada como “Lei de Biossegurança”, seus dispositivos trouxeram nova roupagem jurídica ao tratamento legal dos organismos geneticamente modificados (OGM), regulamentou técnicas de engenharia genética humana e autorizou o uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

O art. 5º da Lei passou a permitir a obtenção de células-tronco de embriões excedentes ou inviáveis de técnicas de fertilização *in vitro* e seu uso para fins de pesquisa e terapia, observando-

se três requisitos: (i) que sejam embriões inviáveis; ou (ii) que, congelados antes da data da publicação da Lei, tenham completado 3 anos de crioconservação; (iii) em qualquer caso, que haja a anuência dos progenitores.

De fato, a alteração promovida pelo art. 5º da Lei provocou intensos debates e teve sua constitucionalidade questionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, ajuizada pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, e julgada integralmente improcedente pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, por 6 votos a 5.

A Lei de Biossegurança introduziu três figuras delitivas relacionadas à engenharia genética humana: para fins deste artigo, interessa-nos o delito previsto em seu art. 24, que criminaliza a conduta de utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º da Lei, com pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Cabe notar que os fenômenos de criminalização de técnicas de engenharia genética integram movimentos de expansão do Direito Penal. Os avanços da biotecnologia, no contexto de uma sociedade pós-industrial caracterizada como "sociedade do risco", conforme a obra de **Ulrich Beck** (2011), possibilitaram a produção de novos resultados lesivos que, como consequência, levou ao reconhecimento de novos bens jurídico-penais e à elaboração de novos tipos penais (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 28).

Produtos diretos de um modelo de "Direito Penal do risco", a estrutura e o conteúdo dos delitos voltados a técnicas de engenharia genética enfrentam prejuízos dogmáticos resultantes das idiosincrasias dessa dinâmica jurídico-penal do risco, com destaque à relativização de princípios penais com função de garantia, como os princípios da intervenção mínima e da ofensividade (PRITTWITZ, 2004, p. 38-40).

É o que se extrai da análise do art. 24 da Lei 11.105/2005. A conduta típica é a de utilizar (usar, servir-se de, tirar proveito de) embrião humano, não observando os requisitos do art. 5º da Lei (PRADO, 2019, p. 370). O tipo penal emprega a técnica de norma penal em branco imprópria e remete o conteúdo da proibição a outra norma, prevista na mesma Lei, verificando-se a atipicidade da conduta que observa estritamente os critérios ali estabelecidos.

A tutela de embriões humanos por meio da intervenção do Direito Penal operou-se como *prima ratio* e, logo, afasta-se da compreensão da atuação do Direito Penal, enquanto meio mais gravoso de atuação e repressão do Estado, como *ultima ratio*, em respeito ao princípio da intervenção mínima.<sup>1</sup> Como expõe Ana **Elisa Bechara** (2007, p. 9-10), o emprego do Direito Penal para alcançar o efetivo controle de novas tecnologias genéticas o converte em "um ramo do Direito hiperatrofiado, intervencionista e, pior, não necessariamente mais operativo".

O princípio da ofensividade, de outro modo, exige que o delito proteja um bem jurídico-penal<sup>2</sup> determinado, em consonância com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, que limita o âmbito de atuação do Direito Penal à sua tutela e, assim, proíbe a criminalização de atitudes internas, meros estados ou condições de existência e meros sentimentos ou moralismos (BATISTA, 2007, p. 92-94). Partindo-se do bem jurídico-penal protegido por certa norma penal, cabe ainda verificar se a conduta típica reveste-se de capacidade mínima de lhe provocar lesão ou perigo de lesão – caso se constate sua incapacidade,

resta afirmar a atipicidade material em respeito ao princípio da ofensividade.

O delito de utilização irregular de embrião humano (art. 24, LBio) tutela como bem jurídico-penal a vida e a integridade física do embrião humano, relacionando-se com o direito à vida (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal).<sup>3</sup> À luz do princípio da ofensividade, questiona-se se (i) o embrião humano pré-implantatório dispõe de suficiente dignidade para merecer proteção penal por si mesmo; e (ii) se a previsão típica do art. 24 efetivamente escolta de lesão ou perigo de lesão à vida e à saúde de embriões pré-implantatórios.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal) e pilar axiológico do ordenamento jurídico brasileiro impõe uma concepção personalista, que apreende

a pessoa humana como um fim em si mesma e dotada de dignidade que lhe é intrínseca. Considerando a fecundação como o início da vida humana, é preciso averiguar se a mera existência físico-biológica de um ser humano é suficiente para lhe constituir como portador de dignidade.

Parte-se, logo, de uma concepção de pessoa biográfica, enquanto uma realidade dotada de sentido e amparada em concepções sociais e valorativas. A dignidade provém da circunstância de estar no mundo e com ele interagir, configurando-se pessoa como titular de uma vida que transcende a simples existência biológica. A aplicação deste conceito de pessoa ao embrião humano pré-implantatório resulta de uma análise ontoaxiológica: fundam-se os juízos axiológicos

sobre os contornos do substrato ontológico ou natural, tomados como base.

Ou seja, alterações significativas nas condições físico-biológicas são acompanhadas de uma passagem a um distinto nível axiológico. O marco do início do nascimento, por exemplo, institui uma proteção penal superior: o delito de aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125, do Código Penal), que se refere à vida humana dependente (aquela formada a partir da nidação, *i. e.*, do 14º dia de gestação), possui pena de reclusão, de três a dez anos, enquanto o delito de homicídio se refere à vida humana independente (considerada a partir do início do parto), com pena de reclusão de seis a vinte anos (art. 121, *caput*, do Código Penal).<sup>4</sup>

Objeto material do art. 24, da LBio, o embrião humano pré-implantatório consiste em uma vida humana entre a fecundação e a nidação e, por isso, despida de qualidades que superam sua existência físico-biológica. A divisão em três fases do desenvolvimento da vida humana intenta promover esquemas de proteção distintos de acordo com certos referenciais biológicos: eleger-se, logo, a nidação como marco referencial

"A DIGNIDADE PROVÉM  
DA CIRCUNSTÂNCIA  
DE ESTAR NO MUNDO  
E COM ELE INTERAGIR,  
CONFIGURANDO-SE  
PESSOA COMO TITULAR  
DE UMA VIDA QUE  
TRANSCENDE A SIMPLES  
EXISTÊNCIA BIOLÓGICA."

que separa o embrião pré-implantatário da fase embrionária propriamente dita.

De fato, não há falar sequer em uma existência que disponha de unidade e unicidade, pois, caso se proceda a seu desenvolvimento uterino, o embrião pode se dividir e originar gêmeos univitelinos ou se fundir com outro embrião e se tornar uma “quimera humana”. Não compreendemos, portanto, que o embrião humano pré-implantatário mereça proteção penal, carente de dignidade suficiente para justificar a proteção de sua vida e de sua integridade física como bens jurídico-penais (KAUFMANN, 1987, p. 42).

Não se reconhecendo a tutela penal ao embrião humano pré-implantatário por si, resta concluir pela ilegitimidade do delito de utilização irregular de embrião humano (art. 24, LBio) por se tratar de uma norma penal que não protege qualquer bem jurídico-penal, violando diretamente o princípio da ofensividade.<sup>5</sup>

O delito ora em análise enfrenta, entretanto, outra irregularidade à luz do princípio da ofensividade. Vejam-se duas hipóteses: (i) um pesquisador utiliza um embrião humano pré-implantatário viável e crioconservado desde fevereiro de 2005, com o consentimento dos progenitores; (ii) um pesquisador utiliza um embrião humano pré-implantatário viável e crioconservado desde fevereiro de 2020, com o consentimento dos progenitores. A primeira hipótese trata de uma conduta atípica, enquanto o comportamento do cientista na segunda hipótese se enquadra na previsão típica do art. 24 da LBio.

Ocorre que a mera não observância aos critérios legais do art. 5º, da LBio, não traz nenhuma referência empírica que sustente

a proibição penal da conduta do primeiro exemplo. Resultam de ambas as condutas uma lesão ou perigo de lesão à vida ou à integridade física do embrião pré-implantatário: nas duas hipóteses, o embrião sofrerá as mesmas consequências à sua constituição físico-biológica.<sup>6</sup> Um mero critério temporal ou de viabilidade não justifica a delimitação entre a zona de licitude e de ilicitude e, em consequência, a aplicação de sanção penal. É de se observar, inclusive, que a Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina autoriza o descarte de embriões crioconservados há mais de 5 anos, a depender da vontade dos pacientes, seja para pesquisas com células-tronco ou não.

Constata-se a ausência de qualquer lesividade, salienta-se que o delito do art. 24 da LBio acaba por delimitar seu conteúdo material circunscrito a “puros critérios de oportunidade”, como **Silva Sánchez** (2013, p. 151) caracteriza o Direito Administrativo Sancionador, fruto do fenômeno da administrativização do Direito Penal.

Em síntese, o embrião humano pré-implantatário se constitui de ente carente de dignidade a legitimar sua proteção penal por si, pois (i) sua existência não dispõe de transcendência e se limita ao mero existir físico-biológico e (ii) não se trata de uma vida humana que possua unidade e unicidade. Conclui-se, portanto, pela ilegitimidade do delito de utilização irregular de embrião humano por se tratar de um delito sem bem jurídico-penal, violação direta do princípio da ofensividade. Ante ainda à ofensa ao princípio da intervenção mínima, impõe-se a manutenção da norma tão somente enquanto ilícito administrativo, que dispensa referência direta à lesividade concreta.

## Notas

- <sup>1</sup> Trata-se de uma das facetas de um fenômeno de modernização do Direito Penal, conforme destaca Hassemer (1994, p. 63). Parte-se, entretanto, de uma perspectiva próxima à de Luis Gracia Martín (2005), no sentido de i. adotar uma teoria dualista do bem jurídico-penal, sem limitar seu alcance a bens jurídicos que podem ser referidos a interesses individuais; ii. compreender que a modernização do Direito Penal e a identificação de um fenômeno de “Direito Penal de risco” não significam, de plano, violação ou contrariedade aos princípios penais de garantias.
- <sup>2</sup> Compreende-se bem jurídico-penal enquanto “ente (dado ou valor social, entidade dotada de um valor), material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, previsto explicita ou implicitamente no texto constitucional, ou, ao menos, com ele não colidente ou incompatível, e, por isso, jurídico-penalmente protegido” (PRADO, 2019, p. 43-44).
- <sup>3</sup> Nucci (2019, p. 66) entende que se protege, junto à vida e à saúde humana, o patrimônio genético. No entanto, a preservação do patrimônio genético humano é protegida pelo art. 25, da mesma Lei, e não pelo delito em análise.

## Referências

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Admirável mundo novo? Embriões humanos, terapia genética e Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 177, p. 9-10, ago. 2007.

BECHARA, Ana Elisa. *Manipulação genética humana e direito penal*. Porto Alegre: Zouk, 2007.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BRASIL. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança*. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º, da Lei n. 11.105/2005, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). *Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, maio 2008.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 36-71, abr./jun. 1994.

KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida? *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 31, p. 39-54, 1987.

MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCRIM:

- <sup>4</sup> Na linha da teoria genético-desenvolvimentista, Stella Martínez (1998, p. 89) afirma que, “embora ninguém discuta que se trata do mesmo indivíduo, em distintas etapas de seu desenvolvimento, resultando coerente admitir que o fenômeno se configura num desses saltos qualitativos relevantes”. Em sentido contrário, conferir Bechara (2007, p. 110).
- <sup>5</sup> Humberto Soares de Souza Santos (2018), vale apontar, compreende que a previsão delitiva sofre de ilegitimidade por seu paternalismo, conforme a teoria do bem jurídico-penal, por interferir na esfera da autonomia da pessoa, haja vista que o legislador impõe um critério cronológico, que impede o livre exercício dos genitores de escolher pela destruição, para pesquisa e terapia, ou pelo descarte dos embriões pré-implantatários.
- <sup>6</sup> Em posicionamento divergente, Sporleder de Souza (2004, p. 210) defende que o ordenamento jurídico não contempla suficiente tutela ao embrião humano e propõe a criação de um tipo penal de “embrionocídio”, criminalizando a destruição de embriões humanos pré-implantatários.

Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998. v. 6. 300 p. (Monografias / IBCCRIM, 6).

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. Teoria pessoal do bem jurídico e as “vítimas de amanhã”. In: Boldt, Raphael (org.). *Teoria crítica e direito penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

SANTOS, Humberto Soares de Souza. Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

# ANPP E A INTERPRETAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS DE CONTEÚDO MATERIAL NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

NON- PROSECUTION AGREEMENT AND THE SUPERIOR COURTS' CASE LAW ON PROCEDURAL  
RULES OF MATERIAL CONTENT

## Bruno Viana de Araujo

Graduado em Direito pela UERJ. Bolsista de iniciação científica pelo Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM/RJ. Membro dos Grupos de Estudos Avançados do IBCCRIM/RJ em Erro Judiciário e Direito Penal Econômico. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8976737556902532>

ORCID: 0000-0003-1631-9297

[bruno@sidiandrade.com.br](mailto:bruno@sidiandrade.com.br)

## Gabriel Bustamante Pires Leal

Graduado em Direito pela PUC/RJ. Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1948016684571918>

ORCID: 0000-0003-3586-0396

[gabrielbustamante@martaleao.adv.br](mailto:gabrielbustamante@martaleao.adv.br)

**Resumo:** O acordo de não persecução penal (ANPP), introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela assim chamada Lei Anticrime (lei 13.964/2019), tem suscitado intensos debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Neste artigo, abordamos a possibilidade de o Ministério Público propor o ANPP em processos já em curso, diante da tensão entre o princípio da legalidade penal e o princípio do *tempus regit actum*. Fazemos uma breve análise de como os Tribunais Superiores vêm julgando casos envolvendo esse tema, rememoramos o debate em torno da ADI 1.719, sobre a inconstitucionalidade do artigo 90 da lei 9.099/95, e sustentamos que o oferecimento do ANPP em processos penais instaurados antes do início da vigência da lei 13.967/2019 é possível, considerando o conteúdo material da norma contida no novo artigo 28-A do Código de Processo Penal.

**Palavras-chaves:** Acordo de não persecução penal (ANPP) - Justiça Negocial - Direito Intertemporal - Legalidade Penal.

**Abstract:** The so-called Non-Persecution Agreement, inserted in the Brazilian Criminal Procedure Code by Law 13.964/2019 (Anticrime Act), has raised a number of discussions in case-law and legal writings. This paper seeks to respond if a plea bargain can be reached in ongoing cases, in light of the tension between legal principles of *novatio legis in melius* and *tempus regit actum*. We briefly analyse how Brazilian Superior Court of Justice and the Supreme Court have been addressing this issue, then recall the debate over an unconstitutionality lawsuit ruled by the Supreme Court in 1997 (ADI 1.719) to claim that the ANPP can be reached in ongoing cases, given the substantial legal nature of the procedural rule laid down in article 28-A of the Criminal Procedure Code.

**Keywords:** Negotiating Criminal Justice - Retroactivity - Penal Law - Procedural Law.

## Introdução

No segundo mês do governo Bolsonaro, o então Ministro Sergio Moro apresentou o mal-ajambrado Pacote Anticrime, que visava a modificar pelo menos catorze diplomas legais, incluindo dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Segundo o ex-juiz e ex-ministro, o objetivo do embrulho seria o de aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção e, diante das diversas críticas, redarguiu dizendo que a iniciativa visava a "produzir efeitos práticos, e não a agradar professores de Direito Penal".<sup>1</sup> O IBCCRIM foi uma das diversas instituições da sociedade civil que reagiu, não só à infeliz declaração do Ministro Moro, mas também à sua iniciativa, dedicando pelo menos duas edições deste Boletim para discutir os projetos de lei apresentados pelo governo e outras duas para analisar o que fora aprovado sob a rubrica da Lei Anticrime.<sup>2</sup>

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi objeto de percuientes análises, destacando-se aquelas que questionam a sua constitucionalidade e a compatibilidade com o Direito brasileiro.

Assim, **Jacinto Coutinho** alerta para o risco de sistemacídio na introdução desse *plea bargaining* à brasileira (COUTINHO, 2019) e **Renato de Paula** relembra o debate em torno dos transplantes e traduções jurídicas para destacar o exotismo da proposta de Moro (DE PAULA, 2020). Outro tópico que vem suscitando interessantes reflexões é a possibilidade de o Ministério Público propor o acordo no curso do processo (FARACO NETO; LOPES, 2020). Seguindo essa trilha, diante da orientação jurisprudencial adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e da decisão do Min. Gilmar Mendes de assentar "um precedente representativo sobre o tema", remetendo o *Habeas Corpus* 185.913/DF ao Plenário da Suprema Corte (BRASIL, 2020a), pretendemos trazer algumas reflexões sobre o tema, à luz das regras de Direito Intertemporal e da jurisprudência do próprio STF.

## Acordo de não persecução penal e normas processuais de conteúdo material

A possibilidade de o Ministério Público propor o ANPP em processos penais instaurados antes do início da vigência da lei 13.964/2019 –



seja naqueles em que a denúncia foi recebida, mas ainda não há sentença condenatória, seja naqueles que já se encontram em fase recursal – é uma controvérsia premente tanto na doutrina quanto na jurisprudência. De um lado, sustenta-se a sua impossibilidade, tendo em vista a regra geral do Direito Processual Penal expressa no princípio do *tempus regit actum*. Por outro lado, o fato de o ANPP poder levar à extinção da punibilidade revelaria o conteúdo material da norma, fazendo incidir, portanto, a garantia da retroatividade da lei penal mais benéfica (*lex mitior*).

O Professor **Gustavo Badaró** define as normas processuais mistas ou de conteúdo material como “aquelas que, embora sejam formalmente processuais, substancialmente têm conteúdo material, por disciplinar a pretensão punitiva” (BADARÓ, 2018, p. 29). Nessa linha, **Aury Lopes Jr.** e **Higyna Josita** entendem que “[a]o criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal” (LOPES JR; JOSITA, 2020).

No mesmo sentido, mas valendo-se de outro fundamento, **Alexandre Moraes da Rosa**, **Luisa Walter da Rosa** e **André Bermudez** compreendem que a aplicabilidade do acordo de não persecução penal em ações penais em curso deriva da natureza mista da própria Lei 13.964/2019, que introduziu ao ordenamento jurídico diversas normas penais e processuais penais, dentre elas, o acordo de não persecução penal (ROSA; ROSA; BERMUDEZ, 2021, p. 83-84).

Entretanto, embora parte da doutrina pareça convergir para o entendimento de que o ANPP pode ser celebrado mesmo com réus que respondem a processos penais já em curso, ou que já tenham sido condenados em primeira instância, considerando o conteúdo material da norma contida no artigo 28-A do Código de Processo Penal, essa interpretação não reverbera com tanta intensidade nos Tribunais Superiores.

### **A divergência jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça e a afetação do habeas corpus 185.913/DF ao plenário do Supremo Tribunal Federal**

Como dito anteriormente, a discussão em torno da aplicação retroativa do novel artigo 28-A do Código de Processo Penal está na ordem do dia no STF, uma vez que, conforme destacou o Min. Gilmar Mendes na decisão em que determinou a afetação do *Habeas Corpus* 185.913/DF ao Plenário da Corte, (i) a retroatividade de normas processuais com conteúdo material é uma questão de interesse constitucional, considerando a garantia fundamental insculpida no artigo 5º, XL, da Constituição,<sup>3</sup> e que (ii) “a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal a processos em curso tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito à sua natureza e conseqüente retroatividade mais benéfica”.

Nessa decisão, o Ministro Relator constatou que a divergência jurisprudencial se materializava, especialmente, no Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a 5ª Turma havia assentado o entendimento de que “não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominante processual, que segue o princípio do *tempus regit actum*, sob pena de se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica” (BRASIL, 2020b), ao passo que a 6ª Turma entendia que o acordo de não persecução penal enquanto “norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)” (BRASIL, 2020c).

Entretanto, no julgamento do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* 628647/SC, em março de 2021, a 6ª Turma formou maioria (3x2) para alterar esse entendimento, assentando a tese de que, diante da essência do instituto (pré-processual), deve-se limitar a aplicação do acordo de não persecução penal para um momento anterior à deflagração da ação penal.

Nesse sentido, a Min. Laurita Vaz argumentou que:

por mais que se trate de norma de conteúdo híbrido, mais favorável ao réu, o que não se discute, o deslinde da controvérsia deve passar pela ponderação dos princípios do *tempus regit actum* e da retroatividade da lei penal mais benéfica, sem perder de vista a essência da inovação legislativa em questão e o momento processual adequado para sua incidência.<sup>4</sup>

Seguindo essa linha, o Min. Rogerio Schietti Cruz complementou que, embora o ANPP

enseja algum reflexo na pretensão punitiva estatal, o que acaba por sofrer restrição, o que lhe renderia um conteúdo de alguma forma também material, não há como descurar que a sua essência é nitidamente processual, com vistas a obstar de forma negociada a *persecutio criminis in judicio*.<sup>5</sup>

Ele conclui ainda que “o ANPP não foi feito para especialmente beneficiar ao réu, como se daria no caso de uma norma redutora da punibilidade ou concessiva de benefício penal ou condicionante da ação penal, mas para beneficiar a justiça criminal”.<sup>6</sup>

Essa nova orientação se alinha com a jurisprudência do STF de relativização do princípio da legalidade (em qualquer das suas ramificações),<sup>7</sup> como: (i) a “criminalização” da homofobia (BRASIL, 2019); (ii) a irretroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal, que prevê a necessidade de representação para deflagração da ação penal pública (BRASIL, 2020d); e (iii) a interrupção da prescrição pelo acórdão de 2º grau que confirma a condenação (BRASIL, 2020e).

Nessa esteira, em novembro de 2020, a 1ª Turma do STF, por unanimidade de votos, entendeu que o ANPP seria aplicável a fatos ocorridos antes da lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. No voto condutor, o Min. Barroso asseverou que uma

primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena – fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado.<sup>8</sup>

De todo modo, convém destacar que o próprio representante do MPF, em atuação no STF, se manifestou no sentido de que é cabível o ANPP nos casos em que ainda não transitaram em julgado, fazendo, inclusive, um paralelo com o que fora decidido pelo STF a respeito da retroatividade da suspensão condicional do processo em ações penais que foram deflagradas antes da promulgação da Lei 9.099/95.<sup>9</sup>

### **A ação Direta de Inconstitucionalidade 1.719**

Em novembro de 1997, o Conselho Federal da OAB ajuizou ação direta, com pedido liminar, suscitando a inconstitucionalidade do artigo 90 da lei 9.099/95, que estabelece que as disposições na aludida lei “não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada” (BRASIL, 1997) por ofensa ao princípio da legalidade, em particular ao corolário da retroatividade da lei penal mais benigna. Na oportunidade, postulou-se a declaração de inconstitucionalidade da norma contida no referido dispositivo legal ou, pelo menos, que se declarasse, em interpretação conforme a Constituição, que seu comando não incidisse quando se estivesse diante de normas de conteúdo penal.

Na inicial da ADI, a entidade autora faz alusão ao voto do Min. Celso de Mello proferido nos autos do inquérito 1055, que já havia firmado o entendimento de que:

as prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que se impõe a *lex mitior* uma insuperável carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.<sup>10</sup>

A questão foi submetida ao plenário da Corte, que deferiu, por votação unânime, o pedido liminar, nos termos do voto do Min. Moreira Alves. Na oportunidade, o relator entendeu que

não há dúvida da relevância da fundamentação do pedido de liminar no tocante a que o disposto no artigo 90 da Lei 9.099, de 26.09.95, só se aplica às normas estritamente processuais desse Diploma Legal, não alcançando as de conteúdo penal, em virtude do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna (art. 5º, XL, da Carta Magna).<sup>11</sup>

Acrescentou ainda que,

tendo em vista a alegação, que é correta, de que ainda há decisões judiciais em contrário, pondo em risco a liberdade dos beneficiados por essa Lei [9.099/95], caracteriza-se, pelo menos, a conveniência de se dar, em medida liminar, ao dispositivo ora impugnado interpretação conforme a Constituição, certo como é que, no tocante às normas exclusivamente processuais contidas na Lei em causa, esta se aplica de imediato, não havendo, portanto, inconstitucionalidade.

Aproximadamente dez anos depois, em junho de 2007, o STF confirmou a liminar concedida, julgando parcialmente procedente a ação para dar ao dispositivo legal em questão interpretação conforme a Constituição.<sup>12</sup>

De todo modo, ainda em novembro de 1995, **Ada Pellegrini Grinover** e **Antônio Sérgio de Moraes Pitombo** enfrentaram essa questão neste periódico. Para a Professora **Ada**, os dispositivos legais da lei 9.099/95 que contêm normas despenalizadoras são normas de caráter predominantemente penal (GRINOVER, 1995). Por outro lado, **Pitombo** pondera que essas normas são, no mínimo, normas processuais materiais, que se submetem, portanto, ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (PITOMBO, 1995).

No mais, parece-nos relevante pontuar a importância do julgamento da ADI 1.719 para o debate ora apresentado, na medida em que os fundamentos que alicerçaram a decisão unânime dos ministros da Suprema Corte no referido caso são os mesmos que serão analisados quando do julgamento do *Habeas Corpus* 185.913/DF. De fato, o fundamento para que se reconhecesse o conteúdo material das aludidas normas da lei 9.099/95 é de que elas, assim como o ANPP, podem levar à extinção da punibilidade.

Soma-se a isso o fato de que as medidas despenalizadoras da lei 9.099/95, em especial a transação penal, possuem a mesma *ratio juris* do ANPP, no sentido de que visam, pelo menos do ponto de vista do discurso oficial, a racionalizar o sistema de justiça criminal, oferecendo respostas mais rápidas e eficientes aos comportamentos socialmente negativos, e poupam o imputado das cerimônias degradantes típicas do processo penal.

Por fim, curioso observar que não constam na ata do julgamento da ADI 1.719, tampouco no acórdão ou no voto do relator, ponderações de cariz eficientista que, em última análise, buscam adequar garantias fundamentais à burocracia estatal e não o contrário. Tais ponderações, entretanto, e ao que tudo indica, ocuparão papel central no debate sobre a possibilidade de celebração do ANPP em ações penais em curso, dadas as orientações acima reproduzidas. Em outras palavras, não surpreenderia que a falsa dicotomia entre eficiência do sistema de justiça criminal e garantias fundamentais esteja presente no debate da Suprema Corte acerca da aplicação retroativa do ANPP.

## Considerações finais

Em que pesem todas as merecidas críticas que devem ser feitas à Lei Anticrime em geral e ao acordo de não persecução penal em particular, fato é que, em situações excepcionais – notadamente em processos penais instaurados antes do início da vigência da lei –, tal solução penal negociada pode representar um benefício legal para o acusado ou até mesmo para o condenado cuja sentença ainda não transitou em julgado.

Nesse contexto, a norma contida no artigo 28-A do Código de Processo Penal se afigura como norma processual mista ou de conteúdo material, já que pode levar à extinção da punibilidade do agente. Portanto, por constituir lei penal mais benéfica, tal norma deve retroagir para contemplar todos aqueles que foram denunciados ou condenados antes do início da vigência da lei 13.964/2019, desde que a sentença ainda não tenha transitado em julgado.

Por fim, resta aguardar o julgamento do *Habeas Corpus* 185.913/DF pelo plenário do STF, com votos para que a decisão da Corte seja adstrita ao texto constitucional e afastada de argumentos catastrofistas e cálculos utilitários envolvendo direitos fundamentais.

## Notas

<sup>1</sup> Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/295936/iab-examina-pacote-anticrime-e-repudia-declaracao-de-moro>>.

<sup>2</sup> Boletim do IBCCRIM, n. 317, 318, 330 e 331, abr. e mai. 2019; e mai. e jun. 2020, respectivamente.

<sup>3</sup> A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

<sup>4</sup> BRASIL, 2021.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=3VFKJRcK-mE>. As manifestações dos Ministros reproduzidas no presente artigo se deram a partir da transcrição da sessão de julgamento, uma vez os votos escritos ainda não foram disponibilizados nos autos.

<sup>7</sup> “O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravamento de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou punição de condutas, e (d) a indeterminação dos tipos

legais e das sanções penais (art. 5º, XXXIX, CR). O significado político do princípio da legalidade é expresso nas fórmulas de *lex praevia*, de *lex scripta*, de *lex stricta* e de *lex certa*, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de segurança da legislação penal” (grifos no original). (SANTOS, 2014, p. 20).

<sup>8</sup> BRASIL, 2020.

<sup>9</sup> Este entendimento não destoa do Enunciado 98 editado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que estabelece o seguinte: “É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP”

<sup>10</sup> BRASIL, 1996.

<sup>11</sup> BRASIL, 1997.

<sup>12</sup> BRASIL, 2007.

# O NOVO PARADIGMA DECISÓRIO NO PROCESSO PENAL DEPOIS DA LEI 13.964/2019

THE NEW DECISION-MAKING MODEL IN THE CRIMINAL PROCEDURE AFTER  
THE LAW N° 13.964/2019

## Luis Henrique Pichini Santos

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Faculdade Getúlio Vargas e em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC. Advogado.  
ORCID: 0000-0002-1637-4870  
luishenriquepsantos@yahoo.com.br

## Marco Antônio Riechelmann Júnior

Mestrando em Teoria do Estado pela USP. Advogado.  
ORCID: 0000-0002-8407-3435  
marco.riechelmann@usp.br

**Resumo:** O presente texto busca demonstrar que a inclusão das hipóteses previstas no art. 315, §2º do Código de Processo Penal tem a função de complementar o imperativo constitucional. Não obstante a inovação legislativa ter sido inserida no capítulo sobre prisão preventiva, esta deve ser observada em todas as etapas do processo, inclusive na fase de inquérito, de forma a viabilizar o exercício de outras garantias processuais fundamentais.

**Palavras-chave:** Fundamentação das decisões – Contraditório – Nulidades – Lei 13.964/2019.

**Abstract:** This paper seeks to demonstrate that the inclusion of the hypothesis provided on art. 315, §2 of the Code of Criminal Procedure has the function of complementing constitutional imperative. Despite the fact that legislative innovation was included in the chapter on preventive detention, it must be observed in all stages of its process, including the investigation phase, in order to make it possible to exercise other fundamental procedural guarantees.

**Keywords:** Rationale for decisions – Contradictory – Nullities – Law 13.964/2019.

A Constituição Federal de 1988 preceitua que todas as decisões judiciais serão fundamentadas (CF/88, art. 93, IX). À seara penal, também assegura, no rol de garantias individuais, o dever de fundamentação individualizada enquanto condição legitimadora da privação ou restrição de liberdade (CF/88, art. 5º, LXI), da cominação de pena (CF/88, art. 5º, XLVI) e de qualquer interferência aos invioláveis bens do domicílio e do sigilo das correspondências (CF/88, art. 5º, XI e XII). O dever de fundamentação também se encontra previsto no plano supralegal (CADH, art. 7.3; PICDP, art. 9.1) e legal (CPP, art. 155, art. 381, III, art. 283, art. 312, §2º, art. 315).

Tais mandamentos explicitam o caráter do dever de fundamentação dos atos judiciais enquanto atividade inerente aos Estado Democrático de Direito. Segundo afirma **Lopes Jr.**, este imperativo constitucional objetiva dar legitimidade aos atos estatais por meio de sua racionalização – isto é, sua estrita conformidade com a legislação – e possibilitar a efetivação do devido processo legal, viabilizando assim o exercício de garantias fundamentais.<sup>1</sup>

Para **Gomes Filho**, a publicidade dos atos judiciais comporta as vertentes externas e internas, ambas abarcadas pelo art. 93, IX da Constituição. A primeira se relaciona à publicidade do processo frente à sociedade, na qual se coloca a seu escrutínio as razões pelas quais decidiu-se em determinado sentido; já a segunda é diretamente relacionada às partes, a qual não pode ser em nenhuma hipótese restringida.<sup>2</sup>

Dessarte, há evidente entrelaçamento entre a fundamentação das decisões e o contraditório, garantia que além (i) do direito de informação e manifestação (prisma formal), (ii) assegura ao jurisdicionado os direitos de influenciar nos rumos do processo e de ver a consideração, séria e detida, de seus argumentos pelo Estado-Juiz (prisma material), o qual, portanto, também está sujeito ao contraditório e tem o dever de zelar por sua observância (CF/88, art. 5º, LV; CPC, art. 7º, 10, 139, I c/c CPP, art. 3º)<sup>3,4</sup>. Sem a estrita observância de tais balizas, incorre-se, como ensina **Ferrajoli**, em perigoso decisionismo processual, afeto ao modelo penal antigarantista e próprio dos regimes autoritários.<sup>5</sup>

Não obstante a norma de dever geral prevista na Constituição, o arcabouço legal não estabelecia critérios e parâmetros precisos sobre o que seria uma decisão fundamentada, cabendo então à jurisprudência o ônus de dispor a esse respeito.

Com o advento das hipóteses inseridas no art. 315, § 2º do CPP, tal lacuna foi significativamente preenchida ao estabelecer, de forma precisa e objetiva, vícios de fundamentação que maculam o ato decisório, os quais (i) complementam e dão concretude a inúmeras garantias constitucionais, especialmente o contraditório e a imperatária norma de fundamentação, assim como (ii) conferem maior segurança aos sujeitos envolvidos no processo. (iii) Ademais, corrigiu-se incoerência sistêmica, pois, antes da modificação promovida pela Lei 13.964/2019, era exigido encargo de fundamentação mais rígido pelo Código de Processo Civil.<sup>6</sup>

Parece-nos incontroverso que os novos padrões decisórios impostos devem ser aplicados a todos os atos decisórios e em todas as fases do procedimento criminal, incluindo-se a etapa investigativa. O fato de tal preceito ter sido inserido no capítulo inerente à prisão preventiva não se apresenta como argumento idôneo a limitar sua aplicabilidade. A própria literalidade do dispositivo aponta com clareza que a incidência das máculas de fundamentação elencadas deve recair sobre todo ato de cunho decisório, não cabendo cingi-la tão somente a decisões concernentes à prisão preventiva.

Todavia, surgem questões acerca da extensão do dever de fundamentação. Para tanto, afirma **Marinoni** que “não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes”.<sup>7</sup> De tal forma, o preceito constitucional assume configuração extrínseca. Ou seja, para que se realize, necessita da contraposição entre todas as teses acusatórias e defensivas, superando o caráter meramente intrínseco da inexistência de contradição lógica na decisão e da correta capitulação ao texto legal.

Merece abordagem específica, quanto à aplicação do art. 315, § 2º, do CPP, a decisão de recebimento da denúncia. Registre-se que a posição jurisprudencial dominante concebe que tal *decisum* não reclama fundamentação. Ainda, conforme análise jurisprudencial realizada por **Santoro, Borges e Pompílio da Hora**, o STJ tem decidido majoritariamente pela dispensabilidade da fundamentação também nas decisões que ratificam recebimento de denúncia, a qual é entendida pelo Tribunal como mero despacho ordinatório.<sup>8</sup>

A decisão que decreta a admissibilidade da incoativa possui relevantes reflexos na esfera de direitos do indivíduo: (i) formaliza a acusação



conduzida pelo Estado, o que inequivocamente atinge o ser humano em sua dignidade, vetor interpretativo que veda a sua utilização como objeto do Estado e do processo; e (ii) constitui o primeiro marco de interrupção do prazo prescricional. (iii) Outrossim, é dever do juiz, em tal etapa procedimental, fundamentar a existência da viabilidade formal e substancial da acusação.

Da mesma forma, o instrumento da busca e apreensão, por ser gravosa intromissão estatal no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, deve apresentar em seu mandado as “fundadas razões” exigidas pelo art. 240, §1º do CPP. A autorização dessa medida pressupõe que existam elementos indiciários que ultrapassem a barreira da mera suspeita, fazendo crer com considerável grau de probabilidade, que o objeto que se busca apreender está dentro do imóvel do investigado.

Em relação à interceptação telefônica, vale registrar que o art. 10, da Lei 9.296/96, comina como crime, com pena de dois a quatro anos de reclusão, “realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”. Vê-se, pois, que a norma impele ao Estado-Juiz o dever de demonstrar a ocorrência de uma das hipóteses legais para validar qualquer flexibilização à inviolabilidade assegurada por força constitucional.

Depreende-se, portanto, que as hipóteses previstas nos incisos do art. 315, § 2º, do CPP, os quais integralizam o mandamento constitucional do art. 93, IX, devem incidir sobre todos os atos decisórios e todas as fases procedimentais.

Isso porque, em sendo a forma, na égide de um processo penal com raízes democráticas, uma garantia do cidadão, eventual restrição ao dever de fundamentação imposto pela Carta Magna e agora detalhado pelo Código de Processo Penal, exigência do Estado Democrático para legitimar a jurisdição do Estado e direito fundamental do indivíduo, contraria frontalmente a regra da legalidade estrita.

Afigura-se pertinente, nessa trilha, proceder-se a uma abordagem mais prática do tema tratado, discorrendo-se sobre algumas situações recorrentes no cotidiano penal que devem ser extirpadas da prática judicial, sob pena de circunscrever a alteração legislativa ao campo retórico e teórico. Forte em tais bases, veja-se alguns exemplos que devem ser abolidos do cotidiano penal hodierno:

(i) Decisão que decreta a prisão preventiva invocando genericamente (a) a presença dos pressupostos e requisitos do art. 312 do CPP, (b) insuficiência das medidas cautelares diversas do art. 319 do CPP para mitigar o risco do *status libertatis* do indivíduo, (c) a existência de risco à “ordem pública” ou de “resguardar a credibilidade das instituições.” Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, I, II, III.

(ii) Decisão que recebe a denúncia alegando genericamente (a) que estão preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP e (b) não se encontram presentes as hipóteses do art. 395 do CPP. Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, I e III.

(iii) Decisão que ignora as súmulas e orientações jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, invocados pela parte, (a) sobre a necessidade de

motivação específica para fixação de regime inicial mais gravoso<sup>9</sup> e (b) que consideram que o tráfico privilegiado (Lei 11.343/06, art. 33º, § 4º) não é crime de natureza hedionda.<sup>10</sup> Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, VI.

(iv) Decisão que, a fim de negar o acesso aos autos pelo investigado, aduz, sem motivação específica, a existência de diligências em andamento e sigilo dos autos, ignorando entendimento sumulado pelo STF. Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, III e VI.

(v) Decisão que nega seguimento a recurso especial ou extraordinário aduzindo, de maneira genérica, que a análise da argumentação exposta pela parte esbarra no óbice das Súmula 7 do STJ ou 279 do STF. Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, III e V.

(vi) Decisão que não conhece ou denega a ordem de *Habeas Corpus* alegando genericamente (a) a higidez do *decisum* coator, (b) a inexistência de ilegalidade a ser sanada, (c) a incidência do óbice imposto pela Súmula 691 do STF ou (d) que não motivar a impossibilidade de conceder-se a liberdade absoluta ou mitigada (com a fixação das medidas cautelares diversas), quando alegados pela parte. Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, I, III e V.

As situações expostas, que infelizmente refletem apenas parte das práticas comumente adotadas na jurisdição penal, (i) além de incompatíveis com a concepção de um processo penal civilizado, (ii) agora encontram intransponível óbice nos nortes decisórios traçados pelo art. 315, § 2º, do CPP, consubstanciando-se em atos absolutamente nulos. Este fora, portanto, o intuito legislativo claro, uma vez que houve a inclusão do inciso V no art. 564, que, em harmonia com o art. 93, IX, da CF, determina a nulidade das decisões carentes de fundamentação.

## Conclusão

A Constituição de 1988 impõe o dever de fundamentação de forma a legitimar o uso da força pelo aparelho estatal. Tal mandamento, insculpido em norma expressa do Texto Maior, tem sido flexibilizado aos poucos pela jurisprudência, no sentido de permitir escassa ou nenhuma fundamentação para determinados atos do Poder Judiciário em detrimento dos direitos individuais constitucionalmente assegurados aos cidadãos.

A inovação legislativa trazida pela Lei 13.964/2019, no que tange à fundamentação, é muito bem-vinda, pois reforça significativamente a aplicabilidade do dever de fundamentação no cotidiano forense, produzindo, conseqüentemente, efeitos em todas as fases do procedimento, inclusive em atos decisórios prolatados na etapa investigativa.

As hipóteses elencadas também visam efetivar as dimensões formais e substanciais do princípio do contraditório, obrigando os juízes a enfrentarem os argumentos trazidos pelas partes. A atividade dialógica a ser desenvolvida pelo julgador produzirá, sem dúvida, decisões mais coerentes e substanciais, privilegiando o devido processo legal.

Por fim, a norma não será meramente um indicativo de conduta, pois, com a penalidade de declaração do ato nulo pela ausência de fundamentação – trazida pela inclusão feita no art. 564 do CPP – as instâncias superiores poderão zelar por sua correta aplicação.

## Notas

- 1 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. P.107.
- 2 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41-43.
- 3 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2019, p. 383 e 384.
- 4 Na jurisprudência, STF: MS 25787, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2006; Rcl 37493 AgR-ED, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 03/03/2020; ARE 971889 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 29/03/2019; Inq 4112, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/08/2017; Inq 3997, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016.
- 5 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 36 e 37.
- 6 Registre-se, por pertinente, que o Superior Tribunal de Justiça, por força do art. 3º do Código de Processo Penal, vem permitindo a aplicação do art. 489, § 1º, do CPC, em seio penal. Exemplificativamente: HC 402.190/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta

Turma, julgado em 26/09/2017; STJ, AgInt no Recurso em Habeas Corpus 70.939/MG, Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/06/2016.

7 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 816.

8 SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; BORGES, Mauro; POMPÍLIO DA HORA, Nilo Cesar Martins. A (in)exigibilidade de fundamentação da decisão que ratifica o recebimento da denúncia: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, V. 40. Belo Horizonte: Direitos Fundamentais & Justiça, 2019, p. 85-144.

9 Súmula 718/STF: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”. Súmula 440/STJ: “É vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito.”

10 STF: HC 118533, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016; STJ: Pet 11.796/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016.

Recebido em: 15.03.2020 - Aprovado em: 21.05.2020 - Versão final: 27.03.2021



# VIOLÊNCIA DE GÊNERO E PANDEMIA: NOVOS PROCESSOS DE REVITIMIZAÇÃO PELA ÓTICA DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

*GENDER VIOLENCE AND PANDEMIC: NEW PROCESSES OF REVITIMIZATION FROM THE VIEW OF FEMINIST CRIMINOLOGY*

**Catharina Fernandez**

Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS. Bacharela Interdisciplinar em Humanidades com ênfase em Estudos e em Direito pela UFBA. Membro do IBCCRIM. Advogada Criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7803911936424564>

ORCID: 0000-0001-5437-9368

[catharinafernandez@advfp.com.br](mailto:catharinafernandez@advfp.com.br)

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo vislumbrar os efeitos causados pelo estado de pandemia imposto pela COVID-19, culminando na decretação de longos períodos de isolamento social, e a intensificação dos casos de violência de gênero no âmbito doméstico e familiar, utilizando, para tanto, conceitos ligados à criminologia feminista e à vitimologia, com vistas a identificar novos processos de vitimização e sobrevivitização, quando do acionamento do sistema de justiça criminal.

**Palavras-chave:** Pandemia - Violência doméstica - Vitimologia - Sobrevitização - Criminologia feminista.

**Abstract:** This article aims to glimpse at the effects caused by the pandemic state imposed by COVID-19, culminating in the institution of long periods of social isolation, and the intensification of cases of gender violence in the domestic and family sphere, using, therefore, terms of concepts related to feminist criminology, and victimology, with the goal to identify new processes of victimization and over-victimization, when the criminal system is appealed to.

**Keywords:** Pandemic - Domestic violence - Victimology - Over-victimization - Feminist criminology.

## 1. INTRODUÇÃO

A crescente dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher desde o período inicial da pandemia e das medidas de restrição de locomoção foi notada em diversos países, sendo indispensável traçar os efeitos colaterais do isolamento social no que concerne aos episódios de violência de gênero no âmbito doméstico, bem como as formas de minimização dos danos causados.

Organizações como a OMS (Organização Mundial de Saúde) e ONU Mulheres (Organização das Nações Unidas) já identificaram e reconheceram o impacto causado pela disseminação do novo coronavírus na elevação dos índices de violência de gênero no âmbito doméstico e familiar, bem como da ascendência da subnotificação no contexto de isolamento social.

Deste modo, mais do que identificar a crescente dos números, é imperioso atentar para os processos de vitimização e violência aos quais estão expostas as vítimas, que não apenas foram intensificados pelos longos períodos de convivência forçada com o agressor, mas pela completa impossibilidade de alcance da justiça criminal e demais meios de proteção às mulheres em situação de violência que se encontram reclusas em seus lares.

A crítica permeia a completa falência do modelo de sistema de justiça criminal posto, o qual esquece à própria sorte a vítima, principalmente num contexto de violência doméstica e familiar, no qual a disputa por poder e dominação se inicia no âmbito privado e se perpetua com a atuação do judiciário, seja na fase pré-processual, seja no curso do processo penal instaurado.

Parte-se da ideia do Direito Penal mínimo para pensar novas estratégias de auxílio, impulsionamento e proteção de mulheres em situação de violência, independentemente da justiça criminal, que garantam a efetividade necessária à emancipação feminina dos cenários de abuso e violência de gênero, no âmbito privado e público/institucional, permitindo às vítimas o exercício de controle completo dos próprios corpos, pensamentos e projetos de vida.

## 2. VIOLÊNCIA DE GÊNERO, PROCESSOS DE VITIMIZAÇÃO E PANDEMIA

A crise mundial causada pela propagação da COVID-19 trouxe impactos devastadores, seja pelo número alarmante de contagiados, seja pela quantidade incalculável de vidas perdidas. Entretanto, o potencial lesivo do vírus não se extingue nos postos de atendimento médico, tendo em vista a instabilidade social, econômica e financeira sem precedentes, em escala global, que enfrentam as nações na luta contra o novo coronavírus.

A Organização Mundial de Saúde, como sabido, recomendou diversos protocolos de distanciamento social, baseados no isolamento, quarentena e lockdown. Entretanto, verificou-se graves efeitos colaterais causados pelo distanciamento social, para além de consequências econômicas, dentre eles, o aumento exponencial nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher atrelados à crescente subnotificação.

Dados fornecidos pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020 comprovam o aumento expressivo da subnotificação, em

comparação com os registros feitos em 2019. A tabela 08 do referido documento demonstra variação de -9,9%, em âmbito nacional, na notificação dos casos de lesão corporal dolosa, por número de vítimas do sexo feminino, no 1º semestre de 2020 (FBSP, 2020, p. 32). Nos casos relacionados a ameaças, a subnotificação é ainda mais expressiva, chegando a -15,8% no cenário nacional, como demonstra a Tabela 09 do referido documento (FBSP, 2020, p. 33).

O comitê parlamentar de violência contra mulheres divulgou alarmantes dados, que demonstram a subnotificação dos casos de violência doméstica durante a pandemia, de modo que os relatórios da polícia atingiram a marca de 652 nos primeiros 22 dias de março, enquanto contavam 1.157 no mesmo período de 2019 (FBSP, 2020, p. 38) - em que pese a variação positiva de 3,8%, no total de ligações feitas para o 190.

Se historicamente o espaço privado-familiar é o local com maior incidência dos casos de violência de gênero, sendo os seus integrantes os sujeitos centrais por trás das práticas abusivas, é preciso entender a especificidade inerente aos delitos praticados no âmbito doméstico e familiar, no que se refere ao poder e à dominação das vítimas, mulheres em sua maioria, tendo em vista que, dentro de uma sociedade patriarcal, o seio familiar detém as rédeas do controle social informal sobre os corpos femininos (ANDRADE, 2007, p. 72), principalmente no cenário de reclusão domiciliar e grave instabilidade econômico-financeira.

O tratamento dado pelo sistema de justiça criminal às mulheres, ainda àquelas vítimas de violência doméstica e familiar é, em sua maioria, o mesmo conferido pelo senso comum, enraizado pelo machismo estrutural e pelo patriarcado, motivo pelo qual uma análise atenta aos interesses e necessidades das vítimas de violências de gênero apenas poderia ser feita tendo por referencial estudos que não silenciam as vozes, tampouco reafirmam o controle social sobre os corpos femininos.

O desenvolvimento feminista da Criminologia Crítica, a partir da década de 80, marca o surgimento da Criminologia Feminista, a qual passa a interpretar macrosociologicamente, com base em categorias como patriarcado e gênero, o sistema de justiça criminal, principalmente no tocante ao tratamento das mulheres (como vítima e uma vitimologia crítica), que passam a assumir papel central nos estudos criminológicos (ANDRADE, 2007, p. 54).

Ao trazer à baila aportes feministas, discutindo o cenário criminológico a partir de importantes premissas de gênero, busca-se dar voz e privilégio epistêmico às categorias marginalizadas objeto das opressões e violências que personificam o presente tema (HARDING, 1986, p. 26), viabilizando a produção de saberes parciais, localizáveis, críticos e responsabilmente produzidos (VIEIRA ANDRADE, 2018, p. 4).

No panorama específico da vitimologia, é imperioso notar a existência de diferentes formas e processos de vitimização, abrangendo o momento vivenciado quando do evento delituoso, a agressão em si, bem como a reação instantânea da vítima e a sua interação com terceiros (DIGNAN, 2005, p. 23), representantes ou não do sistema de justiça criminal, sendo esta última etapa a de maior relevância para a análise a qual se propõe o presente artigo.

É na vitimização secundária que habita o primeiro recorte específico do problema objeto desta análise. O momento experimentado pela vítima após o delito, quando do contato direto com agentes da justiça criminal, marca a segunda fase de vitimização, pois a vítima passa a suportar novo dano, dessa vez materializado pela falência funcional da mecânica utilizada pela justiça penal, desde a fase pré-processual até o processo penal formal (CERVINI, 1992, p. 129), quando deveria, em verdade, receber a atenção jurídica necessária *post delictum*, através do primeiro contato com os agentes estatais.

A sobrevivitização ou revitimização suportada pela vítima se inicia no primeiro contato com os agentes policiais, os quais se mostram preparados apenas para a busca e identificação do agressor e não para garantir os cuidados necessários às vítimas do delito, em que pese sejam responsáveis pelo primeiro contato

com a mulher vitimizada.

No cenário de isolamento social, quando o deslocamento até as Delegacias Territoriais ou Especializadas se mostra impossível ou demasiadamente precarizado, a identificação do agressor ou a sua busca passam a não representar o maior desafio das autoridades policiais presentes, após o acionamento das guarnições e deslocamento até o local do crime - já que a maioria das vítimas se encontra reclusa com os seus agressores -passando-se a um novo e desafiador estágio da abordagem policial, o qual requer sensibilidade e atenção aos sinais dados pela vítima e os rastros de abusividade deixados pelo agressor quando do contato com os agentes.

O cenário de inviabilização, manipulação, exercício exacerbado de poder e dominação precisa ser sensitivamente identificado pelos agentes de segurança pública, quando da abordagem policial, para que se garanta o menor risco possível às vítimas de violência de gênero no âmbito familiar. Entretanto, a completa falta de treinamento, bem como o machismo estrutural que domina o sistema de justiça criminal, transformam o atendimento às vítimas em novos processos de vitimização, reforçando o ciclo de violência nos âmbitos privados e públicos.

Ainda no bojo dos estudos vitimológicos, é indispensável a análise do estágio de vitimização terciário, o qual se relaciona especificamente com a rejeição da vítima junto ao grupo social ao qual pertence, em virtude do próprio processo de vitimização, que se torna alvo de julgamentos, exclusões e censuras, momento em que se materializa uma nova fase da sobrevivitização (SERRETTI, 2011, p.153).

O terceiro estágio da vitimização também se mostra intensificado dentro do contexto pandêmico, uma vez que a vítima permanece exposta ao julgamento das demais famílias que vivem próximas ao seu ambiente doméstico e encontram-se igualmente isoladas em suas residências; logo, há uma maior exposição da mulher aos julgamentos e censuras dentro do subgrupo social a que pertence, ante a vigilância constante, intensificada pelas medidas de restrição impostas pelo COVID-19.

Por fim, importa a análise do processo de vitimização quaternário, notadamente no que se refere ao medo da vítima em se ver novamente vitimizada (LARRAURI, 1992, p. 286). Aqui mora a mais acentuada consequência dos processos de vitimização quando analisados em contexto pandêmico, uma vez que a vítima se vê restrita à sua própria residência, na maioria dos casos em companhia do seu agressor, impossibilitada de deixar o lar, seja pelo medo de contágio, seu e das demais pessoas que poderiam auxiliá-la, seja pela dificuldade de acesso aos abrigos destinados às mulheres em situação de violência, ou seja pela grave crise econômica aliada à dependência financeira que acomete as vítimas em sua maioria.

A cadeia cíclica de processos de vitimização aos quais estão expostas as mulheres em situação de violência se inicia no ambiente doméstico, portanto, no âmbito privado. Porém, uma vez levada a conhecimento das autoridades policiais, passa a ser perpetrada também no âmbito público, seja pela vitimização secundária ou pela vitimização terciária, fato que revela a completa ineficiência do modelo "proteção" adotado, que põe em enfoque o Direito Penal máximo e o agressor, esquecendo-se da vítima.

Em verdade, o sistema de justiça criminal não protege a liberdade dos corpos femininos, pois se ocupa principalmente da função de manter as estruturas, instituições e simbolismos de controle aos quais não se abarca a autonomia feminina, dentro do contexto patriarcal que marca a sociedade, no qual predomina a proteção da moral sexual dominante e da família, aqui considerada como unidade familiar e sucessória, segundo o modelo de família patriarcal/capitalista (ANDRADE, 2007, p. 74).

Ademais, para além de identificar os processos de revitimização, é preciso trazer à baila da discussão o cenário posto, com vistas a ocupar-se em buscar novas formas de enfrentamento que minimizem os estágios de sobrevivitização, permitindo o avanço de medidas de auxílio e proteção das vítimas, bem como a minimização

dos cenários de subnotificação dos casos de violência de gênero no ambiente doméstico e familiar impostos pelas restrições locomotivas destinadas ao combate do novo coronavírus.

### 3. É POSSÍVEL ESTANCAR A SANGRIA?

Analisando os quadros de sobrevivitização aos quais estão expostas as vítimas de violência de gênero no âmbito doméstico e familiar, é possível identificar que as formas de enfrentamento do problema adotadas atualmente, através de políticas públicas, ideologia penal dominante e ciências criminais oficiais, não são capazes de garantir a prevenção de novas violências, notadamente no que se refere à função preventiva intimidatória, menos ainda quando se trata da função reabilitadora (ANDRADE 2007, p. 55). Em que pese seja o isolamento social indispensável ao controle da proliferação da COVID-19, ele também é responsável por revelar o aumento exponencial dos casos de violência doméstica, aliados ao afastamento ainda mais expressivo do sistema de justiça criminal das mulheres vitimadas, demonstrando a completa falência do modelo atual de enfrentamento da violência de gênero e da lógica processual penal hodierna, os quais apenas reafirmam o Direito Penal do autor, mantendo em foco o agressor, afastando da vítima mecanismos de proteção, subsistência e desvinculação emocional, física e financeira dos seus agressores.

É preciso trazer à tona a necessidade de estudo e elaboração de medidas alternativas, que possibilitem o contato da mulher vitimada com postos de auxílio, para além do disque denúncia, viabilizando a sua retirada segura do lar, tanto no que concerne à proteção contra eventuais empreitadas criminosas do agressor, quanto no que se refere aos locais onde possam se manter fora do alcance de contágio do vírus.

Em que pese seja a pandemia, inevitavelmente, um laboratório para análises e diagnósticos dos contextos de violências intramuros, deve-se atentar para o fato de que mulheres originárias de situação de vulnerabilidade social de vulnerabilidade social suportam a falta de acesso ao sistema de justiça criminal no seu cotidiano, de modo que todo e qualquer avanço produzido para estancar a sangria causada pelo contexto de pandemia também se mostrará de significativa relevância para as mulheres diariamente vitimadas e revitimadas pelo contexto social e racial ao qual estão inseridas.

Tendo por base a falência do sistema posto, a resposta penal deve ser reduzida a sua mínima expressão, dando lugar a projetos assistencialistas que garantam às vítimas não apenas o acesso necessário para buscar ajuda policial, mas a efetividade de medidas que viabilizem a independência econômica, financeira e emocional, para viabilizar a reinserção das vítimas nos espaços sociais e papéis relevantes arrancados pela violência, principalmente num contexto de grave instabilidade causado pela pandemia.

Uma vez isoladas e com pouco ou nenhum contato exterior, as possibilidades de enfrentamento postas à disposição das vítimas são restritas e todas elas trazem para dentro do lar, já maculado pela violência intramuros, a violência institucional; o lar passa então a ser

sinônimo de impotência, seja no que concerne ao enfrentamento do agressor, seja na materialização de novas violências, desta vez propagadas por aqueles que deveriam proteger, cuidar e orientar as vítimas, quando das suas abordagens violentas, estereotipadas e julgadoras, silenciando por completo os poucos pedidos de socorro que puderam ser ouvidos no período de pandemia.

A natureza cíclica da violência doméstica e familiar em constante repetição, a qual se inicia na tensão prévia à agressão, perpassando pelos eventos delituosos em si e culminando, muitas vezes, na reconciliação entre ofendida e agressor em virtude de episódios de arrependimento (MARCHIORI, 1996, p. 14), não apenas fazem com que a vítima desista de buscar ajuda ante à crença de que não é possível abandonar o contexto conjugal, como desacredita a condição de vítima da mulher perante ao meio social ao qual pertence, dentro de uma sociedade patriarcal, transferindo para ela a responsabilidade pelas agressões sofridas.

O contexto pandêmico exacerba, também, os processos de vitimização terciária, seja pela constante vigilância causada pelo isolamento social de subgrupos (comunidades, vizinhanças, bairros, edifícios), seja pela exposição causada pelo acionamento das guarnições policiais, uma vez precarizado o deslocamento até as unidades de atendimento e proteção, sendo imperiosa a busca incessante por novos mecanismos de acionamento, resgate e auxílio às vítimas, alheios ao sistema de justiça criminal.

No que concerne às medidas de enfrentamento à violência de gênero adotadas pelo Brasil, pode-se identificar a criação ou adaptação de aplicativos online para a realização de denúncias e a expansão dos canais de denúncia telefônica, ou seja, maiores investimentos em serviços de atendimento online, enquanto em países como França e Espanha, investiu-se em diversas outras frentes de enfrentamento, como a criação de abrigos temporários, estabelecimento de serviços de alerta de emergências em supermercados e farmácias, e a declaração de abrigos e serviços de atendimento à mulher como essenciais (FBSP, 2020, p. 40).

É necessário buscar meios alternativos de desburocratização dos acessos aos abrigos e casas de acolhimento, principalmente no período de pandemia, com vistas a garantir o estancamento dos processos de sobrevivitização quaternários, notadamente no que se refere ao medo enfrentado pelas vítimas de sofrerem novas agressões e vitimizações.

Sendo regra para o acesso às casas de acolhimento o registro da ocorrência e relatório social, tendo em vista a precarização do deslocamento da mulher às Delegacias e Unidades Policiais, bem como o medo de exposição ao contágio, aliado ao temor de represálias, pode-se pensar na inversão da lógica, priorizando o acolhimento das vítimas e seus filhos menores, para que se viabilize o atendimento médico, psicossocial e policial dentro dos abrigos, garantindo, para além de novas vagas e unidades, a segurança das mulheres vitimadas, estancando, assim, a perpetuação de processos indefinidos de vitimização, violência institucional e escárnio público.

### Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. *Revista de Direito Público*, n. 17, jul./set. 2007.

CERVINI, Raul. Victimization a través del proceso penal. Alternativas de diversificación. Separata de la *Revista INUDEP*, Montevideo, año IX, n. 12, 1992.

DIGNAN, James. *Understanding victims and restorative justice*. New York: Mike Maguire series editor, 2005.

FBSP - FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2020*. Violência doméstica e sexual na pandemia. Ano 14. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

LARRAURI, Elena. Victimología. In: ROXIN, Claus et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 281-316. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/344726482/>

Larrauri-Elena-Victimologia-De-Los-Delitos-y-de-Las-Victimas-Claus-Roxin-y-Otros-281-316. Acesso em: 14 jul. 2021.

MARCHIORI, Hilda. *La víctima del delito*. 2. ed. Córdoba: Marcos Lerner, 1996.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SERRETTI, Jorge Luis Nassif Magalhães. Violência e vítima criança sob o olhar da victimologia. In: FREITAS, Marisa Helena D' Arbo Alves; GALVÃO JR., Roberto Faleiros (orgs.). *Estudos Contemporâneos de Victimologia*. São Paulo: Editora UNESP, 2011.

VIEIRA ANDRADE, Mailô de Menezes. Perspectivas feministas em criminologia: a interseccionalidade entre gênero, raça e classe na análise do estupro. *RBCCRIM*, v. 146, p. 435-455, ago. 2018.

# A PERSPECTIVA DA LIBERTAÇÃO NOS DIÁLOGOS ENTRE CRIMINOLOGIA E PSICOLOGIA

THE PERSPECTIVE OF LIBERATION IN THE DIALOGUES BETWEEN CRIMINOLOGY AND PSYCHOLOGY

## Adriana Eiko Matsumoto

Doutora em Psicologia Social pela PUC/SP. Mestre em Educação:  
Psicologia da Educação pela PUC/SP. Graduada em Psicologia da UNESP.  
Professora adjunta da UNIFESP.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1255445071615138>  
ORCID: 0000-0003-1919-4186  
[adriana.eiko@unifesp.br](mailto:adriana.eiko@unifesp.br)

## Lucas Maurício Garcia Pimenta e Silva

Graduado em Direito pela USP, foi assessor jurídico nacional da Pastoral Carcerária.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4433823754965683>  
ORCID: 0000-0001-6252-2152  
[lucas.mauricio.silva@gmail.com](mailto:lucas.mauricio.silva@gmail.com)

**Resumo:** A relação entre as ciências jurídicas e as chamadas ciências psi é parte constitutiva do desenvolvimento de uma criminologia etiológica e exerce função ideológica na definição de crime, criminalidade e sujeito criminoso. Propõe-se neste artigo incorporar uma perspectiva crítica, que abarque a historicidade e a totalidade desde a América Latina, a partir dos diálogos entre Psicologia e Criminologia da Libertação.

**Palavras-chave:** Psicologia da Libertação - Criminologia da Libertação - Alianças Psi-jurídicas.

**Abstract:** The relationship between the legal sciences and the so-called psi sciences is a constitutive part of the development of an etiological criminology and plays an ideological role in the definition of crime, criminality and criminal subject. This article proposes to incorporate a critical perspective that embraces historicity and totality of Latin America, from the dialogues between Psychology and Criminology of Liberation.

**Keywords:** Psychology of Liberation - Criminology of Liberation - Psy-juridical Alliances.

### 1. A dialética colonialismo-capitalismo e a crítica radical ao racismo como pressupostos para a perspectiva da libertação

Podemos dizer que a perspectiva da libertação é uma produção tipicamente latino-americana, compondo uma forma característica de pensar e fazer ciência em nosso continente (GONÇALVES, 2016). O pensamento da libertação pode ser representado como um movimento de "contrapelo" da construção do saber (BENJAMIN, 1985), desenvolvido a partir da descolonização, enquanto desvelamento e superação do padrão mundial de poder colonial-moderno, capitalista e eurocentrado (QUIJANO, 2005) da própria teoria crítica. Sua concepção foi criada fora da academia, através das lutas sociais pela libertação dos territórios latino-americanos desde a colonização. A metáfora de Benjamin (1985) sobre a história narrada à contrapelo expressa que a constituição da modernidade, o advento da Revolução Francesa e a consolidação do modo de produção capitalista são processos que precisam ser revisitados desde a perspectiva dos sujeitos que foram alvos das violências das Metrôpoles e daqueles que hoje seguem aviltados e explorados pelo capital.

A constituição do modo de produção capitalista, base material da qual emergem dialeticamente a superestrutura jurídica e suas instituições, deu-se a partir dos processos de colonização, incorporando suas reminiscências. Esse recorte temporal não explica toda a singularidade e particularidade latino-americana em sua longa história, mas é ponto de partida para a análise de um tipo específico de exploração-dominância, que se organizou desde a invasão colonial. Marx (2013), Quijano (2003, 2005), Mariátegui (2008), dentre outros autores, já analisaram o surgimento do capitalismo a partir da acumulação primitiva, com a exploração das colônias e a utilização do trabalho escravo, dizimação e domínio dos povos originários e africanos.<sup>1</sup>

Assim, embora não seja objeto deste artigo explorar essa relação

histórica da colonização, independência e constituição de Estados-Nações na América Latina, partiremos da atual condição de dependência econômica para a análise do movimento da realidade. Essa subordinação econômica também tem suas expressões na cultura e produção acadêmica, e a superação de um conhecimento colonizado não está desvinculada dos processos de superação das bases materiais da produção social da vida (MARINI, 2000, p. 109).

Consequentemente, a libertação emerge como categoria que explicita a relação existente entre exploração econômica e a produção do universo cultural latino-americano, e implica na construção de uma revisão histórico-epistemológica da particularidade da América Latina, inserida na totalidade do desenvolvimento do modo de produção capitalista.

Na essência de uma análise heterodoxa do marxismo em relação a essa dependência estrutural, a concepção forjada no colonialismo sobre as raças ocupa determinação fundamental na constituição do modo de produção capitalista ao longo da história latino-americana. Clóvis Moura (1977) afirma que a ideia de Brasil Moderno só pode ser explicada se interligada com as determinações provenientes do período colonial, sendo estas incorporadas no bojo da instituição do trabalho livre assalariado em terras brasileiras.

A ideia de raça, como uma categoria moderna que teve seu sentido atual formulado no desenvolvimento da colonização da América, constituiu-se como tática central para a instauração da hegemonia europeia sobre os povos colonizados. Embora se tenha superado a concepção biológica de raça mesmo nas ciências positivistas, a ideologia sobre a raça forjou critério para a distribuição da população no mundo conforme os níveis, lugares e papéis centrados na estrutura de poder de uma nova sociedade mundial (QUIJANO, 2005, p. 117).



De acordo com **Marini** (2000), no capitalismo dependente encontramos uma especificidade pela via da superexploração do trabalho. Contudo, ao se partir da constatação das reminiscências do colonialismo na atualidade do capitalismo, as opressões de raça<sup>2</sup> conformam um modo específico da superexploração do trabalho se conflagrar nos contornos latino-americanos. Assim, a superexploração discutida pela teoria da dependência: “só é possível tendo o racismo como seu principal alicerce. É ele que conforma material e subjetivamente esse trabalhador pauperizado” (FARIAS, 2017, p. 410).

É nesse contexto que se desenvolve nos territórios latino-americanos uma produção colonizada da psicologia e da criminologia no que tange à análise de crime, criminalidade e sujeito criminoso. **Batista** (2003) sublinhou que na América Latina encontra-se um aperfeiçoamento das instituições de controle social a partir das teorias de inferioridade biológica de **Lombroso**, constituindo um verdadeiro *apartheid* criminológico.

Apontamos uma reflexão norteadora da nossa perspectiva da libertação na psicologia e criminologia: a de uma articulação orgânica do controle social com o racismo, em uma dialética colonialismo-capitalismo, forjando um processo em curso de encobrimento da potência política do sujeito revolucionário em sua atual morfologia no Brasil, ao focar, fundamentalmente, nos jovens negros e indígenas<sup>3</sup> da classe trabalhadora. Aqui, revela-se a função real que o controle social opera objetiva e subjetivamente, a qual deve ser considerada em nossas análises sobre o encarceramento em massa e o genocídio dos jovens negros e indígenas. Assim, ao se produzir um diálogo entre a criminologia e a psicologia da libertação, busca-se trazer contribuições para uma crítica criminológica latino-americana das alianças psi-jurídicas, de modo a enfrentar a mistificação promovida pela concepção hegemônica da psicologia jurídica em seus enlaces com a criminologia tradicional.

## 2. Apontamentos sobre a perspectiva da libertação na Criminologia e na Psicologia

No campo da criminologia, reconhecemos em **Lola Aniyar de Castro** a expressão de um movimento mais amplo, que parte da posição daqueles que sofrem com as opressões (re)produzidas pelo sistema penal para transformá-lo. A autora explicita, que um dos elementos que deve conduzir a pesquisa orientada para uma teoria crítica do controle social, entenda-se, uma criminologia da libertação, é: “(...) um projeto emancipatório que se baseia na vontade de diagnosticar corretamente a sociedade e na vontade de superá-la” (CASTRO, 2005, p. 62).

Ao eleger como objeto a ideologia do controle social e seus efeitos na América Latina, **Castro** (2005) amplia os limites da criminologia ao relacionar todo o conjunto de sistemas normativos para além do campo penal. A criminologia da libertação é centrada na realidade sociopolítica da América Latina, partindo de um movimento de descolonização do pensamento e prática, produzindo uma contra-ideologia e articulando-se com outros saberes de forma interdisciplinar. Isso significa pesquisar seguindo “os passos da história da dominação em nosso continente, através das modificações do controle produzidas desde a época pré-colombiana até o presente” (CASTRO, 2005, p. 111).

Para **Castro** (2005), há que se partir da crítica ao positivismo *spenceriano*, ou seja, racista, que viceja nas formas hegemônicas das teorias criminológicas veiculadas na América Latina, evidenciando a falácia do suposto vínculo entre subdesenvolvimento, meio geográfico e criminalidade. A Criminologia da Libertação deve se voltar para o estudo crítico do Direito Penal em sua produção, interpretação e aplicação das normas (dogmática penal), para a crítica ao sistema penalógico e de suas alternativas, bem como às agências de produção e reprodução de valores e estereótipos acerca da criminalidade. Embora fuja do escopo deste artigo, vale mencionar para estudos posteriores os efeitos da “guerra contra

as drogas” como dispositivo que enreda processos de controle social e de neutralização política de parcela da juventude negra e indígena da classe trabalhadora, seja pelas vias do extermínio, pelo terrorismo de Estado, ou por meio da criminalização e encarceramento em massa.

Deste modo, falar em criminologia da libertação não é tratar apenas do tema da violação da ordem (sua aparência), mas, fundamentalmente das engrenagens de sua manutenção e preservação (sua essência). O que nos resta é perguntar: como realizar a ponte entre o saber criminológico crítico e a psicologia crítica, como expressões de contra-ideologia e organização das mais diferentes lutas contra o sistema punitivo?

Em relação à psicologia latino-americana, destaca-se o efeito do pensamento da libertação ao promover um giro epistemológico, tirando a subjetividade de uma posição idealista e apriorística, concebendo a constituição dialética do ser humano a partir de suas relações sociais, enquanto sujeito ativo produto-produtor das condições em que está inserido, superando a dicotomia objetividade-subjetividade em uma perspectiva histórica.

**Martín-Baró** (1985) compreende que a Psicologia da Libertação deve estudar o comportamento humano conforme a sua significação e valores (juízos), e como isso vincula a pessoa a uma sociedade concreta. Por conseguinte, tem como objetivo explicitar a relação entre duas estruturas: a estrutura individual e a estrutura social, buscando mostrar a contradição fundamental da sociedade encarnada na atividade, consciência e identidade dos indivíduos ou grupos pesquisados. Neste contexto, o autor destaca que o objeto da Psicologia Social é, pois, a ação como ideologia.

Na obra *Psicología social de la guerra*, **Martín-Baró** (1990) aponta para as características psicossociais de contextos de conflitos declarados e comenta sobre três processos que podem ser alvos de intervenção psicológica junto à população atendida. São eles: militarização da vida cotidiana e das mentes, veiculação de mentiras institucionalizadas, inclusive a partir das mídias de comunicação em massa, e a cristalização das relações sociais, que divide os sujeitos entre “cidadãos de bem” e aqueles que podem ser exterminados ou presos. Depreende-se disso, que a produção cotidiana de uma sociabilidade pautada pela lógica da intolerância e da violência é ponto de partida para a constituição de processos psicossociais, que promovem a aderência dos sujeitos à ideologia dominante do controle social expressa no senso comum penal.

Um conceito que destacamos nessa obra é o de trauma psicossocial como a “cristalização traumática nas pessoas e nos grupos das relações desumanizadas” (MARTÍN-BARÓ, 1990, p. 123). O trauma psicossocial manifesta-se de maneira diversa e multideterminada no corpo social, por meio de diferentes experiências de violências, que vão se complexificando e se acumulando continuamente, sendo várias gerações impactadas pelos seus efeitos. Alguns dos efeitos mais dramáticos na cristalização da desumanização sofrida são: perdas de sensibilidade frente ao sofrimento alheio e de esperança (capacidade criativa e imaginativa), a insegurança frente ao próprio destino, o acirramento de preconceitos e a defesa paranoide, a partir de uma polarização social, que localiza no outro a figura de um inimigo. Assim, ao relacionarmos tal conceito com as expressões de violência de estado e aparatos de repressão, compreendemos que os traumas psicossociais podem revelar a relação objetividade-subjetividade do controle social no psiquismo dos sujeitos afetados.

**Martín-Baró** (1990) ressalta a busca pela superação coletiva dos processos sociais, que engendram tal condição de desumanização a partir da organização comunitária e identifica nas situações-limites (situação objetiva que explicita conflitos, resultando em uma síntese – positiva ou negativa) a potencialidade para encontrar caminhos de insurgência na e pela crise. Ao trazer tais referenciais

para a análise do contexto criminal e penitenciário, encontramos pressupostos radicalmente opostos ao da psicologia tradicional.

### 3. Por uma nova aliança psi-jurídica desde a perspectiva da libertação

Uma importante tarefa para a construção de novas alianças psi-jurídicas em uma perspectiva da libertação é partir da defesa dos direitos humanos e de um compromisso com a descolonização para além dos saberes. Isso não se resolve no interior de uma prática profissional individual, mas também não nos isenta de compreendermos que cada projeto político de profissão também responde a um projeto de sociedade. Neste sentido, compreender as relações entre classe e raça na criminalização e nos mecanismos de controle social, desvelar as formas pelas quais a dinâmica da conflitiva de classe se expressa no sistema de justiça criminal, confrontar as expressões ideológicas que conformam a sua manutenção, são tarefas primordiais e que devem ocupar a práxis da aliança entre Criminologia e Psicologia da libertação.

Considerando os limites e as potencialidades de intervenções no âmbito institucional das políticas criminais e prisionais, algumas tarefas práticas são possíveis a partir do diálogo entre Criminologia e Psicologia da libertação, a saber:

- **Enfrentamento ao Exame Criminológico e fortalecimento da atuação psicossocial em ações de cuidado e saúde mental.** Contraindo uma avaliação psicológica centrada na "personalidade criminoso", é possível contribuirmos com análises, a partir do trauma psicossocial, com o propósito de desvelar a ideologia do controle social, que constitui, dialeticamente, a subjetividade das pessoas que são selecionadas para serem criminalizadas. Ao negarmos as premissas da "terapêutica penal" e da "internalização da culpa" nos exames criminológicos, podemos evidenciar processos de cristalização da desumanização e sofrimento a que estão sujeitas as pessoas encarceradas, inclusive denunciando os efeitos da própria prisionalização, muitas vezes tomados como traços de personalidade. Aliada a isso está a tessitura de redes intersetoriais de cuidado psicossocial nas políticas públicas (dentro e fora das prisões), tendo em vista garantias fundamentais de direitos, a denúncia de sua violação e a busca por sua reparação;
- **Crítica ao projeto ressocializador e constituição de processos de insurgências na e pela crise.** A ressocialização, tributária da ideologia da defesa social em seu verniz punitivo-humanitário, deve ser superada, a partir de ações concretas, que revelem os mecanismos de controle social a que estão submetidos os sujeitos criminalizados, seus familiares e os territórios em que vivem, atuando na

redução de danos do sofrimento oriundo da condição da prisão e tendo em vista a desinstitucionalização das pessoas presas. Além disso, é importante incorporar a lógica da auto-organização de coletivos abolicionistas, de associações de familiares, amigos e egressos do sistema prisional, entre outros, apoiando-os em suas ações, compreendendo a transformação social enquanto um processo a ser potencializado diante das situações-limites;

- **Enfrentamento do racismo estrutural e institucional a partir de análises críticas sobre a dimensão subjetiva do crime, criminalidade e "criminoso".** Tendo em vista o amplo espectro do controle social em suas diferentes instituições e processos (formal e informal), é essencial atuar no sentido de desconstruir a noção de crime, criminalidade e sujeito criminoso, junto com a ideia de um "perigosismo" e de um "inimigo interno" aliado à lógica do racismo, tanto nas teorias como nas práticas institucionais;
- **Denúncia da "guerra contra as drogas" em sua articulação penal-assistencial, como expressão atual do desenvolvimento do controle social classista e racista.** A complementaridade entre políticas criminais e assistenciais frente à questão das drogas precisa ser desvelada em sua função ideológica, ao operar no controle social da classe trabalhadora a legitimação do extermínio e criminalização de sua juventude negra e indígena. Isso pode se dar, a partir do estudo crítico do funcionamento do sistema de justiça criminal para mudanças efetivas do projeto em curso de controle social justificado pela guerra às drogas, e no fortalecimento das redes de cuidados psicossociais em uma perspectiva antimanicomial;
- **Compromisso ético-político no enfrentamento ao genocídio e encarceramento em massa da juventude negra e indígena.** É fundamental que conhecimentos e práticas estejam a serviço da construção da vida. Isso significa apoiar a auto-organização de coletivos em suas ações de enfrentamento contra o genocídio e encarceramento em massa, em redes de proteção, em processos de formação política e social, que favoreçam a conscientização coletiva e mudanças nessa realidade.

Em suma, compreendemos que a perspectiva da libertação para uma (nova) aliança entre Psicologia e Criminologia, exige que partamos das vozes das resistências, potencializando diálogos com os grupos-alvos prioritários da violência expressa das agências do controle social, em sua história de lutas, confrontos, e insurgências.

#### Notas

- <sup>1</sup> Partimos das análises contra-hegemônicas, reconhecendo a existência da escravidão indígena no Brasil em articulação com a escravidão negra (MONTEIRO, 1994).
- <sup>2</sup> Não abordaremos as análises específicas sobre sexo/gênero nesse momento pela delimitação do foco do presente trabalho.

#### Referências

BATISTA, V. M. *Diffíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.  
BENJAMIN, W. As Teses sobre o Conceito de História. In: BENJAMIN, W. *Obras Escolhidas*, v. 1. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 222-232.  
CASTRO, L. A. de. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.  
FARIAS, M. Uma esquerda marxista fora do lugar: pensamento adstringido e a luta de classe e raça no Brasil. *SER Social*, Brasília, v. 19, n. 41, p. 398-413, jul./dez. 2017.  
GONCALVES, B. S. A Dupla Consciência Latino-Americana: contribuições para uma psicologia descolonizada. *Rev. psicol. polít.*, São Paulo, v. 16, n. 37, p. 397-413, dez. 2016.  
MARIÁTEGUI, J. C. *Sete ensaios de interpretação da realidade peruana*. São Paulo: Expressão Popular, 2008.  
MARINI, R. M. *Dialética da dependência: uma antologia da obra de Ruy Mauro Marini*. Petrópolis, RJ: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000.

- <sup>3</sup> É fundamental a análise dos efeitos do apagamento e diluição da ascendência indígena enquanto um instrumento de dominação presente na conformação da classe trabalhadora no Brasil.

MARTÍN-BARÓ, I. *Acción e ideología: psicología social desde centroamerica*. San Salvador: UCA, 1985.  
MARTÍN-BARÓ, I. *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*. San Salvador: UCA Editores, 1990.  
MARX, K. *O Capital – Livro I – crítica da economia política: O processo de produção do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.  
MONTEIRO, J. M. *Negros da terra: índios e bandeirantes nas origens de São Paulo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.  
MOURA, C. *Negro, de bom escravo a mau cidadão?* Rio de Janeiro: Conquista, 1977.  
QUIJANO, A. Notas sobre "raza" y democracia em los países andinos. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, v. 1, p. 53-59, ener./abr. 2003.  
QUIJANO, A. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

Recebido em: 29.10.2020 - Aprovado em: 15.02.2021 - Versão final: 12.03.2021

# A CRIMINALIZAÇÃO ANDROCENTRISTA DO CASO MARI FERRER

THE ANDROCENTRIST CRIMINALIZATION FROM THE MARI FERRER CASE

## Núbio Mendes Parreiras

Mestre em Direito Penal pela PUCMG. Especialista em Ciências Penais pela (IEC-PUCMG. Professor na Pós-Graduação Lato Sensu de Ciências Penais (IEC-PUCMG. Advogado e Presidente da 34ª Subseção da OAB de Itaúna/MG.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8461594600460836>

ORCID: 0000-0003-1130-589X

parreiras.nubio@gmail.com

**Resumo:** A partir das cenas da audiência do notório Caso Mari Ferrer, o artigo busca evidências de que o androcentrismo brasileiro, associado à presente criminologia positivista nas agências penais e no ensino jurídico brasileiros, provoca uma forma oculta e específica de criminalização, que deve ser denunciada pela criminologia feminista.

**Palavras-chave:** Caso Mari Ferrer - Criminologia positivista - Androcentrismo - Criminologia feminista.

**Abstract:** The text addresses the relationship between the increase in police lethality and the role of the justice system in Brazil, in an effort to demonstrate that, although there was a higher occurrence of death caused by police actions during the pandemic of the new Coronavírus, it is a historical problem in our democracy.

**Keywords:** Caso Mari Ferrer - Criminologia positivista - Androcentrismo - Criminologia feminista.

Entender que os processos de criminalizações se reduzem às disposições dos tipos penais positivados é uma fantasia alienante, e o cenário é ainda mais peculiar em sistemas de justiça criminal de feito patriarcal, como é o caso do brasileiro.

Ora, conforme se extrai de Zaffaroni *et al* (2013, p. 89), além das leis penais manifestas/declaradas, há também as eventuais e as latentes, que produzem, assim, punições eventuais e latentes, de difícil constatação.

Ou seja, nem toda punição provocada pelo sistema estatal é manifestamente declarada como tal, haja vista determinada pretensão de ofuscar a necessidade das ferramentas de controle do poder punitivo (ZAFFARONI *et al*, 2013, p. 90) e de inadvertidamente se alastrar.

Neste contexto, a face androcentrista/patriarcal (BARATTA, 1999, p. 50) da sociedade brasileira é um campo extremamente fértil para a proliferação de criminalizações não manifestas, principalmente por se tratar de um modelo de justiça marcado pelo positivismo criminológico. Assim, o modelo se apresenta orientado tanto para imunizar a bela, recatada e do lar - figura feminina adequada ao patriarcado - quanto para criminalizar, independente de transgressões normativas, aquela que se afasta deste estereótipo, conforme abordado por Parreiras (2020, p. 332 ss.).

Nas palavras do professor Alessandro Baratta:

Se os juízes penais tratam 'mais cavalheirescamente' as mulheres, e parecem, com isso, desejar mostrar-lhes que o seu lugar, ao invés de ser na prisão, é em casa, ao lado dos filhos, é porque os mesmos sabem, acrescenta Smaus,

que não existem assim tantas mães e esposas à disposição (BARATTA, 1999, p. 50).

Veja-se, a título de ilustração, o que o sistema penitenciário brasileiro tem promovido com as revistas íntimas vexatórias (PARREIRAS, 2018), exclusivamente das mulheres - notadamente mães e irmãs dos presos que vão visitá-los. Estas mulheres são sujeitas a ficarem nuas diante das agentes penitenciárias, agacharem-se de cócoras - posição para defecar -, simular uma tosse e serem tocadas em suas partes íntimas diante de um espelho que fica entre os seus pés. Procedimento que, diga-se, costuma ser repetido por duas ou três vezes.

Isto tudo em tempos que, diga-se de passagem, as tecnologias eletrônicas se apresentam como panaceia para enterrarmos as mazelas da Idade Média, sendo plenamente possível métodos menos invasivos de revistas, bem como priorizar que se faça tão somente no preso ao invés de quem o visita.

Como se sabe, o positivismo criminológico ganhou intenso fôlego com as minuciosas pesquisas de Lombroso (2007), médico italiano (1835-1909) que empreendeu demasiados esforços em presídios e necrotérios medindo, pesando e classificando, pessoas e cadáveres, alvos do sistema de justiça criminal, a fim de desenvolver um método capaz de identificar características físicas e comportamentais que dariam causa à criminalidade.

A rigor, os estudos lombrosianos não deixam de carregar uma pretensão de racionalização da criminologia da Inquisição Eclesiástica, que, no tocante à *Caça às bruxas*, teve o seu formato mais bem-acabado no *Malleus Maleficarum* dos dominicanos

**Heinrich Kramer** e **James Sprenger**, um dos famigerados manuais dos inquisidores, que visavam transformar mulheres independentes dos padrões androcentristas em hereges/criminosas (KRAMER e SPRENGER, 2010).

Sim, de tempos em tempos são elaboradas sofisticadas tecnologias de controle social para neutralizar os processos de emancipação feminina!

Sobre o positivismo criminológico, que inclusive tem recebido, até os presentes dias, a adesão das agências penais e instâncias de ensino jurídico brasileiro, assim destacou a professora **Roberta Pedrinha**:

Os valores do Positivismo Criminológico estão espalhados, quer seja no preconceito, quer seja na forma de rotular e estigmatizar os indivíduos, quer seja pelo desenvolvimento do modelo científico, quer seja pelo ideal de superioridade, higiene e beleza, finalmente, quer seja na dicotomia dos gêneros, de seus papéis sociais e sexuais, apoiados em 'verdades biológicas' (PEDRINHA, 2009, p. 111).

E as cenas da audiência<sup>1</sup> do midiático Caso Mariana Ferreira (ou *Mari Ferrer*), amplamente veiculadas nos variados canais de comunicação, em que pese serem assustadoras, constituem mais uma amostra da realidade androcentrista brasileira.

Referido processo consiste em uma Ação Penal em que o Ministério Público de Santa Catarina denunciara um empresário por estupro de vulnerável em face da jovem Mariana.

Não obstante, na audiência em comento, com resquícios de *lawfare*, a faceta androcentrista do sistema de justiça criminal brasileiro se oculta em ferramentas legais – como, no caso, inquirições e apresentação de documentos em audiência – para promover processos de criminalizações camuflados.

O que se extrai da referida audiência é, em grande medida, um conjunto de homens, silentes diante da postura de um advogado que

passa a proferir ataques verbais de toda ordem e a apresentar fotos de rede social da vítima, com insinuações de que o comportamento social dela contribui para as práticas do acusado.

Como se observa, tal qual ocorre com as mulheres que vão visitar os presos, casos como o da Mariana Ferreira, para além da revitimização, o sistema promove uma verdadeira criminalização androcentrista,<sup>2</sup> orientada pela reprovação de uma simples posição afastada daquele idealizada de *bela, recatada e do lar*, ao invés de se investigar os fatos que guardem relevância legal com a imputação do caso.

Ao fim e ao cabo, o próprio processo configura-se em uma punição primária (FEELEY, 1992, p. 199), neste caso, para a vítima. Transforma-se vítimas em criminosas!

Assistimos sim a um espetáculo lombrosiano, capitaneado por um advogado inescrupuloso e assentido por espectadores covardes. Incautos de suas funções/obrigações – éticas e sobretudo legais – de contenção do poder e dos decorrentes abusos, estes profissionais se omitiram e se depararam com a própria vítima exercendo aqueles

que seriam os seus ofícios, com tempestivos questionamentos aos abusos que sofria, revitimizada e criminalizada na fatídica audiência.

Não obstante, para além de buscar soluções pontuais, precisamos reconhecer a necessidade de superação do positivismo criminológico – caracterizado pelo paradigma etiológico – presente não apenas no ensino jurídico, mas, notadamente, na prática forense e das agências penais brasileiras.

Para tanto, é importante começar por uma cuidadosa compreensão do paradigma da reação social (*labelling approach*) desenvolvido

pela Nova Escola de Chicago, sobretudo por **Becker** (1997), que inverteu o objeto de análise, do indivíduo – central no positivismo criminológico – para o sistema de rotulação/criminalização.

"...AS CENAS DA AUDIÊNCIA DO MIDIÁTICO CASO MARIANA FERREIRA (OU MARI FERRER), AMPLAMENTE VEICULADAS NOS VARIADOS CANAIS DE COMUNICAÇÃO, EM QUE PESE SEREM ASSUSTADORAS, CONSTITUEM MAIS UMA AMOSTRA DA REALIDADE ANDROCENTRISTA BRASILEIRA."

## Notas

<sup>1</sup> A íntegra pode ser assistida aqui: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/veja-integra-audiencia-mariana-ferrer-estupro>. Acesso em: 24 jun. 2021.

<sup>2</sup> Sobre o conceito de criminalização androcentrista, consultar Parreiras (2020, p. 353 ss.).

## Referências

BARÁTTA, Alessandro. *O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana*. In: CAMPOS, Carmen Hein (Coord.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 19-80.  
BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1997.  
FEELEY, Malcolm M. *The Process is the Punishment: handling cases in a lower criminal court*. New York: Russel Sage Foundation, 1992.  
KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das feiticeiras*. Trad. Paulo Fróes. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 2010.  
LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.  
PARREIRAS, Núbio Pinhon Mendes. MS coletivo para prevenir revistas vexatórias em

mulheres em presídios. *Conjur*, 14 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-14/nubio-parreiras-ms-coletivo-prevenir-revistas-vexatorias>. Acesso em: 13 mai. 2018.  
PARREIRAS, Núbio Pinhon Mendes. A criminalização androcentrista da revista íntima das mulheres em presídios: a punição latente. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*. v. 5, n. 9, p. 326-363, jul./dez. 2020.  
PEDRINHA, Roberta Duboc. *Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.  
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Volume 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Recebido em: 09.01.2021 - Aprovado em: 20.05.2021 - Versão final: 01.07.2021



## PROCEDIMENTO DO JÚRI: A ADMISSIBILIDADE DA CONVOCAÇÃO, JÁ NO PRIMEIRO SORTEIO PREPARATÓRIO, DE JURADOS SUPLENTE

EARLIER CALL FOR SUBSTITUTE JURORS IN BRAZILIAN JURY TRIAL PROCEDURE

**Gustavo Torres Soares**

Doutor pela USP e mestre pela PUC-MG em Direito Processual. Procurador da República e coordenador do Grupo de Apoio a Procuradores da República com atuação no âmbito do Tribunal do Júri (GATJ) do MPF.

ORCID: 0000-0001-5143-7884

gtsoares78@gmail.com

**Resumo:** Ainda que seja desejável a explicitação legislativa, os atuais dispositivos do CPP, sob interpretação constitucionalmente conforme, já admitem a convocação, no primeiro sorteio preparatório, de jurados suplentes.

**Palavras-chaves:** Tribunal do júri - Jurados suplentes.

**Abstract:** Although further legislative clarification is desirable, the current provisions of the Brazilian criminal procedure code, under constitutionally compliant interpretation, already admit the summoning, in the first preparatory draw, of substitute jurors.

**Keywords:** Jury trial procedure - Substitute jurors.

Os artigos 432 a 435 do vigente Código de Processo Penal (CPP<sup>1</sup>) cuidam do sorteio e da convocação de 25 (vinte e cinco) jurados, os quais devem funcionar em cada sessão plenária de julgamento por tribunal do júri. Segundo o art. 463, basta que pelo menos 15 (quinze) daqueles sorteados compareçam para que sejam instalados os trabalhos, com vistas à formação dos 7 (sete) jurados integrantes do respectivo conselho de sentença.

Se não for atingido esse quórum de pelo menos 15 (quinze) dos 25 (vinte e cinco) jurados inicialmente sorteados (situação que aqui chamaremos de “falta de quórum”<sup>2 3</sup>), o art. 464 determina o sorteio de suplentes e a designação de *nova data* para a sessão do júri. E dispõe o art. 471 que, se, em razão das recusas pelas partes, não se obtiver o número mínimo de 7 (sete) jurados para compor o devido conselho de sentença (hipótese que o jargão forense costuma chamar de “estouro de urna”<sup>4</sup>), igualmente ocorrerá sorteio de suplentes e designação de nova data para a sessão do júri (salvo no caso de pluralidade de acusados, em que somente um destes recusar determinados jurados, o que pode gerar separação dos julgamentos dos corréus, com adiamento dos júris separados que “não forem prioritários”, na ordem de preferência legalmente estabelecida – conforme os §§ 1º e 2º do art. 469).

Ocorre que os julgamentos por tribunal do júri são especialmente dispendiosos para o Poder Judiciário e para a sociedade civil, que os custeia. Adiamentos inopinados e desmembramentos desnecessários de causas (multiplicando-as) significam má alocação dos escassos recursos humanos, físico-estruturais (especialmente diferenciados nos julgamentos por júri) e financeiros do Estado-Juiz.

Nos casos de competência da Justiça Federal, os custos dos julgamentos por tribunal do júri são desproporcionalmente maiores. Os agentes públicos do âmbito jurídico-criminal federal (juízes, procuradores, defensores públicos, oficiais de justiça, policiais

federais etc.) geralmente têm pouco costume com o universo do tribunal do júri, muito mais corriqueiro na seara estadual ou distrital. Pela exiguidade numérica dos crimes dolosos contra a vida em âmbito jurisdicional federal, não existem varas judiciais federais exclusivamente competentes para causas de tribunal do júri, como ocorre comumente na seara estadual ou distrital. Ou seja: por falta de tradição local, rotina funcional e estrutura especializada, todo júri federal causa significativa alteração no cotidiano de qualquer vara criminal federal, inevitavelmente alterado durante as semanas que antecedem e sucedem aquela episódica sessão de tribunal popular.

Os adiamentos e desmembramentos acima referidos são, portanto, claramente indesejáveis e, pela dicção do CPP (“a separação somente ocorrerá se...”, “os jurados excluídos por impedimento e suspeição serão computados...”), indesejados. Trata-se de patologia processual, a qual é razoavelmente equacionada pelas referidas normas remediadoras (arts. 463, 464, 469 e 471), voltadas para o comum das situações (na imensa maioria das vezes, os julgamentos por júri se referem a um só acusado – o que inibe a falta de quórum e o estouro de urna – e tramitam em varas minimamente habituadas e estruturadas para tais causas – de modo a não lhes alterar desproporcionalmente a rotina).

Mas insista-se: tratando-se de patologia processual, não há propriamente (e por via direta) um “direito da parte a adiamento ou desmembramento” de júri; essas situações indesejadas ocorrem episodicamente porque, de modo geral, o custo de sua (quase) completa inibição (até em situações corriqueiras) seria inconvenientemente alto para ser arcado como regra. Não se deve, pois, interpretar as referidas normas remediadoras (arts. 463, 464, 469 e 471) como impeditivas de conduta preventiva do juízo competente, em causas específicas nas quais este vislumbre cabível tal prevenção. Se o magistrado verificar a conveniência episódica de, em determinado julgamento plenário, serem desde logo sorteados jurados suplentes (para se evitar falta

de quórum ou estouro de urna), o ordenamento jurídico não lhe pode sonegar essa possibilidade de acautelamento.

A demonstrar que a tese aqui exposta tem forte ressonância na comunidade jurídica brasileira, cada vez mais preocupada com a economia processual e com a instrumentalidade das formas, o projeto legislativo de Novo Código de Processo Penal,<sup>5</sup> no que ora está numerado como “proposta de artigo 407”; dispõe, no *caput*, que “o sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de vinte e cinco jurados para a reunião periódica ou extraordinária, *bem como quantidade suficiente de suplentes, de acordo com a complexidade e o número de sessões a serem realizadas*” (grifou-se aqui); e, de acordo com o § 4º legislativamente proposto, “o juiz presidente poderá determinar o sorteio de quantitativo superior de jurados para que, no dia da primeira sessão de julgamento, após as dispensas por impedimento, suspeição, isenção, incompatibilidade ou recusa, se atinja o número de vinte e cinco jurados” (grifou-se aqui).

Nesta resumida exposição, deseja-se sustentar que os comandos propostos no que ora está numerado como “proposta de artigo 407, *caput* e § 4º” do Novo Código de Processo Penal não são inovações legislativas hoje ainda inadmissíveis, mas meras explicitações, em boa redação, do que o ordenamento processual penal hoje vigente, sob interpretação lógico-sistêmica e constitucionalmente orientada, já admite.

A prática forense referente ao atual CPP já o aponta, conforme narra **Carlos Alberto Garcete**,<sup>6</sup> magistrado oficiente há mais de uma década em vara especializada do júri:

Não obstante os jurados suplentes devam ser convocados apenas em caso de sorteio específico, é praxe dos juízes de tribunal do júri, *desde logo*, convocar jurados suplentes, em número razoável, para o caso de haver necessidade de chamamento, na mesma oportunidade de sorteio dos 25 jurados necessários (grifou-se aqui).

Essa realidade prática é também narrada por **Daniel Ribeiro Surdi de Avelar** e **Rodrigo Fauz Pereira e Silva**<sup>7</sup> (ambos intensamente atuantes no júri, nas funções, respectivamente, de juiz e de advogado):

Na ocasião do sorteio dos jurados que serão convocados para a reunião, *já* se convocam jurados suplentes para minimizar o risco de que alguma sessão seja adiada, ou que diante das recusas não se alcance o número mínimo para a formação do Conselho de Sentença. Porém, o Código *permite também* o sorteio de suplentes para a próxima sessão (grifou-se aqui).

E, em seguida, citam o HC 168.263/SP (Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado pela Sexta Turma do STJ em 20.08.2015 e publicado no DJe de 08.09.2015) para ilustrar que a jurisprudência admite até mesmo o “empréstimo” de jurados de outro plenário.<sup>8</sup>

Ocasionalmente, a questão do sorteio imediato de jurados suplentes tem chegado aos tribunais, e os poucos julgados específicos encontrados aprofundam-se pouco na fundamentação, indo no sentido da sua admissibilidade, por preclusão da insurgência<sup>9</sup> ou por ausência de prejuízo, desde que os jurados suplentes já constem da lista geral daquela unidade jurisdicional, e as partes tenham acesso aos nomes recrutados, com a antecedência prevista no § 1º do art. 433.<sup>10</sup>

Deseja-se, pois, apontar aqui fundamentação jurídica autônoma para a admissibilidade do sorteio imediato de jurados suplentes, para além das lacônicas alegações de “preclusão da insurgência” ou

“ausência de prejuízo”.

Diante dos custos públicos (humanos-funcionais, estruturais e financeiros) envolvidos e da ocasional conveniência de compreensão integral da causa (e das versões eventualmente conflitantes de corréus), nenhuma das partes possui justa expectativa a adiamentos e desmembramentos como meras táticas processuais. A título de exemplo: em acusação de homicídio supostamente encomendado pelo mandante “X” e executado pelos supostos pistoleiros “Y” e “Z”, a versão defensiva do imputado mandante tende a variar se este é julgado conjuntamente ou não com os imputados executores (e, não sendo julgamento conjunto, há também variação se a sessão referente aos supostos executores ocorre antes ou depois da correspondente ao alegado mandante) – tal modificação narrativa tende a ser maior quanto mais intensa for a eventual opção defensiva por negar ou obscurecer fatos verdadeiros. Tais perspectivas táticas, entretanto, não merecem estar acima do (nem sequer em pé de igualdade com o) interesse social de melhor reconstrução legalmente admissível dos fatos discutidos em determinada causa judicial (realizando-se o devido processo legal – art. 5º, LIV, da Constituição da República), especialmente quando a este se somam os (também relevantes) princípios constitucionais da eficiência e da economicidade dos gastos públicos (arts. 37, *caput*, e 70, *caput*, da Constituição da República), melhor contemplados com o “não adiamento” e o “não desmembramento” forçados dos julgamentos por júri.

Adiamentos e desmembramentos de júris podem ocorrer (e inevitavelmente ocorrem), mas por contingência do sistema judicial, não por direito subjetivo das partes envolvidas. E, de outro lado, o ordenamento processual penal hoje vigente, sob interpretação lógico-sistêmica e constitucionalmente orientada, já fornece ao sistema judicial a possibilidade de evitar adiamentos e desmembramentos.

Em causas com muitos réus (e, portanto, muitas possibilidades de recusas de jurados<sup>11</sup>), sendo viável e oportuna a manutenção da unidade do julgamento, convém ao Poder Judiciário promover, já na oportunidade dos arts. 432 a 435, o sorteio de tantos jurados suplentes quantos sejam necessários para que a integridade subjetiva da causa resista, com certa folga, às recusas peremptórias das partes (as quais não têm, repita-se, “direito ao adiamento nem à cisão do julgamento”, que sempre geram mais custos públicos, especialmente em júris federais, que causam sensível alteração da rotina judiciária e muitas vezes implicam grandes deslocamentos de testemunhas, procuradores, defensores públicos etc.).

Segundo o § 1º do art. 425 do CPP, “nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de suplentes, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas [referentes à preservação dos recrutados]” (grifou-se aqui). É verdade que tal dispositivo se insere na seção normativa referente ao alistamento anual de jurados. Mas sua interpretação lógico-sistêmica precisa também considerar os princípios constitucionais acima citados, do devido processo legal (garantidor da melhor reconstrução legalmente admissível dos fatos discutidos em determinada causa judicial), da eficiência e da economicidade dos gastos públicos (os quais, nesta situação de aplicação, devem ser interpretados como a garantir poderes preventivos ao magistrado que vislumbre, desde o primeiro sorteio de jurados, a necessidade de suplentes) – arts. 5º, LIV; 37, *caput*; e 70, *caput*, da Constituição da República.

Trata-se, em suma, de legítima aplicação, no procedimento do tribunal do júri, do princípio da instrumentalidade das formas, que não deve ser considerado exclusivo do Direito Processual Civil.<sup>12</sup>

Os arts. 464, 469 (§§ 1º e 2º) e 471 estabelecem, para o comum dos casos, um rito de convocação supletiva de jurados, ensejador de adiamentos e cisões dos respectivos júris – não seria razoável o estabelecimento de regra geral preventiva, impondo ao magistrado que sempre sorteasse e convocasse jurados suplentes desde o escrutínio dos jurados “titulares”, porque o ônus financeiro (para o Estado) e social (para os convocados) não compensaria a inibição de adiamentos e cisões, que não costumam ocorrer nos júris com características rotineiras (um só acusado, julgamento não gerador de ausência massiva de jurados intimados – excepcionalmente sentindo-se intimidados por alguma peculiaridade da causa –, trâmite em vara minimamente habituada e estruturada para júris, cuja rotina não foi significativamente alterada por causa daquele julgamento).

Mas os arts. 464, 469 (§§ 1º e 2º) e 471, à luz da principiologia acima apontada, devem ser compreendidos no sentido de que “no mais tardar, após constatada a falta de quórum, o estouro de urna ou a separação de julgamentos, deverão ser sorteados jurados suplentes (ou novos jurados ‘titulares’, no caso da cisão de julgamentos)”, até porque somente assim poderá ser prestada a jurisdição naquela causa. Ou seja: se o juiz competente antever a significativa possibilidade de faltarem jurados (“titulares”) – por força da pluralidade de corréus, do receio de que vários dos jurados

“titulares” não atendam às intimações ou outro fator que influencie o prognóstico do magistrado –, ou até mesmo não desejar correr o risco de um adiamento ou cisão (pela inusual mobilização da vara, pela proximidade da prescrição da pretensão punitiva, pelo forte clamor social pelo julgamento da causa etc.), deve ser dada interpretação extensiva ao § 1º do art. 425 do CPP, inicialmente regulador da lista anual de jurados (“Nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de *suplentes*, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas [referentes à preservação dos recrutados]” – grifou-se aqui). Com isso, sustenta-se, em conclusão, que o CPP vigente deve ser interpretado como autorizador de que o juiz competente possa, numa avaliação de conveniência, oportunidade e custo-benefício, desde logo (ou seja, desde o sorteio inicial, previsto nos arts. 432 a 435) promover o sorteio e a convocação de jurados suplentes (os quais até já poderão ser listados em ordem de suplência, para suprirem as ausências de alguns dos 25 – vinte e cinco – jurados “titulares” na sequência em que os suplentes haviam sido listados).

Tal interpretação, que já é correntemente praticada nas varas do país competentes para júri, é também a que mais atende à necessidade de uma Justiça Criminal considerada muito lenta e de um Brasil marcado por péssimos indicadores quanto a crimes dolosos contra a vida.<sup>13</sup>

## Notas

- 1 Todos os dispositivos legais aqui mencionados se referem ao vigente Código de Processo Penal (CPP), salvo quando o texto expressamente se reportar a outro diploma legal (notadamente o projeto de *Novo CPP*, em trâmite no Congresso Nacional, e a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, aqui apenas denominada “Constituição da República”).
- 2 Cf. BADARÓ (2020, livro eletrônico, item 13.5.16.12): “Na prática, à medida que os jurados chegam ao fórum, o escrivão vai colhendo as assinaturas deles, de modo que, previamente, o juiz tome conhecimento de quantos jurados compareceram e se há ou não quórum para instalar a sessão. Logo, quando o juiz ingressa em plenário com o promotor, significa que a sessão será instalada”. (BADARÓ, 2020, item 13.5.16.12).
- 3 Observação do Editor: o autor afirma que o e-book não exibiu paginação, no momento da consulta à respectiva biblioteca virtual, de modo que a referência é feita em desacordo com a ABNT, isto é, por meio do item e não da página, conforme prescreve a norma.
- 4 Cf. GARCETE (2020, livro eletrônico, parte II, item 16.4.2): “*Estouro de urna* é um incidente procedimental em que, por haver número muito reduzido de jurados presentes na sessão de tribunal do júri, embora haja quórum para instalação, remanesçam menos de 7 jurados para compor o conselho de sentença, à medida em que as recusas legais forem sendo exercidas pelas partes. Nesse caso, deverá o juiz presidente designar nova data e determinar a separação de julgamento (Código de Processo Penal, arts. 469, § 1º, e 471). Imagine-se a hipótese em que compareceram apenas 15 jurados e haja três réus. Se não houver acordo entre os defensores para que apenas um deles faça as recusas (Código de Processo Penal, art. 469), cada um poderá rejeitar até três jurados, além de três recusas do Ministério Público, o que totalizaria 12 jurados recusados. Restaram, pois, 3 jurados aptos para a sessão, ou seja, número insuficiente para constituir o conselho de sentença, que deve funcionar com 7 jurados. Houve *estouro de urna*”.
- 5 Projeto de Lei nº 8045/2010, recém-aprovado no Senado Federal, e agora de volta à Câmara dos Deputados, onde sua tramitação havia sido iniciada.
- 6 Cf. Garcete (2020, livro eletrônico, parte II, item 16.4.2).
- 7 V. Silva e Avelar (2020, livro eletrônico, capítulo 10, item 7).
- 8 No mesmo sentido, o AgRg no AREsp 1791869/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado pela Quinta Turma do STJ em 09.03.2021, e publicado no DJe de 15.03.2021. Ou seja: ambas as turmas criminais do STJ admitem até mesmo o

“empréstimo” de jurados de outro plenário.

- 9 Do STJ, v. EDREsp 1253309 (“Compulsando os autos constata-se que a nulidade do julgamento diante da tardia intimação da defesa (...) sobre a indicação de jurados suplentes sem a prévia publicidade dos seus nomes não foram arguidos pela defesa no momento oportuno, circunstância que implica no reconhecimento da preclusão do tema”).
- 10 Do TRF4, ver o Habeas Corpus nº 5007690-45.2020.4.04.0000/PR. Do TRF5, Apelação Criminal nº 0001006-21.2011.4.05.8200: “A convocação dos jurados suplentes, a despeito de se ter atingido o número de 15 (quinze), para complementar o número de 25 para o sorteio, foi para evitar o chamado ‘estouro de urna’ e o desnecessário adiamento ou desmembramento do feito, em face de acusados presos preventivamente”.
- 11 A acusação e cada um dos corréus possuem direito a três recusas imotivadas (ou “peremptórias”) de jurados, além das recusas fundamentadas, as quais, se procedentes, não são quantitativamente limitadas. A multiplicação das recusas, pela pluralidade de réus, pode facilmente esvaziar o quantitativo de jurados (ressaltando-se que raramente comparecem à sessão todos os jurados intimados), para aquém do quantitativo mínimo de 7 (sete), que é necessário para o julgamento, ou impor a cisão do julgamento de corréus, quando uns destes aceitam e outros recusam determinados jurados – ver. arts. 468 e 469 do CPP.
- 12 V. DEZEM (2020, livro eletrônico, item 15.3.4): “as formas não podem ser consideradas um fim em si mesmo (...) devem ser analisadas dentro de sua finalidade (...), dentro da finalidade do ato praticado. Se um determinado ato foi praticado em desconformidade com o modelo legal, mas sua finalidade foi atingida, então não há porque se declarar a nulidade do ato.” No item 14.12 da mesma obra, DEZEM cita o RHC 159674 AgR/SC, do STF, Rel. Min. Luiz Fux, publicado no DJe de 26.09.2018: “o Processo Penal rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual os ritos e procedimentos não constituem um fim em si mesmos, mas meios necessários à apuração dos fatos e, se for o caso, de eventual aplicação da pena. Dessa forma, o processo é dirigido a um fim e deve pautar-se pela celeridade, efetividade e eficiência”.
- 13 Ver: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/filtros-series/1/homicidios>. Acesso em 04.07.2021.

## Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil (RT), 2020. *E-book*.  
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1791869/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 09.03.2021. Publicado no DJe de 15.03.2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/1791869>. Acesso em 18.10.2021.  
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1253309/SP. Rel. Des. Conv. Leopoldo de Arruda Raposo. Julgado em 03.09.2015. Publicado no DJe de 15.09.2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/1253309>. Acesso em 18.10.2021.  
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus nº 168.263/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 20.08.2015. Publicado no DJe de 08.09.2015.

Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/168263>. Acesso em 18.10.2021.  
BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Habeas Corpus nº 5007690-45.2020.4.04.0000/PR. Rel. Des. Fed. Cláudia Cristina Cristofani. Julgado em 27.02.2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%2015007690-45.2020.4.04.0000>. Acesso em 18.10.2021.  
DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil (RT), 2021. *E-book*.  
GARCETE, Carlos Alberto. *Homicídio – aspectos penais, processuais penais, tribunal do júri e feminicídio*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil (RT), 2020. *E-book*.  
SILVA, Rodrigo Faucez Pereira; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. *Manual do tribunal do júri*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil (RT), 2020. *E-book*.

Autor convidado

TEMA:

# TIPIFICAÇÃO PENAL DE OPERAÇÕES ENVOLVENDO CRIPTOATIVOS

## Superior Tribunal de Justiça

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. **INVESTIGADO QUE ATUAVA COMO TRADER DE CRIPTOMOEDA (BITCOIN), OFERECENDO RENTABILIDADE FIXA AOS INVESTIDORES. INVESTIGAÇÃO INICIADA PARA APURAR OS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTS. 7º, II, DA LEI N. 7.492/1986, 1º DA LEI N. 9.613/1998 E 27-E DA LEI N. 6.385/1976.** MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL QUE CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE OUTROS CRIMES FEDERAIS (EVASÃO DE DIVISAS, SONEGAÇÃO FISCAL E MOVIMENTAÇÃO DE RECURSO OU VALOR PARALELAMENTE À CONTABILIDADE EXIGIDA PELA LEGISLAÇÃO). INEXISTÊNCIA. **OPERAÇÃO QUE NÃO ESTÁ REGULADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. BITCOIN QUE NÃO TEM NATUREZA DE MOEDA NEM VALOR MOBILIÁRIO.** INFORMAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB) E DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). INVESTIGAÇÃO QUE DEVE PROSSEGUIR, POR ORA, NA JUSTIÇA ESTADUAL, PARA APURAÇÃO DE OUTROS CRIMES, INCLUSIVE DE ESTELIONATO E CONTRA A ECONOMIA POPULAR.

**1. A operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976.**

2. Não há falar em competência federal decorrente da prática de crime de sonegação de tributo federal se, nos autos, não consta evidência de constituição definitiva do crédito tributário.

**3. Em relação ao crime de evasão, é possível, em tese, que a negociação de criptomoeda seja utilizada como meio para a prática desse ilícito, desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país. No caso, os elementos dos autos, por ora, não indicam tal circunstância, sendo inviável concluir pela prática desse crime apenas com base em uma suposta inclusão de pessoa jurídica estrangeira no quadro societário da empresa investigada.**

4. Quanto ao crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/1998), a competência federal dependeria da prática de crime federal antecedente ou mesmo da conclusão de que a referida conduta teria atentado contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou

interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 2º, III, a e b, da Lei n. 9.613/1998), circunstâncias não verificadas no caso.

5. Inexistindo indícios, por ora, da prática de crime de competência federal, o procedimento inquisitivo deve prosseguir na Justiça estadual, a fim de que se investigue a prática de outros ilícitos, inclusive estelionato e crime contra a economia popular.

6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Embu das Artes/SP, o suscitado.

Inteiro teor:

**Sucedo que, no caso dos autos, não há indícios, até então, de que a atuação do acusado objetivasse a evasão de divisas, pois, do que se colhe, sua atuação no mercado de bitcoin seria especulativa, ou seja, visava à obtenção de lucros na oscilação do valor da moeda virtual, que seria convertido em real.**

Ademais, cumpre destacar que o crime de evasão só foi referenciado na manifestação do Ministério Público de São Paulo, baseado numa suposta inclusão de pessoa jurídica situada em outro país no quadro societário da empresa investigada, circunstância essa que, por si só, não caracteriza indícios suficientes desse crime.

Por fim, quanto ao crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/1998), é certo que a competência para apurar a referida infração dependeria da prática de crime federal antecedente ou mesmo da conclusão de que a referida conduta teria atentado contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 2º, III, a e b, da Lei n. 9.613/1998).

Ocorre que, no caso, como circunstanciado acima, não há, por ora, indícios da prática de crime federal antecedente, o que exclui a competência federal para apurar eventual ilícito de lavagem.

Embora não se vislumbre, ao menos por agora, indícios de crime de competência federal, há elementos circunstanciados, no caso, que indicam a necessidade de continuidade nas investigações em âmbito estadual.

[...]

**Tais circunstâncias indicam a necessidade de prosseguir a investigação na Polícia Civil de São Paulo para apuração de outros crimes, inclusive estelionato e crime contra a economia popular (art. 2º, IX, da Lei n. 1.521/1951), ressaltando que, se no curso da investigação surgirem novos indícios de crime de competência federal, nada obsta o envio dos autos ao Juízo Federal.**



Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Embu das Artes/SP, o suscitado.

(CC 161.123/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 05/12/2018) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6320**).

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIMENTO DE GRUPO EM CRIPTOMOEDA. PIRÂMIDE FINANCEIRA. CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.**

1. O presente conflito negativo de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea "d" da Constituição Federal - CF.

2. "A operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976" (CC 161.123/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 5/12/2018).

**3. Conforme jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, "a captação de recursos decorrente de 'pirâmide financeira' não se enquadra no conceito de 'atividade financeira', para fins da incidência da Lei n. 7.492/1986, amoldando-se mais ao delito previsto no art. 2º, IX, da Lei 1.521/1951 (crime contra a economia popular) (CC 146.153/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 17/5/2016).**

4. Na espécie, o Juízo Estadual suscitado discordou da capitulação jurídica de estelionato, mas deixou de verificar a prática, em tese, de crime contra a economia popular, cuja apuração compete à Justiça Estadual nos termos da Súmula 498 do Supremo Tribunal Federal - STF. Ademais, ao declinar da competência, o Juízo suscitado não demonstrou especificidades do caso que revelassem conduta típica praticada em prejuízo a bens, serviços ou interesse da União. Em resumo, diante da ausência de elementos que revelem ter havido evasão de divisas ou lavagem de dinheiro em detrimento a interesses da União, os autos devem permanecer na Justiça Estadual.

5. Conflito conhecido para, considerando o atual estágio das investigações documentado no presente incidente, declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Jundiá, o suscitado.

(CC 170.392/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2020, DJe 16/06/2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6321**).

**Nosso comentário:** O tema das criptomoedas é ainda bastante novo na jurisprudência pátria. Todavia, já em 2018, o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a resolver um conflito negativo de competência que envolvia operações de compra e venda de criptomoedas (bitcoins) (CC 161.123/SP). Fazendo a referência inicial de que as operações envolvendo criptomoedas não é regulada no ordenamento jurídico

brasileiro (por não se enquadrarem nem no conceito de moeda nem naquele de valor mobiliário), o Tribunal entendeu que a negociação do bem, por si só, não é suficiente para configurar os delitos previstos nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem naquele do art. 27-E da Lei n. 6.385/1976. Reconheceu, todavia, que a operação com criptomoeda pode configurar o crime de evasão de divisas, mas que, para isso, é necessário que as circunstâncias do caso indiquem a prática do referido delito. Ante a essas considerações, o STJ entendeu que, naquela hipótese, o juízo estadual era o competente para a causa. Esse entendimento foi reafirmado em julgamento mais recente (CC 170.392/SP), no sentido de que as operações envolvendo o comércio de criptomoedas configuram a prática de crime contra a economia popular.

**HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO EGYPTO. SUPOSTA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. CASO QUE OSTENTA CONTORNOS DISTINTOS DO CC N. 161.123/SP (TERCEIRA SEÇÃO). DENÚNCIA OFERTADA, NA QUAL É NARRADA A EFETIVA OFERTA DE CONTRATO COLETIVO DE INVESTIMENTO ATRELADO À ESPECULAÇÃO NO MERCADO DE CRIPTOMOEDA. VALOR MOBILIÁRIO (ART 2º, IX, DA LEI N. 6.385/1976). INCIDÊNCIA DOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 7.492/1986. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL (ART. 26 DA LEI N. 7.492/1986), INCLUSIVE PARA PROCESSAR OS DELITOS CONEXOS (SÚMULA 122/STJ).**

1. A Terceira Seção desta Corte decidiu que a operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976 (CC n. 161.123/SP, DJe 5/12/2018).

2. O incidente referenciado foi instaurado em inquérito (não havia denúncia formalizada) e a competência da Justiça estadual foi declarada exclusivamente considerando os indícios colhidos até a instauração do conflito, bem como o dissenso verificado entre os Juízes envolvidos, sendo que nenhum deles cogitou que o contrato celebrado entre o investigado e as vítimas consubstanciaria um contrato de investimento coletivo.

**3. O caso dos autos não guarda similitude com o precedente, pois já há denúncia ofertada, na qual foi descrita e devidamente delineada a conduta do paciente e dos demais corréus no sentido de oferecer contrato de investimento coletivo, sem prévio registro de emissão na autoridade competente.**

**4. Se a denúncia imputa a efetiva oferta pública de contrato de investimento coletivo (sem prévio registro), não há dúvida de que incide as disposições contidas na Lei n. 7.492/1986, notadamente porque essa espécie de contrato consubstancia valor mobiliário, nos termos do art. 2º, IX, da Lei n. 6.385/1976.**

**5. Interpretação consentânea com o órgão regulador (CVM), que, em situações análogas, nas quais há oferta de contrato de investimento (sem registro prévio) vinculado à especulação no mercado de criptomoedas, tem alertado no sentido da irregularidade, por se tratar de espécie de contrato de investimento coletivo.**

6. Considerando os fatos narrados na denúncia, especialmente os crimes tipificados nos arts. 4º, 5º, 7º, II, e 16, todos da Lei n. 7.492/1986, é competente o Juízo Federal para processar a ação penal (art. 26 da Lei n. 7.492/1986), inclusive no que se refere às infrações conexas, por força do entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 122/STJ.

7. Ordem denegada.

(HC 530.563/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 12/03/2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6322**).

**Nosso comentário:** O HC 530.563/RS é um precedente bastante relevante na formação da jurisprudência do STJ sobre a matéria. Reconhecendo a existência do precedente anteriormente selecionado (CC 161.123/SP), procedeu-se à diferenciação do presente caso pelo motivo de que já havia denúncia ofertada nos autos. A peça acusatória descreveu a conduta de oferecimento de contrato de investimento coletivo, sem prévio registro e emissão na autoridade competente, razão pela qual o Tribunal entendeu que as disposições contidas na Lei n.º 7.492/1986 eram incidentes no caso, dado que “essa espécie de contrato consubstancia valor mobiliário, nos termos do art. 2º, IX, da Lei n. 6.385/1976”. O entendimento também fez uso da interpretação consentânea da CVM em situações semelhantes, a qual tem alertado para a irregularidade de operações envolvendo a oferta de contrato de investimento (sem registro prévio) vinculado à especulação no mercado de criptomoedas, em razão de se tratarem de espécie de contrato coletivo.

## Tribunal Regional Federal da 4ª Região

**HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO EGYPTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ATIPICIDADE. CONSTATAÇÃO DE PLANO. INOCORRÊNCIA. TESES DEFENSIVAS RELATIVAS AO CONCEITO, NATUREZA E DEFINIÇÃO JURÍDICA DE CRIPTOATIVOS. MATÉRIA A SER LEVANTADA E AMPLAMENTE DISCUTIDA NO CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INCABÍVEL O EXAME NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS PARA O PREMATURO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.**

1. Os Tribunais Superiores já firmaram entendimento no sentido de ser imperiosa a necessidade de racionalização do writ, devendo ser observada sua função constitucional de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

2. A utilização de habeas corpus para suspensão ou trancamento de ação penal, por ausência de justa causa ou inépcia da denúncia é medida excepcionalíssima, cabível apenas quando o fato narrado na denúncia não configurar, nem mesmo em tese, conduta delitiva, quando restar evidenciada a ilegitimidade ativa ou passiva das partes, quando incidir qualquer causa extintiva da punibilidade do agente, ou quando eventual deficiência da inicial acusatória impedir a compreensão da acusação, comprometendo o direito de defesa, hipóteses a serem constatadas de plano, por prova pré-constituída, pois inviável o exame probatório em sede de habeas corpus.

3. A aferição sobre a natureza das atividades efetivamente exercidas

pela empresa, a definição jurídica de criptoativos, e eventual readequação típica nos termos do art. 383 do CPP demanda dilação probatória e envolve matéria complexa a ser examinada e discutida no curso da ação penal e decidida em sentença, não cabendo a pretendida incursão sobre o tema pela via estreita do habeas corpus, nem a postulada emendatio libelli antecipada, com a “desclassificação para crime contra a economia popular ou mesmo para estelionato, que, pelas mesmas razões, se for o caso, ocorrerá no momento processual oportuno.

**4. Tratando-se de discussão relativa à definição jurídica de criptoativos - “matéria a ser levantada e amplamente discutida no curso da instrução criminal” -, que ainda não foi decidida nem mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça, não se tem comprovação de plano da atipicidade sustentada pela defesa a autorizar o trancamento da ação penal.**

**5. O tema ainda é novo na jurisprudência, não há orientação consolidada acerca da natureza jurídica das criptomoedas, e não se revela adequada a pretensão de discutir questão tão complexa e relevante de forma prematura, deduzida em única peça apresentada ao Tribunal, e no restrito espaço de conhecimento inerente à ação constitucional.**

(TRF4, HC 5017581-56.2021.4.04.0000, SÉTIMA TURMA, Relatora BIANCA GEORGIA CRUZ ARENHART, juntado aos autos em 17/08/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6323**).

**Nosso comentário:** Por ser tão recente, o tema ainda pende de maior reflexão por parte dos tribunais pátrios. Exemplo disso é o precedente reproduzido acima, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual ressalta-se a ausência de orientação consolidada acerca da definição jurídica de criptoativos, o que impediria, nesse estágio inicial, o reconhecimento da atipicidade de operações envolvendo esse tipo de ativo. Ora, em prestígio ao Princípio da Reserva Legal (art. 5º, inc. XXXIX, da CRFB, e art. 1º do CP), nos parece que, justamente pela ausência de subsunção adequada dos criptoativos nos conceitos de moeda e de valor mobiliário, a lacuna impede que operações que os envolvam caracterizem crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais.

Compilação e curadoria científica de:

**Anderson Bezerra Lopes e Gessika Christiny Drakoulakis.**

## DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: **Marina Pinhão Coelho Araújo**  
1.º Vice-Presidente: **Alberto Zacharias Toron**  
2.º Vice-Presidente: **Fábio Tofic Simantob**  
1.º Secretário: **Bruno Salles Pereira Ribeiro**  
2.º Secretário: **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**  
3.ª Secretária: **Ester Rufino**  
1.º Tesoureiro: **Rafael Serra Oliveira**  
2.º Tesoureiro: **Renato Stanzola Vieira**  
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:  
**Maria Carolina de Melo Amorim**  
**Leonardo Palazzi**  
**Vinícius Assumpção**



## CONSELHO CONSULTIVO

**Ela Wiecko Volkmer de Castilho**  
**Helena Regina Lobo da Costa**  
**Márcio Gaspar Barandier**  
**Thiago Bottino do Amaral**  
**Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes**

## OUIDORA

**Cleunice Valentim Bastos Pitombo**

**BOLETIM IBCCRIM** - ISSN 1676-3661

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

**EDITOR-CHEFE:** Daniel Zaclis.

**EDITORES/AS ASSISTENTES:** Anderson Bezerra Lopes, Antonio Carlos Tovo, Adriana Pazini de Barros Lima, Daniel de Resende Salgado, Flavia Chaves Nascimento Brandão Penna, Gessika Christiny Drakoulakis, Nicolau da Rocha Cavalcanti e Thiago Baldani Gomes de Filippo.

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

**ESTAGIÁRIO:** Andre Nunes.

**EXPEDIENTE EDITORIAL:** IBCCRIM.

## CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Adriane Pinto Rodrigues Da Fonseca Pires (PUC – Porto Alegre/RS), Ana Paula Pinto da Rocha (UNISC – Rio Grande do Sul/RS), André da Rocha Ferreira (PUC – Porto Alegre/RS), Brenno Gimenes Cesca (USP – São Paulo/SP), Bruna Rachel de Paula Diniz (USP – São Paulo/SP), Carlos Eduardo Ferreira dos Santos (UCLM – Espanha), Caroline Cassia Cunha (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Christiane Heloisa Kalb (UFSC – Florianópolis/SC), Claudio Ribeiro Lopes (UFMS – Pioneiros MS), Cristiane Bianco Panatieri (UFG – Goiânia/GO), Diego Prezzi Santos (UEL – Londrina/PR), Elísio Augusto de Souza Machado Júnior (USP – São Paulo/SP), Fernanda Regina Vilarés (USP – São Paulo/SP), Fernando Gardinali Caetano Dias (USP – São Paulo/SP), Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR – Curitiba/PR), Guilherme Roman Borges (UCB – Brasília/DF), Iverson Kech Ferreira (Uninter – Curitiba/PR), Josué Justino do Rio (UFSCAR – São Carlos/SP), Keity M. F. S. Saboya (UFRN – Natal/RN), Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Jacarezinho/PR), Marlus Arns (PUC – Curitiba/PR), Michel Cícero Magalhães de Melo (UFF – Niterói/RJ), Pablo Nunes (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (UFAL – Maceió/AL), Pedro Lucas Campos de Medeiros (UFC – Fortaleza/CE), Vinícius Wildner Zambiasi (UC – Portugal) e Vitória Chammass Varela Alves (USP – São Paulo/SP).

## CORPO DE AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Adriana Eiko Matsumoto (PUC – São Paulo/SP), Alaor Leite (Universität München – Alemanha), Bruno Viana de Araujo (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Catharina Maria Tourinho Fernandez (PUC – Porto Alegre/RS), Gabriel Bustamante Pires Leal (PUC – Rio de Janeiro/RJ), Gisele Mendes de Carvalho (Universidade de Zaragoza/Espanha), Gustavo Torres Soares (USP – São Paulo/SP), Lucas Maurício Garcia Pimenta e Silva (USP – São Paulo/SP), Luis Henrique Pichini Santos (FGV – São Paulo/SP), Luiz Antonio Borri (Unicesumar – São Paulo/SP), Marco Antônio Riechelmann Júnior (USP – São Paulo/SP), Núbio Mendes Parreiras (PUC – Belo Horizonte/MG), Rafael Junior Soares (PUC – Curitiba/PR), Stephanie Carolyn Perez (UBA – Argentina), Ulisses Augusto Pascolati Junior (USP – São Paulo/SP) e Vítor de Souza Ishikawa (UEM – Maringá/PR).

**PRODUÇÃO GRÁFICA E CAPA:** Able Digital | Tel.: (11) 97426-3650 | E-mail: contato@abledigital.com.br

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

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

## BASES DE DADOS INDEXADAS:



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

## ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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



# 25º CONCURSO DE MONOGRAFIAS EM CIÊNCIAS CRIMINAIS



O IBCCRIM, por meio do Departamento de Monografias, realizou mais uma edição do Concurso de Monografias de Ciências Criminais. O processo de seleção avaliou 35 trabalhos acadêmicos inéditos e selecionou duas obras que serão publicadas pelo Instituto:

## 1º lugar

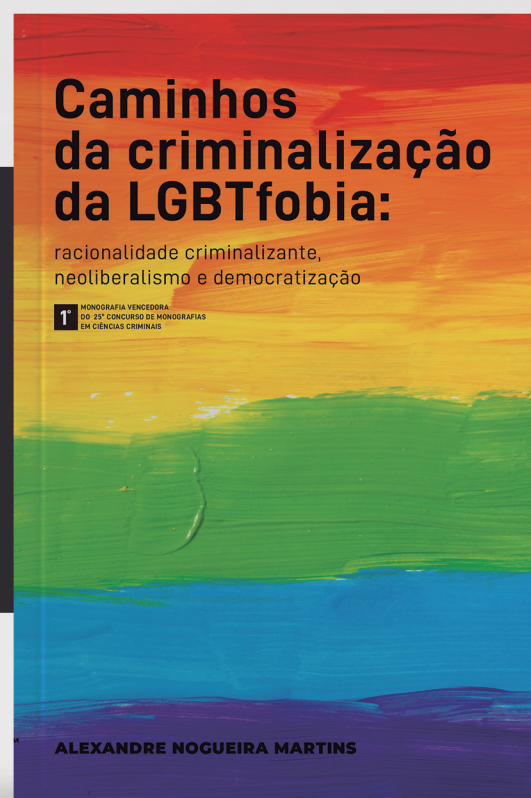
a monografia intitulada "Caminhos da criminalização da LGBTfobia: racionalidade criminalizante, neoliberalismo e democratização"

*Alexandre Nogueira Martins*

## 2º lugar

a monografia intitulada "O ensino entre pedras e grades: percepções sobre a educação escolar na Penitenciária Lemos Brito"

*Daniel Fonseca Fernandes*



Aponte a câmera do celular para o QR Code abaixo e saiba mais sobre a monografia vencedora.



Associados e associadas receberão a versão impressa da monografia vencedora a partir de dezembro/2021.