

ANAIS DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PUCRS

Criminologia Global

XVII Congresso Transdisciplinar de
Ciências Criminais – ITEC-RS

VOLUME 6
DIREITO PENAL

ORGANIZADORES

Augusto Jobim do Amaral

José Carlos Moreira da Silva Filho

Fernanda Martins

Fernando Vechi



Copyright© 2018 by Augusto Jobim do Amaral, José Carlos Moreira da Silva Filho,
Fernanda Martins & Fernando Vechi

Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

P859

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Congresso Internacional de Ciências Criminais (8. : 2017 : Porto Alegre, RS)
Anais [recurso eletrônico] : criminologia global : direito penal, volume 6 / 8
Congresso Internacional de Ciências Criminais ; organização Augusto Jobim do Amaral ... [et al.] - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Tirant Lo Blanch, 2018.

recurso digital

Formato: epdf

Requisitos do sistema: adobe acrobat reader

Modo de acesso: world wide web

Inclui bibliografia e índice

ISBN 9788594771568 (recurso eletrônico)

1. Direito penal. 2. Processo penal - Congressos. 3. Livros eletrônicos. I. Amaral, Augusto Jobim II. Título.

18-49520

CDU: 343.2

Meri Geíce Rodrigues de Souza - Bibliotecária CRB-7/6439

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



tirant
lo blanch

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca
Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D
Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040
www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

ORGANIZADORES
Augusto Jobim do Amaral
José Carlos Moreira da Silva Filho
Fernanda Martins
Fernando Vechi

ANAI DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PUCRS

CRIMINOLOGIA GLOBAL

XVII CONGRESSO TRANSDISCIPLINAR DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS – ITEC-RS

VOLUME 06 DIREITO PENAL

Realização



C A P E S



PUCRS | ESCOLA DE
DIREITO

Apoio



Prólogo

DISCURSO DE ABERTURA DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA PUCRS: CRIMINOLOGIA GLOBAL

É com muito orgulho e satisfação que recebemos a partir de hoje todos vocês aqui presentes, e em especial as nossas convidadas e convidados internacionais e nacionais, que irão compor as mesas desse 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, que integra a Escola de Direito da PUCRS.

O tema deste 8º Congresso é o da *Criminologia Global*. O foco desta enigmática expressão, de desenvolvimento recente, indica um questionamento que fulmina as bases e as próprias razões para a construção de um campo do saber chamado de Criminologia.

Visto que a Criminologia se volta originariamente ao estudo do crime, porque ela jamais se dedicou ao estudo dos piores crimes, daqueles que assumem uma dimensão que transpassa as fronteiras nacionais, que promove danos de proporções geométricas, massacres, mortes, genocídios, graves violações de direitos humanos em escalas massivas e monumentais, dezenas, centenas de milhares, milhões de pessoas, mortas, torturadas, desaparecidas, estupradas, confinadas, mutiladas?

A Criminologia se constituiu como um saber delimitado aos marcos do Estado moderno, marcos que dividem o mundo civilizado dos espaços de incivilidade, de beligerância e de barbárie. Nessa bitola, o crime diz respeito, antes de tudo, ao que ocorre dentro da assim chamada “civilização”, refere-se às violações das normas postas pelo Estado nacional, voltadas em tese à manutenção da segurança e dos direitos essenciais dos nacionais. Mas o que fazer quando é o Estado, por meio dos seus agentes públicos, o principal agressor? Como chamar de crime uma conduta praticada pelo ente que define o que é o crime e que é o responsável pela sua punição? Mais do que isso, a quem interessa conhecer e repudiar os massacres e morticínios praticados fora do

espaço civilizado, nas antigas colônias, como nosso país um dia foi, ou dos cada vez mais largos espaços de exceção nas periferias do mundo, nas quais também se insere o nosso país, e que são mergulhadas até o presente em uma dinâmica de colonialidade, com legados escravistas, genocidas, autoritários e de submissão a potências estrangeiras mais poderosas? A quem interessa? Certamente não ao “mainstream” criminológico.

Outra interrogação que se apresenta é saber se a Criminologia deve ter algo a dizer ou ao menos deve se preocupar com o empilhamento do refugio humano pelo mundo, com milhões e milhões de pessoas que se amontoam em todo o planeta na mais absoluta indignidade, vítimas de políticas econômicas e de razões de mercado, hoje mais impositivas que as de Estado, ou simplesmente cúmplices com estas, sem emprego, sem casa, sem aposentadoria, sem acesso a serviços de saúde, à educação, ao alimento.

Pessoas que, em um paralelismo macabro, assim como ocorreu ao longo do colonialismo com os povos chacinados, escravizados e oprimidos, são culpadas pelos sofrimentos, mortes e privações impostas por essas novas razões de mercado e de Estado. Em seu estágio atual o capitalismo financeiro nos apresenta uma uniformidade da razão neoliberal, uma reprodução de medidas de austeridade, de destruição de políticas públicas e de estruturas de atenção aos pobres, aos desvalidos, aos refugiados, às minorias étnicas, de precarização do trabalho, de propagação de odiosos eufemismos.

O mesmo programa vem sendo espalhado ao redor do mundo, e nos países em que se alojam resistências a essa cartilha altamente concentradora de renda e amplificadora da desigualdade. As forças que promovem essa agenda não hesitam em financiar, quando necessário aos seus projetos, rupturas das instituições democráticas, inclusive com a ampla participação dos respectivos sistemas de justiça. Em muitos casos tais patrocínios se dão hipocritamente em nome do combate à corrupção, quando na verdade trabalham para alojá-la mais profundamente no modelo de sociedade que é prescrito, pois não há maior corrupção do que a desigualdade.

Não hesitam em patrocinar causas obscurantistas e de policiamento das liberdades democráticas, bem como políticas de recrudescimento da razão punitiva e de criminalização do protesto e da manifestação social, mesmo ao arrepio da constitucionalidade das leis e medidas oriundas desse movimento avassalador.

O que a Criminologia tem a dizer ou a pensar sobre tais danos sociais que condenam milhões ao descarte? A Criminologia tem necessariamente que estar atrelada à bitola nacional e à penalogia? Ela depende do Direito Penal para se desenvolver como campo do saber? A Criminologia Global aponta para um caminho no qual a Criminologia se torne independente dessas tenazes e se aproxime mais dos direitos humanos e das políticas de fortalecimento democrático e de emancipação popular.

Antes dos necessários agradecimentos, finalizo este discurso introdutório ao nosso Congresso fazendo aqui uma defesa explícita da liberdade de pensamento e cátedra em todas as instituições de ensino do Brasil, hoje ameaçadas por propostas e políticas obscurantistas que querem estabelecer assuntos proibidos e autores banidos a um absurdo Índice. Nesse sentido, sou grato por fazer parte de uma Comunidade universitária que repudia com veemência essa lamentável tendência. Impõe-se o dever de proteger e resistir pelas conquistas civilizatórias da liberdade de credo, do Estado laico, da absoluta centralidade do debate de gênero e do repúdio aos discursos de ódio e de promoção da homofobia. É preciso estancar o moralismo violento que quer censurar a cultura e as artes. É preciso cerrar fileiras nas lutas contra o fascismo societal que se avoluma.

Quero também aqui fazer a defesa da autonomia universitária, hoje ameaçada por agentes públicos que praticam abuso de autoridade ao proibir que as Universidades Federais possam promover eventos, debates e discussões sobre os episódios dramáticos hoje vividos pela política nacional. Também quero lamentar as ameaças que circundam a continuidade da Universidade pública e de qualidade no Brasil, o sucateamento de instituições de referência como a UERJ e o corte radical de verbas para a pesquisa e para a educação que nos vem sendo imposto e que coloca em dificuldades o futuro e o desenvolvimento do país. Nunca houve um orçamento tão reduzido em pesquisa e tecnologia, e que se ameaça ser ainda menor. Ciência e educação não são gastos, são investimentos em nossa sociedade, no nosso presente e no nosso futuro!

Quero, enfim prestar uma homenagem ao falecido Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, Luiz Cancellier, inexplicavelmente vítima de uma prisão preventiva em presídio de segurança máxima, despido, revisitado, acorrentado, uniformizado, depois quando solto proibido de entrar na Universidade para a qual foi legitimamente eleito como dirigente máximo, e

isto a partir de uma delação, sem instauração de processo penal, sem provas documentais de mal feitos praticados e sem que tivesse sido lhe dada a chance de sequer manifestar-se perante à juíza responsável ou que lhe fossem pedidos quaisquer esclarecimentos. Desesperado e irremediavelmente quebrado e rompido em sua dignidade, o Reitor Cancellier deu cabo da própria vida, portando um bilhete que dizia ter sido a sua morte decretada no dia da sua prisão. Fez uma denúncia tendo a sua própria morte como instrumento. Isto me fez pensar: o que nós estamos fazendo para resistir à escalada do Estado autoritário e punitivista? Confesso ter ficado dias profundamente abalado com este episódio. Vejo nele o símbolo do abuso de autoridade, que em nosso país é praticado há muito e preferencialmente a um público selecionado nos grupos que menos dispões de recursos em nossa sociedade: negros, jovens e pobres. Grupos que eu simbolizaria na pessoa do Rafael Braga.

Nosso país tem uma profunda herança autoritária, que não vem somente da ditadura de segurança nacional aqui orquestrada junto a outras semelhantes em toda a América Latina, estimuladas e conduzidas também por interesses econômicos que não conhecem fronteiras e que instrumentalizam as instituições. Nosso país passou longe de realizar de modo amplo o seu dever de memória e as necessárias reformas democratizantes do sistema de justiça e das suas forças de segurança, hoje retrocedendo flagrantemente na promoção de medidas de justiça de transição. Nos dias em que nos foi dado viver temos magistrados que se guiam pelo clamor popular ou pela Bíblia nas suas decisões, não pela lei, que maltratam a Constituição e que perseguem outros magistrados que não se omitiram e que não se omitem diante da ruptura da democracia e dos valores e cláusulas pétreas da Constituição cidadã. Faço aqui minha homenagem a esses magistrados valorosos nas pessoas de Rubens Casara, Simone Nacif, Cristiana Cordeiro e André Nicolitt, e que hoje são alvo de uma lamentável investigação disciplinar.

Finalizo este discurso de abertura agradecendo a todas as pessoas que se envolveram na aventura de organizar este evento e torná-lo possível. Em primeiro lugar ao meu colega de Programa Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral e a nossa Doutoranda Fernanda Martins, pessoas valorosas, dignas, trabalhadoras, grandes companheiros de academia e de vida. Eles são a alma desse Congresso e são, sem qualquer sombra de dúvida, os principais responsáveis pela sua realização. Também agradeço a parceria do colega de programa Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner, ao apoio da nossa querida

coordenadora do Programa, a Profa. Dra. Ruth Gauer, do nosso Decano Prof. Dr. Fabricio Dreyer de Avila Pozzebon e da nossa Decana-associada Prof^a. Dra. Clarice Beatriz da Costa Sohngen.

Agradeço demais o trabalho das nossas alunas e alunos que integram a Comissão Organizadora deste evento: ao Lucas Batista Pilau, mestre egresso do Programa, às bolsistas de iniciação científica Sofia Bordin Rolim, Caroline Ramos dos Santos, Camila Tamanquevis dos Santos, Ana Clara Santos Elesbão, Cássia Zimmermann Fiedler e Roberta Medina. Agradeço também às alunas e alunos que tem auxiliado na atenção às nossas convidadas e convidados e no apoio técnico, a saber os mestrandos Laura Gigante Albuquerque, Fernando Vecchi e Luiz Antonio Alves Capra, ao doutorando Bruno Rigon, e a todas as alunas e alunos do Programa que se dispuseram a ajudar.

Imprescindível igualmente agradecer às professoras e professores que coordenam os Grupos Temáticos nos quais serão apresentados os trabalhos enviados e selecionados: Profa. Dra. Renata Almeida da Costa (UNILASALLE), Prof. Dr. Marcelo Oliveira de Moura (UCPel), Profa. Dra. Vanessa Chiari (UFRGS), Prof. Dr. Alceu Pinto (UNIVALI), Profa. Dra. Fernanda Vilaris e Prof. Ms. Renato Stanziola Vieira (ambos do IBCCrim). Agradecemos também aos competentes, dedicados e solícitos funcionários da nossa Universidade que colaboraram para a realização deste evento, em especial à nossa querida Márcia Cristina de Brum Lopes e ao nosso estimadíssimo Uillian Vargas.

Um agradecimento especial à Profa. Dra. Carla Denise Bonan, nossa Pró-Reitora de Pesquisa, Inovação e Desenvolvimento, por ter assinado os termos de outorga de apoio das agências de fomento e por ter intercedido de modo tão certo e satisfatório em momentos de dificuldade na organização da estrutura do Congresso. Encerro os agradecimentos fazendo as devidas homenagens aos dois órgãos de fomento que concederam apoio financeiro sem o qual não teríamos conseguido esta realização: à CAPES e à FAPERGS, que mesmo em tempos de austeridade e de crise econômica e política entenderam que valeria investir neste projeto. E também a outras entidades que apoiaram o evento, a saber: Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal, IBCCrim, ITEC e Empório do Direito.

Este 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais ocorre no marco comemorativo dos 70 anos da Faculdade de Direito da PUCRS, hoje Escola de Direito da PUCRS. E para todos nós é um grande orgulho fazer parte desta equipe e realizar um evento que honra todos os sentido do que se pretende

com uma Escola de Direito, pois não se omite diante dos temas mais atuais, desafiadores e relevantes, temas que interpelam toda a sociedade, exigindo reconhecimento, reflexão, debate, atitudes e respostas. Temas que são vitais para a sobrevivência e o aprofundamento da nossa democracia e para a proteção e promoção da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais, independente de credo, cor, gênero, posição sexual ou pensamento político. Como Jesus Cristo um dia nos ensinou, todos somos irmãos, e devemos sempre agir pela cartilha do amor, da paz, da doação aos que mais necessitam, da multiplicação do respeito, da fraternidade e da justiça.

Sejam todas e todos bem-vindos, palestrantes, autores de trabalhos selecionados, participantes e autores de livros a serem lançados ao longo do evento. Que se inicie o Oitavo Congresso Internacional de Ciências Criminais!!!

Porto Alegre, 25 de outubro de 2017.

José Carlos Moreira da Silva Filho

*Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e
Organizador do 8º Congresso Internacionais de Ciências Criminais.*

Apresentação

ANAIS DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA PUCRS

Registro decerto histórico que vem a público neste momento. Desconheço conjunto de trabalhos, resultado de um Congresso na área das Ciências Criminais no Brasil – ao todo 132 artigos com mais de 200 autores e editado em seis volumes. Sobretudo, pela profunda qualidade que apresentam, representam, em alguma medida, o estado da arte dos principais estudos de direito penal, processo penal e, em especial, de criminologia em curso atualmente no país (sem esquecer das preciosas contribuições estrangeiras). Tamanho esforço dos organizadore/as e autore/as foi recompensado pela profunda parceria da *Editora Empório do Direito/Tirant lo Blach*, a qual devemos agradecer de maneira profunda pela publicação. Em tempos que, aos quadros cantos, multiplicam-se as tentativas de sufocar a pesquisa em prol das plataformas de rentabilidade e impacto, há sempre um alento que resiste.

Assim, não conseguiria melhor demonstrar a enorme alegria em apresentar estes volumes senão através do próprio discurso que tive a honra de proferir no encerramento do Evento, dia 27 de outubro de 2017. Por certo, ela dará o tom daquilo que nos move. Mais uma vez, parabéns a todas e todos pelos escritos.

*

Gostaria de dizer algumas palavras, por último – não por fim. Queria confiar algumas palavras de coração, “*du coeur*” (não “*décor*”), portanto, palavras nuas. Agradecimentos que não precisam ser repetidos para não conjurar um adestramento e, sobretudo, para não se exaurirem em qualquer linguagem, pois qualquer reconhecimento dito seria insuficiente ao que sempre se devia *dizer*.

Até poderíamos “contar”, tentar “contabilizar” todas as imprescindíveis ajudas que tivemos ao longo, não apenas destes três intensos dias, mas ao longo de quase um ano germinando este *encontro* – agradecemos, de todo modo, às alunas e alunos que participaram e contribuíram com seus artigos,

aos palestrantes Professores Wayne Morrison, Lúcia Regina Brito Pereira, Beatriz Vargas, Jesus Sabariego, Carol Proner, José Calvo González, Marília Budó, Gabriel Anitua, Pat Carlen e Pat O'Malley, aos Professores da Escola de Direito da PUCRS no nome do nosso Decano Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon e da nossa Coordenadora do PPGCCrim Ruth Maria Chittó Gauer, à Secretaria da Escola de Direito e do PPGCCrim, aos funcionários da Universidade que atuaram direta e indiretamente na elaboração e organização do Congresso, às agências de fomento CAPES e FAPERGS, ao !TEC (Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais), ao IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) e à Editora Empório do Direito pelos apoios constantes, aos Coordenadores das plenárias Clarice Sohgen, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Paulo Vinicius Gomes de Souza, Marion Bach, Mariana Nóbrega, Felipe Lazzari e Leandro França, aos Coordenadores dos valiosíssimos Grupos de Trabalho, Professores Marcelo de Moura (UCPel), Felipe de Oliveira (PUCRS), Gabriel Divan (UPF), José Linck (PUCRS), Henrique Mioranza (UCS), Marília Budó (UFSM), Fiammeta Bonfigli (UNILASALLE), Leandro França (FARGS), Renata Almeida da Costa (UNILASALLE), Celso Rodrigues (FTEC), Vanessa Chiari (UFRGS), Ana Paula Motta Costa (UFRGS), Fábio Fayet (FSG), Alceu Pinto (UNIVALI), Francis Beck (UNISINOS), André Sampaio (UNIT/AL), Salah Khaled (FURG), Renato Vieira (IBCCRIM), Fernanda Vilares (IBCCRIM), Eduardo Pitrez (FURG) e Leonardo de Paula (ABRACRIM), à equipe de tradução e transmissão ao vivo pelo trabalho de excelência, à Comissão Organizadora, em especial Sofia Rolim, Laura Gigante, Fernando Vechi, Henrique Mioranza, Roberta Medina, Cássia Fiedler, Ana Clara Elesbão, Caroline Ramos dos Santos, Camila Tamanquevis dos Santos e Fernando Ventura. *Least not last*, ao companheiro de jornada e resistência, parceiro na realização do Congresso e, sobretudo, amigo imensurável, José Carlos Moreira da Silva Filho. Entretanto, tudo ainda seria pouco.

Preferiria ao invés de contar e quantificar, *ter em conta*, pois nisso está realmente o testemunho daquilo com que(m) singularmente se *pode contar*. E todos *des-interes-sados* que se importam, e o fazem sem preço e a todo preço, serão tocados. Se este espaço pode ser visto como derradeiro, que não estejamos definitivamente prontos nem irremediavelmente acabados, mas sejamos inspirados pelos novos desafios dignos dos nossos melhores esforços. Que isto jamais soe como síntese ou resumo do irrepresentavelmente impossível de cada condição singular de encontro e diálogo que se viveu.

Diria apenas que, na experiência da gramática geral da violência que nos assola, a questão sobre uma criminologia que nos aflige já não pode deixar de transparecer na tradição do seu conceito outro sentido que não a da *escritura de uma ausência, silêncio próprio dos corpos emudecidos e empilhados pelas inscrições cadavéricas politicamente neutras*. Não somente a escuta criminológica sobre “a palavra dos mortos” pode-se dar nesta temporalidade singular, porque o que apareceria neste momento espectral já não pertence a este tempo, mas ao secreto desajuste assinalado pela resposta – testemunho radical – premente aos que não estão aqui presentemente vivos, seja porque não mais estejam presentes e vivos seja fundamentalmente pelos que ainda não estão presentes. A *preocupação* (“*Sorge*”) que faz tremer qualquer “cautelaridade”, muito para além de qualquer “cuidado”, e que desde sempre a interroga, (re)envia-nos ao *por vir*, nada distanciado ou indefinido, mas refém desta tarefa inadiável. Eis a noção que algum discurso criminológico radicalmente deve (ante)ver. O que nos convoca, então, dá-se antes – *provém do por vir*, do futuro que já eticamente nos chama, grita, clama, e desproporcionalmente nos impõe em seu excesso a responsabilidade urgente por um *dever de justiça*. Supõe-se que esta justiça conduza, não meramente à vida de um ser vivo e não em direção a uma morte, mas em direção a uma *sobre-vida*, reiteradamente para além da vida presente, que antecipa que é preciso *contar com mais de um*. *Criminologias plurais* como dizeres de *sobre-vivência*, apanhadas pelo aqui e agora impostergáveis do terror que as acomete, e sempre anacrônicas em suas tentativas de organizarem-se e definirem-se.

Portanto, reinscrever criminologicamente a incondicional ética da justiça sob certas condições parece tocar a tarefa *im-possível* de se viver sob o status político ou legal de qualquer *criminologia como desconstrução* (não destruição). De outro modo, a obriga, disposta decididamente diante da incondicionalidade do *outro*, não obstante, expor-se efetivamente de certo modo a alguma condição, sob pena de sequestrar a ideia tardia e ancestral do *outro* poder ser reinscrita. Concretamente, *dizer-o-acontecimento indizível* (para além do simples saber, da representação, da informação, da classificação etc. – dos ditos, sobre os quais sempre resta o que *dizer*). Razão criminológica que apenas se deixa *razoar* porque *conta com e toma em conta* os mortos das guerras neutralizados racionalmente pelo poder punitivo – escuta daqueles, como escreve Derrida, “espectros de uma experiência impossível que assombra o possível”.

Criminologia como possível *dizer* e responsável por aquilo que não

se tem e que não nos pertence. A sorte deste *acontecimento* é a sorte de um instante. Por fim, aí a tarefa se inicia. Talvez seja neste umbral que alguma criminologia possa começar enfim.

Haveria algo mais profundamente realista e radical que tal ânsia por justiça, perante a temporalidade espectral de outros não presentes, para além do presente vivo em geral? Antes de abortar esta justa abertura criminológica, melhor seria (e por certo mais honesto) render-se e assumir o “calculismo econômico”, entregar-se aos utilitarismos com cálculo de rentabilidade (positivismos criminológicos, diga-se de passagem), à biopolítica em geral reduzida à captura, e declarar honestamente todas as “barreiras alfandegárias” a estas criminologias ditas menores, esteriotipadas, “sem modos”, mal-educadas, infantis ou adolescentes como dirão os cínicos. Afinal, são comprometidas com a incondicional “modalidade futura do presente vivo”, teimosas e indóceis a *sobre-viverem* insuscetíveis às reduções pragmáticas de contingências políticas (re)confortantes e conciliações hipócritas. Apesar do insuportável, encarnam-se os espíritos dos mortos de dos vivos nesta insaciável necessidade por justiça. Radical será aquela *sobre-vivente criminologia em desconstrução* que se puser a ensinar a escutá-los. Não esqueçamos que, apesar dos “vampiros do capital” (Marx) ou dos “lobisomens da história” (Adorno/Horkheimer), sempre há *por vir*.

E sendo assim, não deixaria de agradecer neste instante único através do modo mais indescritível que genuinamente encontro: com *amor e junto dela*. Algum dia escrevi como lembrança a ela, a minha companheira de vida Fernanda Martins: “Ao Amor, que na palavra não se encerra, senão no *dizer* que ela permite. Mergulhados estamos num suspiro, como inspiração do fôlego que nos arrebatava; destino que não é fim nem horizonte, pois é *tempo entre-nós*”. Que esta confissão de amor se estenda a todas e todos e que este fim seja apenas a chance de imaginarmos juntos novos começos. Muito obrigado e declaro, já saudosamente, encerrado nosso 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais da PUCRS/2017.

Augusto Jobim do Amaral

*Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e
Organizador do 8º Congresso Internacionais de Ciências Criminais.*

SUMÁRIO

Prólogo - DISCURSO DE ABERTURA DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA PUCRS: CRIMINOLOGIA GLOBAL

José Carlos Moreira da Silva Filho

Apresentação - ANAIS DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA PUCRS 11

Augusto Jobim do Amaral

EXISTE LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL PARA INCRIMINAR A MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO? 19

Renato Apolinário Cardoso de Oliveira Junior

Marcelo Almeida Ruivo

A CONTRIBUIÇÃO DA INTERNET PARA A INSTIGAÇÃO AO SUICÍDIO: O JOGO DA BALEIA AZUL 33

Abner da Silva Jaques

Jeferson Borges dos Santos Júnior

Murilo Pina Bluma

Orientadora: Patrícia Martinez Almeida

A CRIMINALIDADE ECONÔMICA E O SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO: ESCORÇO CRÍTICO ACERCA DO DELITO DE MANUTENÇÃO NO EXTERIOR DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO CONTEXTO DA GUERRA CONTRA A CRIMINALIDADE DOURADA..... 45

Ítalo Menezes Rabelo

Maricy Ribeiro Fideles Rocha

A DIMENSÃO AMBIENTAL DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL... 67

Leatrice Faraco Daros

Letícia Albuquerque

PSICANÁLISE E DIREITO PENAL: DISCUSSÃO INTERDISCIPLINAR SOBRE OS CONTRIBUTOS DA TEORIA PSICANALÍTICA À DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL..... 87

Sarah Reis Puthin

HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR POR CONDUTOR EMBRIAGADO: CRITÉRIO UTILIZADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NOS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO PARA CARACTERIZAR O DOLO EVENTUAL 103

Fernanda Dorneles Silva

A CARÊNCIA DE CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA EM MATÉRIA PENAL NO BRASIL: UMA APROXIMAÇÃO DO DIREITO PENAL DE AUTOR..... 123

Airto Chaves Júnior
Roberta Werner Pinto

O ENCARCERAMENTO DA POPULAÇÃO LGBT NO BRASIL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA E À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA REALIDADE NA UNIDADE DA SUAPI DE FRUTAL-MG 145

Francine Figueiredo Franco
Fausy Vieira Salomão

DIREITOS HUMANOS E TERRORISMO: A (DES)NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL ESPECÍFICA E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.260/2016 159

Bernardo Girardi Sangoi

DIREITO PENAL DO INIMIGO: O CONFRONTO AOS DIREITOS HUMANOS E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO 177

Letícia da Silva Nigris
Vinícius Francisco Toazza

O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DISPENSADO PARA O CONTROLE DE FLUXOS MIGRATÓRIOS NA EUROPA E DIREITO PENAL DO AUTOR: A PUNIÇÃO E A SEGREGAÇÃO DE IMIGRANTES EM UM CENÁRIO DE MIXOFOBIA 201

Micheli Pilau de Oliveira
Betina Donato Krupp
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

PRESÍDIOS BRASILEIROS: A REMIÇÃO DE PENA E COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA COMO INDENIZAÇÃO À OFENSA À DIGNIDADE HUMANA DO PRESO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO.. 217

Maria Gabriela Rocha Pedriali
Rejane Alves Arruda
Vinicius Almeida da Rocha

DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: QUANDO A APROXIMAÇÃO SE TORNA TEMEROSA..... 235

Marion Bach

CRIMES DIGITAIS: UM CONTRIBUTO À COMPREENSÃO DAS NOVAS AMEAÇAS NA ERA DA INFORMAÇÃO..... 251

Andrey Henrique Andreolla
Fernando Vechi

COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL COM O TPI: LIMITES CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS PARA A ENTREGA (SURRENDER) 271

Eduardo de Oliveira Soares Real
Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa

CRIMES INFORMÁTICOS: O SEQUESTRO DE DADOS E INFORMAÇÕES ELETRÔNICAS PARA A PRÁTICA DE EXTORSÃO DIGITAL..... 293

Abner da Silva Jaques
Arthur Gabriel Marcon Vasques
Orientadora: Patrícia Martinez Almeida

INCREMENTO DO RISCO E CRIMES CULPOSOS 307

Diego Alan Schöfer Albrecht
Marcos Afonso Johner

AS ARMADILHAS DA “TEORIA” DA CEGUEIRA DELIBERADA NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL..... 323

Guilherme Brenner Lucchesi

O MÉDICO NO BANCO DOS RÉUS: UM ENFOQUE-JURÍDICO PENAL ACERCA DA MORTE EM DECORRÊNCIA DA PROFISSÃO.... 343

Diogo Fagundes Laueremann
Maria Alice dos Santos Severo

A CONTRIBUIÇÃO DO OFENDIDO NOS CRIMES IMPRUDENTES: EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE? 353

Guilherme Brenner Lucchesi
Marion Bach

EXISTE LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL PARA INCRIMINAR A MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO?

Renato Apolinário Cardoso de Oliveira Junior¹

Marcelo Almeida Ruivo²

RESUMO: As condutas de favorecimento, instigação e auxílio à prostituição são criminalizadas no Brasil. Contudo, há uma difícil determinação do bem jurídico-penal tutelado pelo crime de manutenção de casa de prostituição (art.229, do CP). Há quem aponte a moralidade sexual pública, a saúde pública, a organização da família, a dignidade sexual e até os bons costumes. Enfrenta-se a eventual constitucionalidade proibição penal da conduta, sob o enfoque da teoria do bem jurídico.

PALAVRAS-CHAVES: casa de prostituição; bem jurídico-penal; liberdade.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte do pressuposto de que a incriminação legítima de condutas depende da existência de um valor materializado constitucionalmente, não podendo a formulação de tipos penais ficar condicionada a mera conveniência do legislador. Assim, será analisada a eventual constitucionalidade do delito previsto no artigo 229 do Código Penal Brasileiro, de acordo com a teoria do bem jurídico-penal.

2. O BEM JURÍDICO E O SUJEITO PASSIVO DO ART. 229 DO CP

A atual redação do art. 229 do CP, dada pela Lei 12.015/09, apresenta a seguinte redação “manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”. Anteriormente, no lugar de “estabelecimento em que ocorra a exploração sexual” constava “casa de prostituição

1. Graduando do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – Campus ULBRA Torres.
2. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil.

ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso”. Apesar disso, parte da doutrina afirma que a alteração legislativa tem pouco significado prático³.

Não se pode descuidar que o STJ manteve recentemente o entendimento de que, na redação anterior do artigo 229 do CP, só havia o crime de manutenção de casa prostituição quando o estabelecimento era destinado exclusivamente à prostituição.⁴

A conduta de prostituir-se por si só não é crime⁵⁻⁶. Quem quiser, livremente e gozando de capacidade plena, exercer atividade sexual, remunerada ou não, não esbarra em proibição legal⁷. Entretanto, no momento em que terceiros, independentemente do consentimento do prostituído, atuam, surge a interferência estatal⁸, por meio da tutela penal, buscando reprimir todas as práticas atreladas à prostituição⁹.

Há divergência doutrinária, quanto ao bem jurídico tutelado. Muitos afirmam que o bem jurídico protegido pelo art. 229 é a moralidade pública sexual,¹⁰ para outros seria a saúde pública¹¹ e há quem afirme ser protegida a organização da família¹². Chama a atenção que, com a nova nomenclatura do Título VI do Código Penal, passou a ser sustentado como bem jurídico, mesmo que de forma genérica, a dignidade sexual do ser humano¹³ nos ilícitos tipificados nos artigos 227 a 230,¹⁴⁻¹⁵ já que uma das funções do bem

3. NUCCI, Guilherme de Souza. Dos crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: RT, 2009, p. 79; BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 4 – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 167.
4. STJ: AgRg no REsp 1.424.233/SP, de Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.
5. BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 4, p. 165. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico Penal. São Paulo: 2010, p. 256; NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado – 9. Ed. – RT, 2009, p. 914.
6. STJ: HC 211.888 – TO, Min. Rogério Schietti Cruz (Relator).
7. BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 4, p. 171.
8. No mesmo sentido Guilherme de Souza Nucci, Código Penal comentado – 4. Ed. – São Paulo: RT, 2003, p. 704. Apud: BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 4, p. 171.
9. NUCCI, Guilherme de Souza. Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 51 e 52.
10. São eles: BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 4, p. 165; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral e Especial – 7. Ed. – RT, 2011 p. 869; GRECO, Rogério. Curso de direito penal, vol. 3 – 10. Ed. – Niterói: Impetus, 2013, p. 605; e MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 463.
11. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 551.
12. COLNADO, Rodrigo. Direito penal, vol. 2 – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 207.
13. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico Penal. São Paulo: 2010, p. 256
14. BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 4. p. 165.
15. Vale ressaltar que a Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, que “dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas”, revogou os artigos 231, 231-A e 232 do Código Penal, deslocando os crimes relacionados ao tráfico de pessoas do Título VI ao Título I, Capítulo VI, Seção I, onde estão os “crimes contra a liberdade pessoal”, criando o art. 149-A, cuja rubrica é “tráfico de pessoas”.

jurídico é a dogmático-classificatória¹⁶. Apesar disso, o STF sustentou, em 2011, a moralidade sexual e os bons costumes como bens jurídicos do tipo penal em análise¹⁷ e, recentemente, o STJ apontou a liberdade de autodeterminação sexual como bem jurídico do Título VI¹⁸.

Igualmente incerta é a determinação do sujeito passivo do crime. Alguns autores indicam a coletividade¹⁹, outros afirmam que seria a pessoa prostituída²⁰. De acordo com Nucci, a pessoa prostituída não pode ser o sujeito passivo, pois também viola os bons costumes²¹. Para Bitencourt, a coletividade não pode ser o sujeito passivo do delito, porque não se sente incomodada e o ignora²².

Tais divergências apontadas certamente causam problemas hermenêuticos relacionados à avaliação da constitucionalidade da norma.

3. A TUTELA DA MORALIDADE SEXUAL PÚBLICA COMO BEM JURÍDICO

Um ponto controvertido que atrai a atenção é a falta de consenso em relação ao bem jurídico tutelado pelo art. 229 do CP. Apesar da controvérsia, no momento, entende-se oportuno fazer algumas considerações, partindo-se do pressuposto que o objeto de tutela da norma penal seja a moralidade sexual pública²³.

A moralidade sexual pode ser vista sob a perspectiva de diversas crenças, teorias e estudos, nem sempre associados à religiosidade. Primeiro, cita-se a moral da tradição religiosa judaico-cristã, que entende que o ato sexual deve estar necessariamente atrelado a “uma função procriadora no

16. A função dogmático-classificatória: o agrupamento dos crimes segundo os bens jurídicos tutelados, veja-se em RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 71.
17. STF: HC 104.467 – RS, p. 2 do voto da Min. Carmem Lúcia (Relatora).
18. STJ: HC 211.888 – TO, p. 10 do voto do Min. Rogério Schietti Cruz (Relator).
19. NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado – 9. Ed. – RT, 2009, p. 912.
20. BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 4, p. 165.
21. NUCCI, Guilherme de Souza Código Penal comentado – 9. Ed, p. 912.
22. BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 4, p. 166.
23. No HC 104.467 do STF ficou estabelecido que a “moralidade sexual e os bons costumes” são de sublimidade importância e devem ser protegidos pelo Direito Penal. Ainda, menciona que a nova redação trazida pela Lei 12.015/2009 ao art. 229 do CP apenas tornou atípica a manutenção de casa destinada a encontro com fins libidinosos, mas manteve a incriminação do local onde há exploração sexual. Embora não seja muito claro nesse aspecto, o julgado deixa transparecer que considerou a prostituição como atividade em que sempre há exploração sexual, independentemente do conceito que pretende atribuir a essa “exploração”.

âmbito do casamento²⁴⁻²⁵, ligado à heterossexualidade e monogamia²⁶. Especificamente em âmbito católico, a Encíclica *Humanae Vitae* relativizou a função procriadora do ato sexual e passou a admitir este como “expressão e desenvolvimento do amor, projecto de Deus para os humanos”²⁷. Desse modo, parece ser reprovável qualquer ato de prostituição pela ótica católica, uma vez que certamente não são atos direcionados à procriação ou à manutenção do matrimônio.

Essa última é a visão de moralidade sexual que relaciona o ato sexual ao amor, de modo que não basta o livre consentimento para legitimar o ato sexual, mas também é necessário que o “desejo” não esteja vinculado somente ao corpo, estando direcionado à pessoa, na forma de “intencionalidade individualizante”²⁸. Por decorrência lógica, a prostituição não estaria legitimada por tal teoria, uma vez que não são necessárias considerações afetivas recíprocas entre contratante e contratado.

Há também a interpretação de moralidade sexual contextualizada pelo feminismo radical. Tal visão parte da premissa que a sexualidade mostra-se “um constructo social do poder masculino: definida por homens, imposta às mulheres e constitutiva do significado de gênero”²⁹. Nesse entendimento, para o ato sexual ser moralmente aceitável deverá ser “expressão autêntica e genuína do desejo da mulher, livre de quaisquer móveis extrínsecos (necessidades económicas, consideração pelo parceiro, prestígio ou o que quer que seja)”³⁰. Em sentido semelhante, em visão ainda mais radical, a verificação moral do

24. ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, 2012, p. 214.

25. De acordo com FINNIS, na Idade Média, Tomás de Aquino afirmava o matrimônio, para ele bem humano primário, com finalidade dupla: a) a procriação, compreendendo a criação dos filhos; b) a *fides*, não limitada somente à ideia de fidelidade, mas também de assistência mútua, compromisso, união com o cônjuge de corpo e mente. No entanto, mesmo não havendo subordinação entre as finalidades para Tomás, a escolha sexual mais injusta seria o envolvimento matrimonial sem a *fides*, já que a esposa seria tratada como “prostituta” e o parceiro estaria disposto a praticar atos sexuais com outrem, caso oportunizado. (FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino*; tradução de Leandro Cordoli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 47 e 48).

26. ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 215.

27. ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 215.

28. SCRUTON, Roger. *Sexual desire: A Philosophical Investigation*, Londres: Weidenfeld & Nicolson, 1986. Apud: ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 215/216.

29. PRIMORATZ, Igor. “Sexual Morality: Is Consent Enough?”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 4, 2001, p. 209. Apud: ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 218.

30. PRIMORATZ, Igor. “Sexual Morality: Is Consent Enough?”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 4, 2001, p. 210. Apud: ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 219.

sexo depende da mutualidade, não apenas da inexistência de coerção, sendo o ato legítimo “quando ambos os envolvidos agem movidos por desejo sexual, amor ou carinho é o sexo moralmente aceitável”³¹. A prostituição não seria moralmente aceitável, pois não existe mutualidade de desígnios, bem como representa a “dominância masculina”³².

Há também uma moralidade sexual “tradicional e conservadora”, segundo a qual o ser humano não está “à disposição de si mesmo”, pois “não é um objeto, tampouco sua propriedade”³³ não podendo ser objetificado sexualmente. Nessa linha, apenas o sexo no âmbito do matrimônio poderia evitar a “degradação da humanidade”.³⁴ A legitimidade do ato sexual ficaria dependente do compartilhamento entre os parceiros de “suas pessoas, seus corpos e suas almas, na alegria e na tristeza, e em todos os aspectos”.³⁵

A influência de entendimentos morais no Direito Penal deve ser evitada,³⁶ pois as teorias moralistas, não raras vezes, são oriundas de manipulação, bem como influência política e pessoal do povo.³⁷ No mais, nas palavras de Roxin, inserido em um cenário alemão do pós-guerra, com a reforma do respectivo Direito Penal no âmbito sexual, “a ‘moralidade’ já não é mais protegida jurídico-penalmente porque não é um bem jurídico”³⁸.

Para Albegaria e Mendes Lima, um compromisso forte, até mesmo com o liberalismo, implica no acolhimento de uma forma de “moralismo”.³⁹ Contudo, ressalta-se que este é direcionado à tutela “da faculdade de cada um orientar a busca da ‘vida boa’ segundo ponderações que só a si devem respeitar”,⁴⁰ o que parece não ser o sentido do moralismo feminista radical ou do religioso.

31. PRIMORATZ, Igor. “Sexual Morality: Is Consent Enough?”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 4, 2001, p. 210. Apud: ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 219.

32. ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 219.

33. SANDEL, Michael J., *Justiça – O que é fazer a coisa certa*; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – 13. Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 162.

34. SANDEL, Michael J., *Justiça – O que é fazer a coisa certa*; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – 13. Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 164.

35. KANT, Immanuel. *Lectures on Ethics* (Cambridge, Hackett Publishing, 1981), p. 164. Apud: SANDEL, Michael J., *Justiça – O que é fazer a coisa certa*, p. 162.

36. ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 211.

37. PAGLIUCA, José Carlos Gobbi. *Direitos humanos – 1. Ed.* – São Paulo: Rideel, 2010, p. 19.

38. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 12-13.

39. ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 212.

40. ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 212.

Em síntese, a tutela de determinada forma de moralidade sexual por meio do Direito Penal não parece ser adequada ao Estado de Direito pluralista e laico.

4. A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL DO SER HUMANO

Após as alterações no Código Penal promovidas pela Lei 12.015/2009, a doutrina passou a sustentar como bem jurídico-penal protegido pelo art. 229 seria a dignidade sexual do ser humano, que parece ser um desdobramento da dignidade da pessoa humana⁴¹.

O conceito de dignidade da pessoa humana tem “gênese religiosa e filosófica” com “complexidade e relativa indefinibilidade do seu conteúdo axiológico”, modificável no ambiente cultural, sendo utilizado como “recurso argumentativo”, o que torna “contestável” a possibilidade de tutela da dignidade humana como bem jurídico penal.⁴² É aconselhável maiores reservas na admissão da dignidade humana como bem jurídico-penal, já que pode ofender ao próprio princípio da legalidade diante da falta de especificação do bem protegido.⁴³

Existem duas concepções sobre a dignidade humana. Uma de ordem liberal-individualista e outra comunitarista-social. A primeira liga intimamente a dignidade à autonomia, à capacidade de autodeterminação e à liberdade, sendo a dignidade um suporte de direitos (*rights-supporting*).⁴⁴ Já a segunda concepção está atrelada “a valores compartilhados pela comunidade”, gerando uma “limitação heterônoma à liberdade”, logo a dignidade é vista como restritiva de direitos (*rights-constraining*).⁴⁵ Nesse sentido, o exercício liberal-individualista não exclui o comunitarismo, mas este não pode se manifestar de forma a instrumentalizar o indivíduo “à consecução de uma qualquer definição de bem comum”.⁴⁶

41. NUCCI, Guilherme de Souza. Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 51.

42. ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 241.

43. ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 241 e 242.

44. ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 244.

45. Tais concepções são expostas em ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 244.

46. ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. RPCC, p. 245.

Por outro lado, partindo de uma noção kantiana, a dignidade seria a característica daquilo que não se pode atribuir preço, isto é, aquilo que não possui valor relativo e não pode ser substituído por equivalente.⁴⁷ Sobre a pessoa humana, esta como ser racional, existe como fim em si e não simplesmente como meio,⁴⁸ o que estaria de acordo com a impossibilidade de instrumentalizar o indivíduo, mesmo que para o bem comum. Nas palavras de Gomes “o Estado não tem o direito de instrumentalizar as pessoas (como dizia Kant) para impor uma determinada orientação moral ou sexual”⁴⁹, no entanto não se pode descuidar que Kant reprova a prostituição, pois seria nociva à ideia de dignidade humana ao tratar o ser humano como “uma coisa por meio do qual outras pessoas saciam seus apetites, como se estivessem apacando a fome com um bife”.⁵⁰

Em sentido diverso, para Nucci, a dignidade da pessoa humana desdobra-se em alguns “direitos individuais particulares e relevantes, como a liberdade, a intimidade e a vida privada”, sendo a dignidade sexual uma composição destes, tornando-a um “conjunto de fatos ocorrências e aparências da vida sexual de cada indivíduo”, cujo desenvolvimento saudável deve ocorrer em “ambiente amigável, associado à respeitabilidade e à autoestima de cada pessoa, resguardadas a sua intimidade e a sua vida privada”⁵¹.

Para Afonso da Silva, os direitos da pessoa humana são “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, conforme preâmbulo da própria constituição”⁵². Além disso, no regime democrático, garantia da realização de direitos humanos, “a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal”.⁵³

Logo, em um Estado Democrático e Republicano, onde a dignidade

47. AFONSO DA SILVA, José. Comentário contextual à constituição. – 4. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 38.

48. RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 22, N.º 2, abril-junho 2012. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 178.

49. GOMES, Luiz Flávio. Crimes contra a Dignidade Sexual e outras Reformas Penais. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090911125548652>. Acesso em 04/06/2017.

50. SANDEL, Michael J., Justiça – O que é fazer a coisa certa; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – 13. Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 164.

51. NUCCI, Guilherme de Souza. Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 51.

52. AFONSO DA SILVA, José. Comentário contextual à constituição. – 4. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 28.

53. AFONSO DA SILVA, José. Comentário contextual à constituição. – 4. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 70.

humana é um fundamento (art. 5º, inciso III, da CF/88) e a liberdade é um direito fundamental (art. 5º, *caput*, da CF/88), entende-se que a concepção de dignidade a ser adotada deve ser aquela de ordem liberal-individualista, assegurando-se autonomia e liberdade de autodeterminação aos cidadãos.

5. A LEGITIMIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA TUTELA PENAL

Embora tenha uma elaboração funcionalista,⁵⁴ Roxin entende como necessária a ideia de proteção de bens jurídicos como forma de restringir a intervenção jurídico-penal.⁵⁵ O autor introduz seu trabalho acerca da proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal, criticando a livre criação de tipos penais pelo legislador, pois não deve este penalizar algo “simplesmente porque não gosta”.⁵⁶ Segundo Roxin, determinados comportamentos políticos, religiosos ou civis podem gerar incômodo a um governo que pretende ter cidadãos “obedientes, conformistas e facilmente dirigíveis”.⁵⁷ Assim, não basta a simples discricionariedade do legislador para a formulação de tipos penais.⁵⁸

De acordo com Roxin, no cenário alemão dos pós-guerra, o legislador reformou o Direito Penal sob a influência da teoria da proteção de bens jurídicos, deixando de punir comportamentos que seriam apenas moralmente reprováveis – “homossexualidade entre adultos, troca de casais, atos sexuais com animais” – já que a “moralidade” não é um bem jurídico.⁵⁹ Complementa, ainda, dizendo que a nova concepção de neutralidade ética da homossexualidade se deu em razão da despenalização,⁶⁰ e não porque as concepções de moralidade teriam mudado e gerado a não intervenção penal no âmbito da orientação sexual dos indivíduos.

Roxin elabora um conceito liberal, pessoal e crítico do bem jurídico.

54. Sobre uma crítica ao funcionalismo penal ver RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 61-70.
55. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 14-16.
56. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11.
57. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11.
58. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11.
59. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 12-13.
60. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13.

Liberal pois entende que o Direito Penal não pode transpor o necessário para uma “vida em comunidade livre e pacífica”.⁶¹ Pessoal pois entende que mesmo a proteção de bens universais só é legítima quando serve ao cidadão.⁶² Crítico pois pretende demonstrar ao legislador “as fronteiras de uma punição legítima”.⁶³

Ruivo critica a visão da tutela de funções de Roxin, pois tornaria o Direito Penal um garantidor da “constituição da sociedade”, de modo que o crime “consistiria no ataque às expectativas sociais de atuação dos indivíduos”.⁶⁴ Tal crítica tem como um dos fundamentos o assento funcional-utilitarista da teoria, que se afirma na “ficção argumentativa do contrato social”.⁶⁵ Complementa fundamentando que o Direito Penal na tutela do funcionamento social perderia seu conteúdo, adquirindo um “perfil burocrático, meramente silogístico da normatividade”.⁶⁶

Em que pese a contribuição democrática⁶⁷ da teoria do bem jurídico de Roxin, sua tese funda-se no contrato social⁶⁸ funcionalizando o Direito Penal para a busca da convivência pacífica dos homens em sociedade, de modo que a criminalização de condutas deverá se dar quando contrárias a esse objetivo. Contudo, o próprio autor admite uma contradição na sua teoria, uma vez que quando se fala em atentado “contra os animais” e contra “as futuras gerações” (que, para o autor, são bens jurídicos), estes ataques não afetam “a convivência pacífica dos homens que vivem atualmente”.⁶⁹ Em razão disso, Roxin propõe uma extensão do “contrato social”, “além dos homens que vivem atualmente, a outras criaturas e às gerações futuras”, citando que a Constituição alemã

61. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.
62. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19.
63. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20.
64. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 64-65.
65. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 66.
66. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 66-68.
67. Para o autor, “o poder estatal da intervenção e a liberdade civil devem ser levados a um equilíbrio, de modo que garanta ao indivíduo tanta proteção estatal quanto seja necessária, assim como também tanta liberdade individual quanto seja possível” (ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39).
68. Roxin assume expressamente esse ponto de vista em ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 30 e 33.
69. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 32-33.

introduz a proteção de animais e das gerações futuras.⁷⁰

Apesar dos argumentos do autor, não é cientificamente possível fundamentar a teoria do bem jurídico tendo como pressuposto o contrato social:

A primeira questão posta diz respeito à impossibilidade, de fato, de todos os homens firmarem o contrato. Já a segunda desvela que um dos pressupostos de validade seria que todos os signatários estivessem em plena consciência, o que, por certo, coloca os portadores de anomalias psíquicas em uma condição difícil ou de não signatários do pacto [...].⁷¹

Para além da falta de comprometimento “com um sentido social e historicamente situado” e a necessidade de um desenvolvimento jurídico desinteressado dos “pulsantes estímulos originados na plural e complexa realidade comunitária”,⁷² se a própria Constituição refere proteção expressa a determinados valores a serem concebidos como bens jurídicos, não se deve tomar como critério o suposto pacto, mas sim a necessidade de analogia material com a Carta Magna na formulação dos tipos penais, conforme o normativismo penal revisto e constitucional.⁷³⁻⁷⁴

Um dos valores humanos de mais elevada importância sem dúvidas é a liberdade, de modo que esta somente pode ser restringida por meios legítimos e quando em confronto com outros valores de elevada importância estabelecidos na Carta Magna, devendo ser rechaçada qualquer forma de controle penal sobre o indivíduo que não possa ser justificada constitucionalmente.

Para Fábio D’Avila, partindo de um normativismo penal revisto e constitucional,⁷⁵ que não seja meramente “silógico-conceitual”, mas um espaço de “convergência de direitos e garantias fundamentais”,⁷⁶ deve emergir um direito penal normativo e não instrumental, que seja um limite a política criminal contemporânea. Concebe-se o Direito Penal, para além de um instrumento legítimo de realização da justiça quanto à forma, um

70. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 32-33.

71. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 67.

72. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 67.

73. Cf. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011.

74. Cf. D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

75. D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 34.

76. D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 34-35.

conteúdo material advindo “do reconhecimento jurídico de determinado valor comunitário ofendido”.⁷⁷

O Direito Penal, em um Estado Democrático, não pode se furtrar das noções de ofensividade, como “expressão político-ideológica do Estado” e “critério material de validade, normativamente recepcionado tanto em âmbito penal, como constitucional”,⁷⁸ em razão da própria “norma constitucional da liberdade”.⁷⁹⁻⁸⁰ Norma esta que, apesar da possibilidade de “ser ponderada com outros valores, está longe de admitir uma ponderação irrestrita”,⁸¹ somente podendo ser restringida em prol de outros valores providos de dignidade constitucional, que não sejam meros interesses de ordem instrumental⁸².

Assim, para a legitimidade constitucional de um ilícito-típico, fazem-se necessários dois níveis de valoração: a verificação da existência de um bem jurídico-penal, que esteja em “analogia material com a Constituição”, servindo como “padrão crítico de criminalização”⁸³ ou, melhor dizendo, deve ser um valor harmônico com a “ordem axiológica jurídico-constitucional”⁸⁴; e a presença da ofensividade, “relação entre a conduta típica e o objeto de tutela da norma”⁸⁵.

Veja-se que por essa ótica a legitimidade do ilícito-típico ficaria condicionada ao significado normativo penal materializado na Constituição, dependendo da identificação do bem jurídico-penal protegido pela norma,

77. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p.67-68.

78. D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 37.

79. D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 95.

80. Em sentido semelhante, para Ruivo, ao defender o caráter pluralista e laico do Estado brasileiro, “a teleologia democrática da ordem constitucional insere na gênese da teoria normativa do Direito Penal o comprometimento com a tutela da liberdade” (RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 70), a qual, como já se disse, só pode ser restringida quando em confronto com outro valor elevado e assegurado constitucionalmente.

81. D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 70

82. Nesse sentido: “ninguém poderá ser considerado apenas como objecto ou factor fungível num plano de eficácia, antes deverá ser sempre considerado como um valor último, uma pessoa” (NEVES, Antonio Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 43 *apud* RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 67-68).

83. D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 97.

84. D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 95.

85. D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 96.

bem como se há efetivo resultado jurídico da conduta em relação ao bem com dignidade penal tutelado pela figura típica.

6. CONCLUSÃO

O delito de manutenção de casa de prostituição e as demais atividades de favorecimento, instigação e auxílio à prostituição não constam do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, de autoria do Senador José Sarney, sendo possível a eventual descriminalização da conduta. A Constituição Federal Brasileira consagra o direito à liberdade (art. 5º, *caput*, da CF), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inc. VI, da CF), proteção à crença religiosa e convicção filosófica (art. 5º, inc. VIII, da CF), inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, inc. X, da CF), liberdade no exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, inc. XIII, da CF). Portanto, a restrição desses direitos só pode existir quando proporcional, isto é, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito a intervenção penal para a tutela de um bem jurídico-penal.

A criminalização da manutenção de estabelecimento voltado ao exercício da prostituição de agentes capazes, que atuem com plena liberdade vontade não apresenta bens jurídicos com dignidade penal, mas somente a proteção infundada de valores morais incompatíveis com um Estado laico e pluralista.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Comentário contextual à constituição**. – 4. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2007.
- ALBEGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. **O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 22, N.º 2, abril-junho 2012. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 201-260.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal, vol. 1** – 21. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal, vol. 4** – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- COLNADO, Rodrigo. **Direito penal, vol. 2** – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**; tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a Dignidade Sexual e outras Reformas Penais**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=200909_11125548652>. Acesso em 04/06/2017.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

- GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal, vol. 3** – 10. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2013.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico Penal**. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. Orientador: Prof. Dr. David Teixeira de Azevedo. São Paulo: 2010.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, vol. 2**. São Paulo: Atlas, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** – 9. Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Dos crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal Parte Geral e Especial** – 7. Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais** – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direitos humanos** – 1. Ed. – São Paulo: Rideel, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial** – 14. Ed. – Revista dos Tribunais, 2015.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- RUIVO, Marcelo Almeida. **Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011.
- RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 22, N.º 2, abril-junho 2012. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 175-199.
- SANDEL, Michael J., **Justiça – O que é fazer a coisa certa**; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – 13. Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

A CONTRIBUIÇÃO DA INTERNET PARA A INSTIGAÇÃO AO SUICÍDIO: O JOGO DA BALEIA AZUL

Abner da Silva Jaques¹

Jeferson Borges dos Santos Júnior²

Murilo Pina Bluma³

Orientadora: Patrícia Martinez Almeida⁴

RESUMO: Uma vez posto em observação o atual cenário social experimentado pela humanidade, permite-se compreender a espantosa importância das novas tecnologias na sociedade contemporânea, amplamente enredada pelo fluxo contínuo e desmedido de informações entre os indivíduos. Destarte, o presente trabalho tem como objetivo esclarecer a influência do mau uso da rede como ferramenta de comunicação, inferindo diretamente nos casos de suicídio com foco nos casos relacionados ao jogo da baleia azul, justificando-se na necessidade em responsabilizar os contraventores, que se valem da vulnerabilidade psicológica para instigar outros usuários a ceifar a própria vida. Como hipótese inicial, defender-se-á a necessidade de responsabilização dos agentes do crime de instigação ao suicídio. Para consecução da pesquisa, valer-se-á do método dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica e estudos teóricos, a fim de dissertar sobre a fragilidade e necessidade de maior segurança no cenário virtual.

PALAVRAS-CHAVE: Internet; Instigação ao suicídio; Segurança virtual.

1. Graduando do 9º semestre do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. Campo-Grande, MS. Assessor na Procuradoria Geral do Estado, setor da Procuradoria de Assuntos Tributários – PGE PAT/MS; Presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul – CAED OAB/MS; Pesquisador Voluntário de Iniciação Científica – PIBIC (2015-2016); Bolsista de Iniciação Científica pela UCDB (2016-2018) no projeto “Cultura digital em uma universidade intercultural: relações entre tecnologias, professores e alunos”, coordenado pela professora Dr^a. Maria Cristina Lima Paniago, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Arlinda Cantero Dorsa. E-mail: abnersjaques90@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4301394075729145>.
2. Graduando do 6º semestre do curso de direito da Universidade Católica Dom Bosco, pesquisador voluntário no projeto intitulado “Empresas, Direitos Humanos e Novas Tecnologias: o exercício dos direitos humanos na rede”, sob a orientação e coordenação da Profa. Ma. Patricia Martinez Almeida, email: jefersonjr1997@gmail.com.
3. Graduando do 8º semestre do curso de direito da Universidade Católica Dom Bosco, pesquisador bolsista no projeto intitulado “Empresas, Direitos Humanos e Novas Tecnologias: o exercício dos direitos humanos na rede”, sob a orientação e coordenação da Profa. Ma. Patricia Martinez Almeida, email: timuloxbluma@gmail.com, lattes <http://lattes.cnpq.br/6788958499804124>
4. Mestra em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, especialista em Direito Constitucional com ênfase em Direitos Humanos pelo Centro de Pós-Graduação UNINOVE. Professora de Direito Civil na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Advogada. E-mail: profa.civil@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento das novas tecnologias no século XX, as relações entre os indivíduos teve significativa transformação no modo através do qual se constituem, resultando em uma nova realidade nunca antes adentrados pelos seres humanos.

A criação dessa nova realidade virtual, encabeçada pela internet como meio de circulação de informações e dados, findou por aumentar a aproximação entre os seres humanos que dela fazem uso. Tem-se, portanto, o encurtamento das distâncias físicas (uma vez que sem levar em consideração o local onde se encontram os agentes no meio virtual considera-se, e assim eles o sentem, como se estivessem em uma aldeia, todos em uma mesma localidade) e das distâncias temporais (considerando que as informações demoram questão de segundos para circular no ambiente virtual).

Dessa maneira, os novos meios informacionais apresentam-se como de fundamental importância para os indivíduos, ao considerar-se a comunicabilidade uma das características a ele intrínsecas, em razão da potencialização da aptidão comunicativa proporcionada pela rede.

Entretanto, entende-se que a internet, apesar de apresentar-se como uma ferramenta essencial, apresenta uma possibilidade de causar dano igualmente significativa, tendo em vista a disseminação quase instantânea de informações, sendo de fato esta uma questão problemática da ferramenta que deve ser constantemente abordada a fim de ser resolvida.

Nesta linha de raciocínio, tem-se o presente trabalho com enfoque na possibilidade e necessidade de responsabilizarem-se os agentes que cometem infrações no ambiente virtual, contextualizando com a prática de instigação ao suicídio ocorrida recentemente através do jogo da baleia azul.

Assim, o tópico 2 do presente artigo terá por finalidade uma primeira análise acerca dos efeitos do advento das novas tecnologias e da rede mundial de computadores no cenário social contemporâneo, abordando tanto a maneira como se realizam quanto a importância das relações desenvolvidas no âmbito virtual, bem como o impacto dessas relações desenvolvidas na rede nas relações locais entre os indivíduos.

Já no tópico 3, buscar-se-á refletir acerca da prática do jogo da baleia azul, elencando as possíveis causas para a existência deste fenômeno na estrutura social contemporânea.

No tópico 4, relacionar-se-á os crimes cometidos no âmbito virtual no contexto do jogo da baleia azul com seus respectivos dispositivos sancionatórios na seara do Código Penal brasileiro, ressaltando a possibilidade e dever do Estado em coibir tais práticas nocivas à vida e dignidade humanas.

Por fim, concluir-se-á acerca da possibilidade e necessidade em punir as condutas dos agentes influenciadores e instigadores compreendidas pelo jogo da baleia azul, chamando atenção para a necessidade em punir os indivíduos responsáveis pelos delitos a fim de coibir e colocar fim à prática de condutas criminais no cenário virtual, permitindo assim que as boas consequências do advento da internet sejam as únicas que subsistam.

2. A INFLUÊNCIA DA INTERNET NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Atualmente, vislumbra-se uma mudança significativa na maneira como as relações sociais se dão, principalmente se comparada às relações pessoais praticadas anteriormente ao advento das novas tecnologias da informação e da comunicação. A *internet* primou por alterar substancialmente as relações que ocorrem entre os seres humanos, e que são fundamentais para estes, afastando-se das estruturas vigentes e consolidadas e, em consequência, permitiu uma maior facilidade na comunicação e circulação de informações.

Romperam-se os limites físicos e temporais, sendo conferidas aos indivíduos as ferramentas necessárias para se comunicar em questão de segundos com outros semelhantes, independentemente do lugar em que estivessem. Em outras palavras, fronteiras e distâncias físicas deixaram de importar, acontecendo de igual modo com os limites temporais, eis que o que outrora demorava meses para se efetivar, agora são necessários apenas segundos.

2.1. OS EFEITOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NAS RELAÇÕES ENTRE OS INDIVÍDUOS

Os adventos tecnológicos informacionais findaram por transformar amplamente as relações sociais, conferindo ao ser humano uma maior capacidade comunicativa e, por consequência, uma possibilidade mais ampla de entendimento do Ser como indivíduo, a partir da interação deste com demais semelhantes seus. Acerca dessa realidade, Castells (1999, p. 57) destaca que:

As novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes

globais de instrumentalidade. A comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais. Mas a tendência social e política característica da década de 1990 era a construção da ação social e das políticas em torno de identidades primárias – ou atribuídas, enraizadas na história e geografia, ou recém-construídas, em uma busca ansiosa por significado e espiritualidade. Os primeiros passos históricos das sociedades informacionais parecem caracterizá-las pela preeminência da identidade como seu princípio organizacional.

Dessa maneira, a partir dos avanços tecnológicos possibilitou que o homem seja um ser humano intrinsecamente globalizado⁵, ou seja, amplamente conectado com os demais, sejam por razões econômicas, políticas, sociais ou culturais, compartilhando sua perspectiva de mundo e visualizando os aspectos globais fora de seus limites territoriais, acrescentando aos seus pensamentos e moldando-se conforme aquilo que absorve de outras pessoas e outras culturas.

Diante dessa alteração acerca da compreensão da realidade pelo indivíduo, entendem-se as ferramentas informacionais desenvolvidas como um essencial aparato para o sujeito, uma vez que permite a ele a construção de uma identidade mais plural em razão da facilidade na absorção de informações e características.

A ferramenta *internet* pode ser entendida como de significativa importância ao considerar-se a ideia proposta por Hannah Arendt (2003). Segundo a autora, a comunicação com demais seres humanos é essencial para que o indivíduo possa compreender-se cada vez melhor como ser humano, considerando que este só é capaz de conhecer-se quando consegue transpassar a esfera individual. Em outras palavras, de acordo com Arendt (2003), o homem só se entende como homem quando consegue estabelecer conexões com demais semelhantes seus, sendo assim condicionado por eles e a eles agente condicionante.

Além da importância apresentada pelas novas tecnologias como ferramenta que de alguma maneira condiciona o ser humano, importante salientar também sua característica agregadora. Nas palavras de Almeida e Silveira (2015, p.619), as novas tecnologias “tornaram real a possibilidade de comunicação em escala planetária, facilitando os interesses dos usuários da rede mundial de computadores”.

5. No presente estudo utiliza-se o termo globalização como sendo o que entende Almeida (2014, p.10), ou seja, “o processo dialógico, que ocorre em escala mundial, de caráter não só econômico, mas, sobretudo social, cultural e político, oriunda das evoluções comerciais, dos transportes e, principalmente, das comunicações e que surge para atender as necessidades, a priori, do capitalismo na livre circulação de bens, mas com repercussão em todas as áreas do convívio social”.

Criou-se, portanto, uma nova realidade caracterizada pela virtualidade, de modo que as novas tecnologias informacionais permitiram verdadeira revolução nas comunicações, atuando favoravelmente para a interação instantânea entre os indivíduos localizados em qualquer região, sem prejudicar em razão de distância a comunicação. Sobre toda esta nova estrutura social, formada a partir das novas tecnologias, e em especial a partir do surgimento da *internet*, Pérez Luño (2003, p. 11) afirma que:

O horizonte atual da cidadania, que orienta e circunscreve os padrões de seu exercício, é determinado pelo desenvolvimento das novas tecnologias da informação e comunicação. Essas redes telemáticas levam a impressão de que o tamanho do mundo foi contraído, que os cidadãos e os povos estão dinamicamente mais próximos que em qualquer etapa histórica anterior. A era da informática e telemática tem contribuído para que se chegue à convicção de que o habitat cívico do presente é o da “aldeia global” ou, mais exatamente, da “casa global”; na medida em que hoje, com o acesso à *internet*, cada cidadão pode estabelecer, sem sair de sua residência, uma conversação em tempo real, sem limites de espaço ou número de participantes.

Depreende-se do supratranscrito que a existência de tais ferramentas concedem a impressão de um encurtamento do mundo, com as pessoas sentindo-se mais próximas, o que possibilita ponderar que o homem, contemporaneamente, faz parte de uma aldeia global⁶.

2.2. OS EFEITOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NAS RELAÇÕES ENTRE INDIVÍDUOS DE UMA MESMA REGIÃO

Não obstante a todas as consequências de suma importância acerca do advento e implementação das novas tecnologias na essência do ser humano, é importante analisar também a consequência social de sua utilização. Sobre isso, é salutar destacar que os meios informacionais acarretaram impactos profundos na produção cultural e econômica das sociedades, muito em razão de estarem intimamente ligadas à comunicação entre indivíduos. Sobre o assunto, inclusive, Castells estabelece que:

Nossos meios de comunicação são nossas metáforas. Nossas metáforas criam o conteúdo da nossa cultura. Como a cultura é mediada e determinada pela

6. Entende-se no presente estudo o termo aldeia global como a sociedade contemporânea altamente conectada em razão da implementação das novas tecnologias da comunicação no dia-a-dia do indivíduo possibilitando uma interação global entre os usuários independente das limitações espaciais ou temporais que os separam no mundo físico, criando dessa forma uma sensação de encurtamento das distâncias com uma contração do globo a uma aldeia na qual todos se conhecem e interagem entre si.

comunicação, as próprias culturas, isto é, nossos sistemas de crenças e códigos historicamente produzidos são transformados de maneira fundamental pelo novo sistema tecnológico e o serão ainda mais com o passar do tempo. (CASTELLS, 1999, p. 414).

Ressalta-se, na mesma linha de pensamento do autor supracitado, que o advento dos meios informacionais teve por consequência a remodelação de um ser humano, deveras globalizado, que agora com facilidade pode observar a influência de seus discurso e metáforas impactando diretamente seus semelhantes, fazendo com que os usuários da rede começassem a agir no mundo físico, nas próprias regiões onde residem, de maneira diferente, alterando a produção cultural local em razão do contato com diferentes ideais no âmbito virtual.

Dessa maneira, cria-se uma cultura regional amplamente modificada, cuja mudança, ainda que indiretamente, foi condicionada pela rede mundial de computadores e seu fluxo de informações. Acerca de tais mudanças culturais e sociais ocorridas no meio social, em virtude do uso dos instrumentos tecnológicos e da *internet*, Levy (1998, p. 17).

A modificação digital remodela certas atividades cognitivas fundamentais que envolvem a linguagem, a sensibilidade, o conhecimento e a imaginação inventiva. A escrita, a leitura, a escuta, o jogo e a composição musical, a visão e elaboração das imagens, a concepção, a perícia, o ensino e o aprendizado, reestruturados por dispositivos técnicos inéditos, estão ingressando em novas configurações sociais.

Dos ensinamentos do autor extrai-se a fundamental importância dos novos dispositivos que surgem com o escopo de atender as necessidades humanas. Depreende-se também o significativo papel que possuem na mudança das sociedades que ainda ocorre até os dias de hoje, sendo eles, e em específico a *internet*, que, em função da grande conectividade que proporcionam, moldam a sociedade contemporânea dentro e fora da realidade virtual.

Ressalta-se ainda, em razão do objeto do presente artigo, a importância em manter condutas que não venham a causar dano aos demais indivíduos nesses meios informacionais, dado à imensa proporção e força que uma conduta praticada no meio virtual pode adquirir dentro e fora dele.

3. BREVES RELATOS SOBRE O JOGO DA BALEIA AZUL NA INTERNET

Após consolidado o entendimento acerca da importância e impactos do advento das novas tecnologias no dia-a-dia dos seres humanos em

qualquer sociedade, passa-se a uma análise do jogo da baleia azul, com a finalidade de compreender melhor o histórico de formação e o funcionamento dessa espécie de crime, que ganhou forças por meio do mau uso dos instrumentos tecnológicos.

Diante das ocorrências de suicídios noticiados pela mídia nacional, as palavras “jogo da baleia azul” tomaram significativa importância no cotidiano dos cidadãos brasileiros. Isto porque, após devida investigação feita pelas autoridades competentes, tais acontecimentos foram entendidos como praticados sob a influência e instigação no contexto do jogo da baleia azul.

O jogo tem seu surgimento com um grupo denominado “#F57”, oriundo da Rússia. Sua atuação se dá por meio das redes sociais, onde o indivíduo interessado (ou incentivado) é aceito como membro da página do grupo e começa a praticar desafios que o forcem a atentar contra sua integridade física e moral e possuem, via de regra, o suicídio como resultado final. Chama-se a atenção para a situação de que, uma vez aceito dado início na participação do jogo, o indivíduo que entrou não pode dele desistir, eis que começa a sofrer ameaças, principalmente em relação a seus familiares.

Da mesma maneira que a rede permitiu ao homem conectar-se com os indivíduos distantes em questão de segundos, possibilitou também a existência e disseminação dos discursos mais variados, permitindo ao ser humano a utilização das ferramentas tecnológicas do jeito que lhe convier.

Diante de todo o já exposto acerca das novas tecnologias e da *internet*, denota-se que estes instrumentos revestem-se de caráter essencial para o exercício de manifestação dos cidadãos. Entretanto, diante de tais condutas, tem-se uma grande preocupação no sentido de que, embora seja ferramenta para garantir o gozo de direitos inerentes ao ser humano, não podem ser utilizadas para a facilitação de prática de crimes. Portanto, a ideia de liberdade neste caso deve ser restrita, principalmente para se evitar a prática de ilícitos. Sobre a liberdade, Thomas Hobbes (1980, p. 73) leciona que:

[...] em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento); e não se aplica menos às criaturas irracionais e inanimadas do que aos racionais. Porque de tudo o que estiver amarrado ou envolvido de modo a não poder mover-se senão dentro de um certo espaço, sendo esse espaço determinado pela oposição de algum corpo externo, dizemos que não tem liberdade de ir mais além. E o mesmo se passa com todas as criaturas vivas, quando se encontram presas ou limitadas por paredes ou cadeias; e também das águas, quando são contidas por diques ou

canais, e se assim não fosse se espalhariam por um espaço maior, costumamos dizer que não têm a liberdade de se mover da maneira que fariam se não fossem esses impedimentos externos.

Desta maneira, entende-se no ambiente virtual que as ações iniciadas não possuirão consequências tal qual haveriam fora do universo virtual, proporcionando situações na qual usuários ferem significativamente a dignidade humana e o corpo físico e moral do sujeito, possuindo ainda prerrogativa de, se assim for da sua vontade, auferir maior alcance ao dano, podendo envolver mais pessoas e de maneira ainda mais rápida.

Condutas como a do jogo da baleia azul preocupam amplamente a todos. Em razão da potencialização dos efeitos das condutas trazido pela internet, atitudes como as tais podem ser consideravelmente lesivas aos indivíduos que de alguma forma fazem uso da rede mundial de computadores.

4. A TIPIFICAÇÃO DO DELITO COMETIDO PELA PRÁTICA DO JOGO DA BALEIA AZUL

Conforme alhures informado, o jogo da baleia azul consiste em uma série de desafios propostos pelo #F57, a indivíduos que por algum motivo vieram a entrar em contato com o grupo. Este grupo vale-se da internet para propor os desafios e cobrar os resultados dos participantes, até que estes efetuem o desafio final, o suicídio.

Diante desse acontecimento, faz-se imperioso analisar a conduta de todos os agentes envolvidos, tipificando a luz do Código Penal pátrio as condutas, para que desta maneira possa haver alguma responsabilização em casos envolvendo brasileiros.

Antes de qualquer ponderação acerca da possibilidade de responsabilização dos membros do grupo, ressalta-se a impossibilidade em responsabilizar qualquer dos usuários que venham a cometer suicídio em razão do jogo da baleia azul. Acerca deste fato asseveram Mirabete e Fabbrini:

Por razões que se prendem à impossibilidade de punição do suicídio e à política criminal não se incrimina a prática do suicídio. Como a pena não pode passar da pessoa do delincente (art. 5º., XLV, da CF), seria impossível sua aplicação ao suicida. Ademais, a cominação da pena não serviria de prevenção, porque quem quer morrer não se importa com a ameaça de sanção, seja ela qual for. Mesmo quanto à tentativa, o Estado renuncia à punição, por motivos políticos e de ordem ética, de piedade, de caridade humana, que o impedem de agravar com a pena a amargura de quem já se lançou em busca

da morte. (MIRABETE E FABBRINI, 2013, p.48).

Como bem destacam os autores supracitado seria impossível imputar pena àquele que consegue consumir o suicídio em razão da sanção normativa não passar do delincente e na situação em questão estar este morto e, portanto, impossibilitado de cumprir qualquer sanção. De igual modo, também não se aplica qualquer punição normativa aos que tentam o suicídio sem conseguir o resultado morte, eis que nesta situação o Estado renuncia de sua prerrogativa punitiva em virtude de ordem ética estabelecida no meio social, sendo a ele defeso punir quando o indivíduo busca lesar sua própria integridade física.

Não havendo como punir aquele que vem a tirar a própria vida, resta compreender como deve ser feita a responsabilização do agente que vem a induzir ou instigar outrem a matar-se.

O artigo 122⁷ do Código Penal brasileiro preleciona o que caracteriza o crime de instigação ou induzimento ao suicídio, destacando situações em que a conduta poderá ter a pena base conferida ao delito duplicada em virtude da gravidade do fato. Sobre este delito, entende-se por instigação a conduta incentivadora de um agente que não seja a vítima para com esta, onde considera-se que a vítima já tinha a tendência de ceifar a própria vida e foi incentivada. Já o induzimento caracteriza-se quando a vítima não possuía qualquer vontade em tirar a própria vida, mas o faz pelo convencimento de terceiro.

Importante ressaltar que cabe a aplicação do artigo 122 do Código Penal unicamente quando a vítima em questão for capaz de representar resistência psíquica ao que lhe diz quem induz ou instiga. Em sendo a vítima indivíduo incapaz não cabe, de acordo com algumas correntes doutrinárias, a tipificação como induzimento ou instigação, mas sim como homicídio propriamente dito, uma vez que não possuindo a vítima discernimento não pratica o ato de maneira deliberada, sendo uma ferramenta na mão de terceiro. Assim entende Rogério Greco quando assevera que:

Sendo a vítima pessoa incapaz de ofertar resistência psíquica ao induzimento ou instigação (v. G. Um alienado mental, uma criança de 2 anos etc.), o crime será o de homicídio, inclusive duplamente qualificado pelo chamado “meio insidioso” e pelo “motivo torpe”, nos termos do artigo 121, § 2º., I e III, CP. Isso porque o sujeito passivo do crime de induzimento ao suicídio

7. O artigo 122 do Código Penal brasileiro estabelece como conduta ilícita: Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único – A pena é duplicada: I – se o crime é praticado por motivo egoístico; II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

pode ser qualquer pessoa, mas esta deve ter “capacidade de discernimento, de autodeterminação, pois, caso contrário, estaremos diante de um delito de homicídio”. (GRECO, 2014, p. 321)

Dessa maneira, conclui-se que a depender da capacidade da vítima a tipificação para o agente na prática delituosa seria diferente, fazendo-se necessária a análise do caso concreto.

Em conclusão, entende-se a gravidade da conduta descrita como o jogo da baleia azul, segundo a qual brinca-se com a fragilidade psicológica das vítimas de maneira egoísta, e portanto, entende-se também a necessidade em responsabilizar devidamente os agentes contraventores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto ao longo do presente artigo, depreende-se a possibilidade da *internet* em potencializar a comunicabilidade humana, facilitando a comunicação e a expressão do sujeito. Entretanto, evidencia-se também a possibilidade em causar danos e prejuízos físicos, morais e à dignidade humana dos usuários, conforme foi bem contextualizado pelos acontecimentos relativos ao jogo da baleia azul.

Evidencia-se também que, muito embora existam leis respeitadas nos ordenamentos dos países proibindo condutas como a instigação ao suicídio, o discurso de ódio e a violação da privacidade, a sensação tida pelos usuários enquanto agentes na rede é de impunidade.

Neste raciocínio, se faz imperativo responsabilizar os agentes infratores das normas postas nos ordenamentos de cada país como uma maneira de reduzir a sensação de impunidade que reina soberana no imaginário dos indivíduos quando se fala em internet. Impedindo desta maneira que acontecimentos como o jogo da baleia azul ganhem força no ambiente virtual e ceifem mais vidas ainda.

Insta-se isto, uma vez que considera-se a rede mundial de computadores como uma ferramenta fundamental e extremamente útil ao ser humano em razão das possibilidades que por ela foi nos mostrada.

Considera-se que ao coibir atitudes nocivas à liberdade e direitos individuais de cada sujeito, reduzir-se-á o número de práticas abusivas contra a integridade individual, e dessa maneira será possível desfrutar de todas as possibilidades oferecidas pela rede na constante tentativa do ser humano

em significar a própria existência através do relacionamento com os demais seus semelhantes.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Patrica Martinez. **Direitos humanos e novas tecnologias**: a segurança digital como (novo) direito humano. Dissertação de mestrado. São Paulo: UNINOVE, 2014.
- ALMEIDA, Patricia Martinez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da *et al.* **Direito e Internet III**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. Pós-facio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- CASTELLS, Manuel, 1942. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 8ª. Ed. Niterói: Impetus, 2014.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã: livro I**. Trad. JP Monteiro et al. São Paulo: Abril Cultural. 1980.
- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: Ed. 34, 1999.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Volume II. 30ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?.** Barcelona: Gedisa, 2003.

A CRIMINALIDADE ECONÔMICA E O SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO: ESCORÇO CRÍTICO ACERCA DO DELITO DE MANUTENÇÃO NO EXTERIOR DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO CONTEXTO DA GUERRA CONTRA A CRIMINALIDADE DOURADA

Ítalo Menezes Rabelo¹

Maricy Ribeiro Fideles Rocha²

1. INTRODUÇÃO

A lei nº. 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, dispõe em seu artigo 22 que configura crime “efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País”. O parágrafo único do mesmo artigo disciplina ainda que, “quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente” também incorre na mesma pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, estabelecida para a conduta descrita no caput.

Tal dispositivo é popularmente denominado como crime de evasão de divisas, embora descreva em seu conteúdo, na verdade, três tipos penais diversos e que não se confundem³. O primeiro, descrito no caput do artigo 22, trata-se do crime de “realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país”.

O segundo, localizado por sua vez na primeira parte do parágrafo único,

1. Mestrando em Ciências Criminas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; Bolsista integral vinculado à CAPES. Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu – IDPEE, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – LFG/SP. Advogado.
2. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Especialista em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e Instituto *Ius Gentium Conimbrigae – IGC* – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada.
3. CAVALI, Marcelo Costenaro. **Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na AP n 470**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 22, n. 106, jan./fev. 2014. p. 232.

trata-se do crime identificado como “evasão de moeda ou divisa para o exterior sem autorização legal”. O terceiro, descrito na última parte do parágrafo único, trata-se do crime de “manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente”.

Desde então, o delito denominado “evasão de divisas” figura no ordenamento jurídico brasileiro como meio de evitar a saída de valores da unidade territorial brasileira sem a devida autorização legal, de modo a controlar o fluxo cambial e preservar a higidez financeira do país. Contudo, desde a sua criação, a lei nº. 7.492/86 é cercada de questionamentos que envolvem os defeitos de sua concepção e os seus respectivos efeitos, e mais recentemente a sua (des)necessidade no contexto econômico contemporâneo.

Conforme leciona Marina Pinhão Coelho Araújo⁴, “é indiscutível que a Lei 7.492/1986 nasceu em meio à grande controvérsia sobre sua efetividade e qualidade das proposições penais”, pois o país, em dado contexto de criação, necessitava de regulamentação do seu mercado financeiro, e tal norma foi sancionada com a promessa de posterior e breve substituição por instrumento normativo aperfeiçoado, fato que por si só é capaz de atestar a sua deficiência, seu “defeito de fábrica”.

Contudo, após mais de 30 (trinta) anos de sua promulgação, a referida lei continua em vigência e, lamentavelmente, vem sendo utilizada a todo custo para a imputação de crimes em diversas ações penais de grande repercussão, a exemplo da emblemática Apn 470, além de servir como pano de fundo em uma cruzada contra a criminalidade dourada.

Sabe-se, contudo, que desde a promulgação da aludida codificação o contexto econômico-financeiro do país sofreu profundas transformações, e junto dele transmudou-se também o contexto constitucional. É certo que tal fato altera – ou deveria alterar – sobremaneira a leitura das leis já existentes em um cenário antecedente a constituição de 1988, sobretudo as leis penais ou aquelas que de qualquer forma influenciem na limitação de direitos e garantias fundamentais, a exemplo dos tipos penais criados pela Lei nº. 7.492/86, como a evasão de divisas.

Para Marcelo Costenaro Cavali⁵⁻⁶, “não só os fundamentos constitucio-

4. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **O crime de evasão de divisas e a relevância penal da manutenção de valores no exterior**. Boletim Ibccrim. nº 242 – Janeiro/2013. p. 2.

5.

6. CAVALI, Marcelo Costenaro. **Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na AP n 470**. Op. Cit. p. 233.

nais que embasam o direito penal protetor do Sistema Financeiro Nacional se modificaram”, pois, em maior ou menor medida, o próprio Sistema Financeiro Nacional se modificou de forma patente, fato que exige uma releitura das normas penais relacionadas. Faz-se imprescindível, portanto, uma análise mais acurada acerca da nova dinâmica do sistema penal, que atualmente se encontra no centro de uma “guerra” contra corrupção e os diversos tipos penais a ela afetos, bem como acerca das formas de intervenção penal diante do cenário democrático pós Constituição.

Em tempos em que o processo penal tornou-se palco para espetáculos, experimenta-se uma espécie de caças às bruxas, onde a devassa provocada nas vidas de cidadãos importa menos que o show proporcionado. Por isso, importante se faz demonstrar os perigos decorrentes do avanço, no sistema penal, de concepções neoinquisitoriais que confirmam a ideologia da defesa social, e materializam-se na mitigação de garantias individuais em detrimento do interesse público⁷.

Tais concepções utilizam-se da subversão de categorias como “a velocidade” no processo, e pautam-se na “busca da verdade” e na “relativização das nulidades”, sempre com o escopo de motivar e legitimar decisionismos e arbítrios perpetrados pelos atores que deveriam portar-se com imparcialidade durante o processo penal, de modo a atuar com respaldo na legalidade estrita e, sobretudo, como garantidores de direitos fundamentais do sujeito passivo⁸.

Portanto, é deste contexto que se extrai a necessidade de uma abordagem crítica acerca do tratamento jurídico penal dispensado ao crime de evasão de divisas, especialmente quanto ao delito de manutenção no exterior de depósitos não declarados, no palco de combate à criminalidade econômica experimentado no sistema penal brasileiro.

2. O CONTEXTO DE CONCEPÇÃO DO DELITO DE EVASÃO DE DIVISAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antes da regulamentação do Sistema Financeiro Nacional por meio da lei nº. 7.492/86, vigia no ordenamento jurídico brasileiro tão somente a lei nº. 1.521/51, que disciplinava os crimes contra a economia popular e

7. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Alguns perigos do Constitucionalismo Contemporâneo no Processo Penal**. Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal, nº. 75 – ago-set/2012. v. 1, p. 34-53, 2012. p. 48.

8. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. OPEL JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 259.

criminalizava condutas que atentassem contra a ordem financeira. Algumas destas condutas posteriormente foram absorvidas pela lei mais atual⁹.

Após diversas transformações no cenário da política cambial brasileira ocorridas desde a década de 70, influenciadas principalmente pela primeira e segunda crises do petróleo e consequente ajustamento externo das contas, além do desequilíbrio da balança comercial e tentativa de estabilização fiscal por meio da execução de estratégias financeiras, a exemplo dos planos econômicos Cruzado, Cruzado II e Verão (1986, 1987 e 1989, respectivamente), a economia brasileira vivenciou o fechamento para o capital externo e só posteriormente, ao fim da década de 80, uma abertura paulatina da economia nacional¹⁰.

Com a inserção da indústria brasileira no mercado internacional, o contexto econômico começou a alterar-se e a economia brasileira experimentou alguns efeitos, como o aumento da oferta de moeda estrangeira em terras brasileiras. Segundo Feldens e Schmidt¹¹, “os rumos da economia em processo de globalização, outrossim, exigiam que os bancos centrais deixassem de desempenhar um controle cambial *a priori*”, no intento de proporcionar uma ampla liberdade de transações internacionais, desburocratizando as negociações.

Embora houvesse a necessidade de derrubar as barreiras burocráticas existentes, a exemplo da autorização expressa para algumas operações cambiais de grande porte¹², era importante que o incentivado fluxo de câmbio estrangeiro no Brasil fosse de alguma forma registrado. Por isso, A criação dos SISBACEN tratou-se de um passo decisivo para o rompimento de algumas restrições, a medida que as transações internacionais passaram a contar com um registro formal obrigatório, com capacidade de identificar as partes envolvidas na transação, a origem e o destino dos valores¹³.

Conforme Feldens e Schmidt¹⁴, diversos foram as medidas financeiras e intervenções econômicas utilizadas como forma de regulamentar e manter dentro de uma margem controlável essa tendência de liberalização para circulação de capital estrangeiro no país, já que viveu-se um período de controle

9. BITENCOURT, Cezar Roberto. BRENDA, Juliana. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 280.

10. FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenker. **O delito de evasão de divisas 20 anos depois: Sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira**. In Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus – n. 08, ano 04, 2006.2. p. 13 – 14.

11. Id. p. 13 – 14.

12. Id. p. 14.

13. Id. Ibidem.

14. Id. p. 15.

tanto formal (controle das taxas de câmbio pelo BACEN) como substancial (a partir da limitação da compra e venda de dólares e autorização prévia para negócios) das operações de câmbio.

Em um cenário de constantes mudanças, naturalmente houveram reflexos significativos na forma e limite de atuação estatal na repressão penal das condutas afetas à remessa de valores para o exterior e a na manutenção de valores no exterior por brasileiros, notadamente quanto à tutela penal desempenhada pela lei nº. 7.492/86 e seu artigo 22¹⁵ que, diante disso, exige uma releitura constitucionalizada.

Portanto, além do próprio Sistema Financeiro, objeto de proteção, ter sofrido profundas alterações neste interregno, modificou-se até mesmo os fundamentos constitucionais nos quais o direito penal protetor do Sistema Financeiro Nacional é calcado, “o que impõe uma releitura das normas penais relacionadas”¹⁶.

2.1. ASPECTOS DOGMÁTICOS DO DELITO EVASÃO DE DIVISAS E SUAS ESPÉCIES

Diante do contexto de promulgação da lei nº. 7.492/86, onde o buscava-se equilibrar de um lado o incentivo para entrada de capital estrangeiro na economia brasileira a partir de um processo de desburocratizações, e de outro o controle desse fluxo cambial, o bem jurídico das três figuras típicas disciplinadas no art. 22 e parágrafo, relacionam-se à necessidade de garantir que os órgãos do sistema financeiro nacional mantenham o controle “de operações de câmbio que objetivam remeter divisas ao exterior sem o controle do SISBACEN”¹⁷, com o fim de garantir a execução da política cambial.

Importante destacar que há divergências quanto a definição do bem jurídico tutelado pelo crime de manutenção de depósitos no exterior sem declaração às autoridades brasileiras, a exemplo da posição de José Carlos Tórtima, para quem a objetividade jurídica é a proteção das “reservas cambiais do País, aí compreendidos os recursos em moedas estrangeiras conversíveis, oficialmente em mãos de residentes no Brasil”¹⁸. Contudo, grande parte dos

15. Id. Ibidem.

16. CAVALI, Marcelo Costenaro. **Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na AP n 470**. Op. Cit. p. 233.

17. Id. p. 280 – 281.

18. TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

estudiosos da temática consideram que mesmo a figura típica localizada na segunda parte do parágrafo tem como bem jurídico, em uma perspectiva mais ampla, a regular execução da política cambial, assim como os outros tipos penais dispostos no caput e na primeira parte do parágrafo¹⁹.

A lei n. 7.492/86 dispõe em seu art. 22 que configura crime contra o sistema financeiro nacional efetuar operação de câmbio não autorizada com o fim de promover a *evasão* de divisas do território nacional, onde nota-se que a figura típica cinge-se tão somente à saída de moeda ou divisa. Logo, o dispositivo se faz indiferente à entrada de divisas no país e, portanto, deixa de atribuir qualquer repercussão penal para tal conduta.

Todos as espécies do delito de evasão de divisas tratam-se de normas penais em branco, pois necessitam de outras normas jurídicas para complementá-las. Logo, em razão de seu conteúdo ser incompleto ou mesmo impreciso, as normas penais em branco dependem de uma norma complementar para concluir a configuração da própria conduta típica²⁰.

As elementares especiais de antijuridicidade existentes nos delitos descritos no art. 22, quais sejam: “não autorizada”, presente no caput, “sem autorização legal”, presente na 1ª parte do parágrafo único, e “repartição federal competente”, na parte final do parágrafo, indicam de forma clara que tais figuras típicas necessitam imprescindivelmente da existência de outras normas jurídicas para que seu conteúdo se complete e que, neste caso, trata-se de normas administrativas editadas pelo BACEN²¹.

A respeito disto, afirma Márcio Ferro Catapani²² que a formulação dos

19. Neste sentido, Bitencourt e Breda: “A nosso juízo [...] o objeto jurídico tutelado por essa figura de evasão de divisas é o equilíbrio e o controle das reservas cambiais, representadas pelo estoque em moedas estrangeiras conversíveis, oficialmente em mãos de residentes no Brasil, bem como em títulos conversíveis nessas moedas” (in BITENCOURT, Cezar Roberto. BREDA, Juliana. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. Op. Cit. p. 318.) e Schmidt e Feldens: “A forma delitiva da segunda parte do parágrafo único igualmente visa à proteção da regular execução da política cambial, uma vez certo que depósitos titulados no exterior constituem-se como um passivo cambial. Ou seja, na expectativa de que um dia retornarão ao País, esses depósitos exigirão ser contraprestacionados em moeda nacional. Mais especificamente, o controle exercido pelo BACEN sobre depósitos no exterior tem por objetivo mapear o quadro dos capitais brasileiros no exterior e conhecer a composição do passivo externo líquido do País, dados esses convenientes e necessários à boa formação da política cambial brasileira, sendo essa a finalidade protetiva da norma” (in FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O crime de evasão de divisas: A Tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 178.)
20. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva. 2012. p. 199.
21. FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O crime de evasão de divisas: A Tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira**. Op. Cit. p. 155.
22. CATAPANI, Márcio Ferro. **Apontamentos sobre crime de manutenção de depósitos no exterior sem declaração às autoridades brasileira**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 102, (jun. 2013), p. 221-239. p. 222.

três tipos penais do art. 22 da Lei 7.492/1986, exigem a ocorrência de um ilícito administrativo para que reste verificada a tipicidade, por isso, “a operação de câmbio deve ser ‘não autorizada’, a remessa de moeda ou divisas para o exterior há de ocorrer ‘sem autorização legal’ e, no que tange aos depósitos, deve existir um dever jurídico de declará-los que possa ser descumprido”.

Embora o texto da última parte do parágrafo único possa sugerir tratar-se de uma conduta omissiva, em razão da necessidade de *deixar de prestar* informações a autoridade competente, todos os tipos penais do art. 22 tratam-se de crimes comissivos. Ademais, tratam-se de crimes comuns, cometidos por qualquer indivíduo, pois não são exigidas nenhuma condição particular para o agente ativo²³, que pode ser pessoa física ou jurídica, mesmo que não sejam aquelas que realizam as operações de câmbio, por força do disposto no art. 1º, inciso I, da Lei 7.492/86.

Tal conclusão tem supedâneo no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, expresso no julgamento do habeas corpus nº. 9281/PR, oportunidade na qual se afirmou que as pessoas jurídicas que realizam operações de câmbio “equiparam-se, pelo art. 1º, inc. I, da Lei nº 7.492/86, e para os efeitos da lei, às instituições financeiras”, e que o delito do art. 22 da Lei nº 7.492/86, trata-se crime comum “e sujeita todo agente que faça operação de câmbio não autorizada, visando à evasão de divisas”²⁴.

No que se refere ao sujeito ativo, muito embora *in caso* não seja possível a responsabilização da pessoa jurídica, são responsabilizados pelo delito descrito no *caput* tanto o beneficiário quanto o doleiro que, de comum acordo, efetuem a operação de câmbio no intento de enviar as divisas para o exterior²⁵. Tal é o exemplo do sistema dólar-cabo, no qual o beneficiário “interessado em remeter dinheiro para o exterior repassa os recursos para um doleiro no Brasil” e, na mesma ocasião, o doleiro efetua um “depósito correspondente na conta indicada pelo interessado no exterior”, segundo explica Thiago Botino do Amaral²⁶. A União é o sujeito passivo do delito, uma vez que monopoliza

23. PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado**. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 217.
24. STJ. RHC 9281/PR. Relator Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgamento 13/09/2000. Publicação 30/10/2000.
25. FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O delito de evasão de divisas 20 anos depois: Sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira**. Op. cit. 18.
26. AMARAL, Thiago Bottino do. **Direito penal econômico**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2010. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito_penal_economico_2015-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017. p. 32.

o controle do fluxo cambial por intermédio do BACEN²⁷.

2.1.1. Escorço crítico acerca da constitucionalidade do delito de manutenção no exterior de depósitos não declarados

O delito de evasão de divisas trata-se de figura jurídica que claramente se apropria do discurso punitivo como forma de possibilitar que a política cambial não corra o risco de ser prejudicada por um cenário de incerteza e fluidez no que se refere as reservas cambiais do Brasil. Por isso, decidiu o legislador criminalizar, na última parte do parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.492/86, a conduta de manter no exterior depósitos não declarados à repartição federal competente.

Seu conteúdo tem sido esvaziado com o passar das décadas, e desde a sua concepção a legislação protetiva do Sistema Financeiro Nacional tem recebido críticas que tocam à sua própria (i)legitimidade material, que expõe de forma escancarada a desconsideração do caráter fragmentário do direito penal.

Para Ricardo Pieri Nunes²⁸, trata-se de tipo penal que é resultado de uma visão ultrapassada sobre conceitos econômicos subjacentes a elementos que integram a norma penal incriminadora e que indica um “anacronismo vigente”. Tais críticas cabem de forma mais acentuada em relação aos tipos penais afetos aos delitos de evasão de divisas, à medida que fazem da *última ratio* o “braço armado de uma política econômica”. É que, quaisquer políticas de governo, “sejam elas econômicas, sociais ou culturais, emergenciais ou não, jamais podem ser implementadas pela via penal, ao menos num Estado que pretenda autodenominar-se democrático e de direito”²⁹.

Não bastasse ter que recorrer ao direito penal para cumprir a agenda de uma política econômica, o referido dispositivo trata-se de norma penal em branco, fato que expõe sem qualquer timidez a faceta sombria da intervenção punitiva *in caso*. Como se apenas quadro branco rabiscado fosse, o anacronismo do delito de manutenção de divisas no exterior não permite que mesmo a mais tosca e zombeteira análise em uma perspectiva artística lhe atribua algum traço de contemporaneidade.

É que a opção legislativa pela utilização do direito penal neste caso revela completa desconsideração das graves consequências do *ius puniendi* na vida

27. FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O delito de evasão de divisas 20 anos depois**: Sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira. Op. cit. p. 18.

28. NUNES, Ricardo Pieri. **Evasão de divisas?** Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo, n. 62, p. 134-177, nov./dez. 2006. p. 2.

29. Id. p. 2.

dos cidadãos, mormente se analisado com vistas ao fato de que a norma integradora do tipo penal jamais foi editada formalmente, pois sequer existe lei complementar, conforme exigido pelo art. 192 da Constituição Federal, capaz de integrar o sentido do tipo penal, definindo a elementar normativa “depósitos não declarados à repartição federal competente”³⁰.

Diante disso, tal desígnio foi atribuído a órgãos públicos que, por via de atos administrativos, regulamentam as atividades cambiais e movimentações financeiras pertinentes à saída de divisas do território nacional e manutenção de valores no exterior, a exemplo da Circular/BACEN n. 3.071, que somente em 2001 regulamentou a declaração de depósitos mantidos por brasileiros no exterior, embora desde 1969 já houvesse a exigência legal de declarar tais valores ao BACEN, conforme disciplinava o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.060³¹.

Ocorre que tais atos administrativos em razão de sua posição inferior em relação às leis complementares na hierarquia das normas – estas últimas sim autorizadas pela Carta Constitucional para atuarem como integradoras dos tipos penais nos crimes contra a Sistema Financeiro Nacional – , não possuem idoneidade para tanto, conforme afirma Bitencourt, que pontua ainda que as Circulares, os Regulamentos, as Resoluções e as Portarias, “invariavelmente invocados pelo Ministério Público Federal para promover a ‘integração’ da norma penal em branco contida no dispositivo penal *sub examen*, não têm idoneidade para completar esse tipo penal”³².

Explica-se. A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar em seu capítulo IX do título VII o Sistema Financeiro Nacional, dispõe que este será regulado por leis complementares³³. Antes de ser disciplinado pela Constituição da República vigente, o Sistema Financeiro Nacional foi instituído e disciplinado pela lei n. 4.595/64, chamada “lei da reforma bancária”, que instituiu também o Conselho Monetário Nacional – CMN e foi recepcionada em parte, com caráter de lei complementar, quando do advento da Carta Constitucional de 1988.

Portanto, o Sistema Financeiro Nacional continua disciplinado, no

30. BITENCOURT, Cezar Roberto. BREDA, Juliana. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. Op. Cit. p. 310.

31. Id. p. 310.

32. Id. Ibidem.

33. Art. 192, CF: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

que não contrariar as disposições constitucionais, pela lei n. 4.595/64. Na sistemática da referida legislação, o CMN, como órgão máximo no sistema financeiro nacional, titularizou a função normativa e de toda forma deliberativa acerca do funcionamento das instituições financeiras. O Banco Central do Brasil, por sua vez, controla, fiscaliza e regula a atividade das instituições financeiras³⁴.

Ocorre que, a partir da adoção pela Carta da República do princípio da reserva legal, estampado no art. 5º, II, atribuiu-se o Congresso Nacional a competência exclusiva para legislar a respeito de matéria afeta ao Sistema Financeiro Nacional (art. 48, XIII), incompatibilidade que provocou, por consequência, a “não recepção” dos dispositivos da lei n. 4.595/64 que delegavam ao CMN e ao BACEN a competência para controle das instituições financeiras e suas respectivas operações³⁵.

Com efeito, uma vez que as normas integradoras da norma penal em branco foram criadas por atos administrativos de órgãos que, diante do atual cenário constitucional, não possuem competência para legislar em matéria relacionada ao Sistema Financeiro Nacional, resta claro que tais normas são inidôneas para integrar o sentido do tipo penal³⁶.

Esta flagrante inconstitucionalidade expõe uma das facetas mais vis do anacronismo da lei n.º. 7.492/86, traduzida na total falta de revisão e desleixo da atividade legislativa pós promulgação da aludida codificação. Sobretudo em se tratando de uma norma que, além de fazer do direito penal o “braço armado de uma política econômica”³⁷, conta com o ranço punitivista que avança sempre mais no sistema penal, e acentua o ritmo de recrudescimento dos aparelhos punitivos.

3. CRIMINALIDADE ECONÔMICA E O SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO

A crescente onda punitiva que tem se instalado no seio social, inegavelmente influencia na dinâmica de relacionamento entre os indivíduos e o sistema penal. Categorias como velocidade e impunidade acabam por ser os parâmetros de atuação do sistema de justiça e, nesta equação, direitos e

34. BITENCOURT, Cezar Roberto. BRENDA, Juliana. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. Op. Cit. p. 310.

35. Id. p. 312.

36. Id. p. 310.

37. NUNES, Ricardo Pieri. **Evasão de divisas?** Op. Cit. p. 2.

garantias são diminuídos e resultam na crescente multiplicação dos números do sistema carcerário.

O discurso de emergência, recorrente instrumento de legitimação do poder punitivo³⁸, é um dos principais ensejadores do crescimento dos arbítrios perpetrados no âmbito do sistema penal, que se desvela tanto em codificações de caráter repressivo e que necessitam de imperiosas leituras constitucionalizadas, como na mitigação dos mais mezinhos direitos do cidadão submetido à investigação criminal.

E engana-se quem acha (ou quem é convicto) que o discurso de insegurança e alarde social se volta apenas aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, ou ainda aos tipos penais originários da guerra às drogas, como o são aqueles praticados pela já conhecida clientela que se amontoa nos presídios brasileiros, apenados em grande parte pela prática de roubo, homicídio, latrocínio e tráfico de entorpecentes.

O furor punitivo também alcança a criminalidade dourada, e os chamados “criminosos de colarinho branco” passaram a elencar o rol de inimigos selecionados por setores sociais que exigem cada vez mais o recrudescimento dos aparelhos punitivos, em clara manifestação de um movimento de punição “mais à esquerda”³⁹. Contudo, a construção desta tendência punitiva à esquerda não é nada mais que outra faceta da crença punitiva tradicional que “traz consigo o enfraquecimento dos direitos fundamentais”⁴⁰.

3.1. A POSIÇÃO DO JULGADOR ENTRE A CRIMINALIDADE ECONÔMICA E O PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO

No auge de operações policiais e ações penais como a “lava a jato”, a criminalidade econômica encontra-se no centro de uma cruzada contra a corrupção e os delitos a ela afetos. A sociedade volta as suas atenções para os próximos acontecimentos que, curiosamente, recebem cobertura completa da mídia, sempre sedenta por novas informações, que de preferência noticiem uma nova prisão ou coerção. Expõe-se, neste cenário, uma nova cultura de controle do delito que busca surpreender os almejados padrões atuais que

38. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**; tradução Sérgio Lamarão. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 26

39. KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 1, nº 1, 1996. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia – Relume Dumará, 1996.

40. AMARAL, Augusto Jobim Do. ROSA, Alexandre Moraes da. **A cultura da punição: a ostentação do horror**. Op. Cit. p. 11-12.

continuamente resignificam a importância simbólica do campo penal, e transformam “o modo de pensar e atuar dos agentes penais frente ao delito”⁴¹.

Nesta toada, importante reflexão deve ser feita no que toca à influência da opinião pública na dinâmica entre o sistema penal e os cidadãos, relação que necessariamente transpassa pela análise do corpo que opera esse sistema e a sua busca pela satisfação do interesse coletivo em detrimento do respeito à direitos e garantias fundamentais. Como pontua Rubens Casara, não há espaço para garantir direitos fundamentais no processo penal voltado ao espetáculo, pois a dimensão de garantia, inerente a ideia de um processo penal democrático, cede lugar ao discurso dirigido pelo juiz e construído para satisfazer às “maiorias de ocasião, forjadas pelos meios de comunicação de massa, em detrimento da função contramajoritária de concretizar os direitos fundamentais”⁴².

Evidencia-se a imprescindibilidade de uma posição ativa do juiz em face de violações ou ameaças de lesão a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, pois não pode o juiz “permanecer num estado de inércia ou de indiferença” ante ao exercício arbitrário do poder punitivo, “ou mesmo admitir que o legislador infraconstitucional se interponha indevidamente entre ele e a Constituição”⁴³.

É com supedâneo em um ideal de atuação independente e consentâneo com o modelo garantista que Alberto Silva Franco afirma com acerto que o Poder Judiciário não é, nem pode ser “um poder fundado sobre a maioria política, porque a sua missão constitucional é a de velar pelos direitos fundamentais de todos e de cada um ainda que tenha de posicionar-se contra a maioria”⁴⁴.

Nem se diga que a atuação do juiz que extrapola os limites inerentes a sua posição de julgador na estrutura processual corrompe o sistema de garantias do processo penal, este que é concretizado, dentre outros princípios, pela imprescindibilidade do contraditório judicial e pela garantia de um juiz imparcial, logo, distante da incômoda situação provocada pela figura do árbitro que possui o domínio pleno das premissas, de modo a conduzir o resultado para onde quiser⁴⁵.

41. Id. p. 11-12.

42. CASARA, Rubens. **Processo penal do espetáculo**. In Justificando. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>. Acesso em: 18 de out. de 2016.

43. FRANCO, Alberto Silva. **O juiz e o modelo garantista**. Boletim IBCCRIM n. 56. jul/1997. Disponível em: <www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 15 de out. 2016. p. 1.

44. Id. p. 2.

45. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório**: Cada parte do lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. pág. 103.

Essa temerosa tendência decorre de um cenário onde concepções autoritárias flertam com a imagem do “bom juiz” e, diante do juiz-faz-tudo⁴⁶, até as instituições de justiça encarregadas da persecução criminal, como Ministério Público e a Polícia, têm sido colocadas em posições subsidiárias nas funções que lhe são ínsitas. Mesmo decorridos 28 (vinte e oito) anos da promulgação da Carta Constitucional que demarcou a função das partes no processo penal, o cenário indica que não houve completa superação do sistema processual inquisitório.

É que tal panorama revela profundos traços do sistema inquisitorial, cuja estrutura é dominada pela busca da verdade e pela prevalência do interesse público sobre garantias da pessoa do acusado⁴⁷, de modo a robustecer o ideal de defesa social. Nesta senda é que fica(ria) a carga do juiz assegurar que garantias não sejam violadas, como forma de buscar o equilíbrio dos interesses dos atores processuais envolvidos na persecução criminal.

No espetáculo do processo penal, a “busca da verdade” entra em cena como um dos valores principais⁴⁸, e é exatamente o seu protagonismo neste enredo que revela profundos traços do sistema inquisitório, onde o arguido é furtado de seus direitos e está sujeito ao poder do juiz que, sem a independência necessária a um julgamento imparcial, torna-se, a um só tempo, juiz e acusador⁴⁹.

Contudo, a “verdade real” tão almejada “não é mais do que a submissão do acusado aos desígnios do poder”⁵⁰. Como afirma Salah Khaled Jr., “quando o poder invade o saber e elimina o contraditório não se obtém qualquer verdade e, muito menos, a chamada ‘verdade real’”, pois nesses casos, somente é possível obter aquilo que é imposto pelo juiz de forma arbitrária, de modo a configurar verdadeira submissão criminal⁵¹.

É passada a hora de superar a busca da verdade real no processo penal, pois a “ambiçãõ da verdade”⁵² já não pode ocupar espaço na dimensão de garantia. Não sem motivos que há muito já alertava Francesco Canelutti⁵³

46. Id. Ibidem.

47. SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**, I Vol., 3.ª ed., Revista e actualizada, Lisboa: Editorial VERBO, 1996. pág. 55.

48. CASARA, Rubens. **Processo penal do espetáculo**. Op. Cit. pág. 1.

49. SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. Op. Cit. pág. 55.

50. KHALED JR, Salah H. **O sistema processual penal brasileiro**. Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010. pág. 306.

51. Id. Pág. 305

52. KHALED JR, Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**. Salvador: JusPodium, 2009.

53. CARNELUTTI, Francesco. **Verdade Dúvida e Certeza**. Traduzido por Eduardo Cambi. In: GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, n. 9, julho-setembro 1998, páginas, 1998. pág.1.

que o homem jamais alcançará a verdade.

Por isso, total razão assiste à Aury Lopes Jr.⁵⁴ quando afirma que “é preciso pensar em um processo liberto do peso da verdade”, que tenha o contraditório como base de construção das decisões penais, com respeito às regras do jogo e cuja “verdade” tenha sua demarcação na licitude da prova produzida, pois ela (a verdade) é contingencial e não fundante.

3.2. A EVASÃO DE DIVISAS NO CONTEXTO DA GUERRA CONTRA A CRIMINALIDADE DOURADA: OS CRIMES ECONÔMICOS NO ALVO DA CULTURA DA PUNIÇÃO

Grande esquema criminoso. Paraíso fiscal. Megaoperação. Indiciamento. Prisão. Figuras carimbadas nas manchetes nacionais, estes são alguns dos termos utilizados diuturnamente nos telejornais, revistas e reportagens em portais digitais como ferramenta de aguçamento da curiosidade social. E o público não tarda em querer saber qual o alvo da vez, a que partido pertence, qual segmento ideológico defende, quais seus hábitos e estilo de vida.

Tudo isso unido e fomentado por um fator em comum: a guerra contra a criminalidade dourada. Entre investigações, conduções, delações e convicções, os agentes da persecução penal têm como carros-chefes os delitos de lavagem de dinheiro, associação criminosa, corrupção e evasão de divisas, que invariavelmente estão presentes em cada uma das diversas fases investigatórias, com os respectivos nomes criativamente atribuídos.

A exploração do delito de manutenção no exterior de depósitos não declarados pelos agentes da persecução penal e conseqüentemente pela grande mídia, ainda que a partir de denúncias vazias, incita no imaginário da população o sentimento de que aqueles indivíduos de castas mais abastadas, jamais antes atingidos ou ameaçados de sofrer quaisquer sanções por parte do Estado, agora passam a encorpar os números do sistema carcerário.

O sentimento de regozijo, porém, é mais acentuado pelo fato de estes indivíduos serem beneficiários de grandes quantias. E diante da mais fugaz notícia de irregularidade econômica, a exemplo da descoberta de contas bancárias em paraísos fiscais, tais quantias passam automaticamente a serem consideradas fruto de algum outro delito. Os titulares, por sua vez, passam a ser denominados como saqueadores dos cofres públicos, institivamente apontados como

54. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal* – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. págs. 118 – 119.

legítimos responsáveis por todas as misérias que assolam a sociedade, principalmente a parcela representada pelo público acrítico dos programas de TV.

Após julgados e condenados pelo tribunal de rua, não basta que sejam devolvidas as vultuosas quantias: O ritual de purificação só se conclui pelo encarceramento, de preferência por longos períodos e nas piores condições de “alojamento”.

Decerto que tal cenário é resultado da equivocada escolha, por parte do legislador pátrio, do direito penal como mantenedor de uma política econômica. Esse contexto de criação normativa, porém, é de total desconhecimento da sociedade em geral, que consome sem reflexão o discurso punitivista difundido na grande mídia, reproduz e retroalimenta a cultura de encarceramento e crença nas boas intenções do sistema punitivo.

A postura social positiva diante da criação de novos tipos penais, motivado em grande parte pelas informações lançadas na mídia que legitima o discurso punitivo, apenas fortalece o ideal de defesa social, baseado na sobreposição das majorias públicas sobre as minorias. E neste viés, imprescindível lembrar o questionamento feito por Nilo Batista⁵⁵, que ao tratar do processo de criminalização como forma de administração Estatal, provoca: “alguém se recorda da última vez em que a promulgação de uma lei criminalizante foi objeto de crítica pela imprensa?”.

No que toca à lei nº. 7.492/86 e o delito descrito na segunda parte do parágrafo único do seu art. 22, a criminalização então realizada é hoje, além de legitimada a partir do discurso de repressão e guerra aos crimes econômicos, também largamente utilizada em ações penais emblemáticas como a Apn 470, conhecida como o julgamento do mensalão, e a mais recente operação lava jato, que apesar dos holofotes e aplausos do tribunal midiático contemporâneo, remete ao aspecto antiquado e antidemocrático de atuação dos inquisidores da idade média.

Embora baseado na ideia de proteção de bens jurídicos, tal processo de criminalização não deixa de relacionar-se à proteção de um bem jurídico difuso, carente da mínima tangibilidade. Neste sentido, Marcelo Costenaro Cavali afirma que a proteção penal de bens jurídicos difusos não é ilegítima, “desde que sustentada por uma argumentação fundamentada em um juízo

55. BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. 2003. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 12 de fev. 2017. p. 5.

de proporcionalidade”⁵⁶.

Acerca da função do direito penal, Claus Roxin⁵⁷ afirma que “a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”. Resta claro, *in caso*, que tal legitimação foi visualizada na necessidade de tutela de uma política econômica, essa por sua vez lastreada no objetivo de garantir o controle do fluxo cambial.

Nem se perca de vista que o bem jurídico, enquanto elemento indicador da política criminal, é identificado ainda por seu caráter legitimador de toda intervenção penal, uma vez que só é legitimamente aceitável a intervenção consubstanciada no modelo de crime como ofensa a bens jurídicos⁵⁸.

Diante disso é que não se pode desconsiderar os inconvenientes de que tal processo criminalizante é carente de um bem jurídico com o mínimo de tangibilidade material e, sobretudo, da necessidade existente de complementação por meio de outras normas. Esta exigência de norma integradora do tipo penal, diga-se, atualmente é de caráter completamente anacrônico, principalmente ante o cenário pós Constituição de 1988.

Neste sentido é que, para Márcio Ferro Catapani, esta necessidade de integração do tipo penal inscrito na segunda parte do art. 22 da lei n. 7.492/86 com normas de outra natureza “dá ensejo a algumas reflexões sobre o real conteúdo de tal tipo penal, as quais têm significativa influência em processos criminais”⁵⁹.

Afora tais inconvenientes, outros questionamentos remanesceram a partir da apn 470, como a discussão relativa ao próprio momento de consumação do delito. Conforme Mariana Pinhão Coelho Araújo, o delito de manutenção no exterior de depósitos não declarados “não se consuma apenas com o depósito no exterior”, vez que “é preciso que não haja a informação à autoridade competente nos moldes delineados pela própria agência estatal, para só então ser digna de atenção das autoridades criminais”⁶⁰.

56. CAVALI, Marcelo Costenaro. **Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na AP n 470**. Op. Cit. p. 246.

57. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. Ed. Porto Alegre Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 11.

58. FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 44.

59. CATAPANI, Márcio Ferro. **Apontamentos sobre crime de manutenção de depósitos no exterior sem declaração às autoridades brasileira**. Op. Cit. p. 222.

60. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **O crime de evasão de divisas e a relevância penal da manutenção de valores no exterior**. Op. Cit. p. 2.

A autora⁶¹ contribui mais com a discussão, e pondera:

Bem, o marco penal da conduta seria o momento em que ela passa a ferir o Sistema Financeiro a ponto de se caracterizar a infração grave e intolerável à convivência pacífica da sociedade. O crime só estaria consumado a partir deste momento. Nesse sentido, é muito fácil perceber que o mero depósito no exterior não se caracterizaria como atentatório ao Sistema Financeiro brasileiro. É preciso que este valor não integre o montante brasileiro existente no exterior, flexibilizando o montante das reservas nacionais, o que só aconteceria a partir do não preenchimento dos formulários-modelo, na data aprazada pelo Banco Central.

Importante destacar que tal posicionamento tem supedâneo no que Luigi Ferrajoli⁶² convencionou chamar de “garantias penais substanciais”, que parte da concepção de que a configuração da conduta deve ser constituída pela lesividade, materialidade e culpabilidade. Lamentavelmente, porém, a prática dos tribunais revela certa resistência a uma leitura constitucionalizada das leis penais, restando cristalino a existência de um liminar entre a necessidade de garantias penais substanciais e o respeito a elas.

E em que pese o analisado tipo penal estar envolvido em tantos questionamentos e inconvenientes dogmáticos, que refletem no seu tratamento penal no bojo dos respectivos processos criminais, essa é mais uma conduta abraçada pela cultura do punitivismo que aumenta dia após dia a tensão existente entre os processos criminalizantes e a proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Não sem razão é que Nilo Batista⁶³ afirma que a própria ideia de pena é o novo credo criminológico da mídia, pois “antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos”, já que “todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas”.

Neste panorama, diversos são os expedientes utilizados por aqueles que fazem da norma mero instrumento de expressão de poder, e contribuem para um sistema penal que busca a punição para além limites legais, tornando o estado verdadeira máquina de encarceramento. Em verdade, trata-se de um processo de desumanização dos indivíduos eleitos como inimigos sociais, que passam a ser considerados indignos de qualquer tratamento de natureza inclusiva.

61. Id. *Ibidem*.

62. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 4ª Ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 425.

63. BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. p. 5.

Nada resta incólume: A imparcialidade, garantia mínima em um estado de direito, se perde. Na frenética busca pelo regozijo social, não há direito a presunção de inocência que resista, a punição e exposição do inimigo eleito torna-se o cego objetivo a ser alcançado e a justiça resume-se aos anseios da quase sempre totalitária consciência da opinião pública.

Por óbvio, a dinâmica dos atores processuais frente a sociedade sofre interferências que invariavelmente influenciam no grau efetivação das garantias do indivíduo sujeito à persecução penal. A correta aplicação da lei, nestes casos, é tida como convivência com o crime e o criminoso, fato que explica o motivo pelo qual o “garantismo” é tão injuriado atualmente. Neste sentido, alerta Nilo Batista:

A advocacia criminal constitui modalidade consentida de cumplicidade *ex post facto* com o delito; membros do Ministério Público vêem-se enaltecidos na razão direta do desprezo que tenham pela privacidade e outros direitos civis dos acusados; magistrados que levem a sério a tarefa de velar pelas garantias constitucionais e de conter o poder punitivo ilegal ou irracional são fracos e tolerantes (a tolerância já não é uma virtude, como supunha Locke).

Embora o cenário não seja de boas expectativas futuras, não deve ser admitido qualquer recuo na dimensão de garantias. Por derradeiro, é necessário destacar que o amadurecimento do sistema acusatório a partir da completa superação das práticas autoritárias necessita de posturas combativas por parte de todos os indivíduos que compõem o sistema de justiça.

Independentemente da parte ou polo processual a que se busca satisfazer a pretensão, o comprometimento com os valores democráticos e com o respeito às garantias processuais deve ser irrenunciável.

4. CONCLUSÃO

O delito de evasão de divisas, juntamente de um sem números de condutas abarcadas pela lei n. 7.492/86 e tipos penais afetos à criminalidade econômica, encontram-se no centro de uma guerra contra a corrupção e a criminalidade dourada. A necessidade de debate acerca da efetivação dos direitos fundamentais e da postura acrítica frente aos processos de criminalização tem máxima relevância na realidade vigente, onde um frenesi punitivo vem seduzindo a opinião pública que, cada vez mais alardeada por um discurso de emergência⁶⁴, torna-se a força legitimadora do poder punitivo.

64. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**; tradução Sérgio Lamarão. – 1. ed. – Rio de Janeiro:

Ocorre que a utilização da emergência como elemento legitimador da expansão punitiva ou da verticalização do poder social, de acordo com os dizeres de Eugênio Zaffaroni, “proporciona a base para criar um estado de paranoia coletiva que serve para aquele que opera o poder punitivo o exerça sem nenhum limite e contra quem lhe incomoda”⁶⁵. Neste cenário, formas e garantias são preteridos e dão lugar a arbitrariedades judiciais e violações de direitos fundamentais em forma de soluções legislativas.

Neste contexto é que a espetacularização do processo penal a que se assiste atualmente tem se mostrado um mecanismo de agitação social eficaz, e tem cumprido com rigor o papel de instigar o apoio popular às inovações legislativas voltadas ao “combate” da criminalidade.

No bojo destas legislações, a exemplo da supracitada, o legislador demonstra o afã de punir com desarrazoada severidade o inimigo selecionado, ainda que com o objetivo de franquear uma política econômica, relevando em seus dispositivos, com mais ou menos intensidade, a faceta da norma que se identifica como “luta” a determinada criminalidade.

Como bem pontuam Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr., não é mais admissível “continuar aceitando as novidades legislativas sem uma profunda reflexão de qual é o nosso papel (advogados, defensores, delegados, Ministério Público e magistratura), nem os efeitos que nossas posições podem engendrar no coletivo”⁶⁶.

Ao dissertar sobre a crença na bondade do poder punitivo, Salo de Carvalho alerta que tal comportamento define uma postura disforme dos sujeitos processuais, de modo a estabelecer situação de crise por meio da ampliação da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional, ao que se teria como reflexo concreto a “violação explícita ou a inversão do sentido garantista de interpretação e de aplicação das normas de direito e de processo penal, revigorando práticas autoritárias”⁶⁷.

É imprescindível que seja desfeita a ilusão da justiça imediata levada a cabo pela difusão dos discursos punitivos e pelas recorrentes violações do sistema de garantias, e que seja contida a fúria punitiva dos julgadores que

Revan, 2013. p. 26.

65. Id. Págs. 26 – 27.

66. LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal no limite**. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 57.

67. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008. p. 75.

buscam tão somente evitar a incômoda sensação de impunidade provocando o regozijo da sociedade com a punição⁶⁸.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim Do. ROSA, Alexandre Morais da. **A cultura da punição: a ostentação do horror**. 2ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **O crime de evasão de divisas e a relevância penal da manutenção de valores no exterior**. Boletim Ibccrim. nº. 242 – Janeiro/2013.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. 2003. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 12 de fev. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. BREDA, Juliana. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva. 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Verdade Dúvida e Certeza**. Traduzido por Eduardo Cambi. In: GENE-SIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, n. 9, julho-setembro 1998, páginas, 1998.

_____. **As misérias do processo penal**. – Campinas, SP: Servanda Editora. 2010.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008.

CASARA, Rubens. **Processo penal do espetáculo**. In Justificando. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>>. Acesso em: 18 de out. de 2016.

CAVALI, Marcelo Costenaro. **Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na AP n 470**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 22, n. 106, jan./fev. 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório**: Cada parte do lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. pág. 103.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenker. **O crime de evasão de divisas**: A Tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenker. **O delito de evasão de divisas 20 anos depois**: Sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira. In Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus – n. 08, ano 04, 2006.2.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 4ª Ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. **O juiz e o modelo garantista**. Boletim IBCCRIM n. 56. jul/1997. Disponível em: <www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 15 de out. 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Alguns perigos do Constitucionalismo Contemporâneo no Processo Penal**. Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal, nº. 75 – ago-set/2012. v. 1, p. 34-53, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. OPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 3º ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano I, nº 1, 1996. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia – Relume Dumará, 1996.

KHALED JR, Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**. Salvador: JusPodium, 2009.

_____. **O sistema processual penal brasileiro**. Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal no limite**. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. **Direito Processual Penal** – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Ricardo Pieri. **Evasão de divisas?** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 62, p. 134-177, nov./dez. 2006.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli – 2. Ed. Porto Alegre Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**, I Vol., 3.ª ed., Revista e atualizada, Lisboa: Editorial VERBO, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**; tradução Sérgio Lamarão. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013.

68. LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal no limite**. Op. Cit. págs. 55 – 56.

A DIMENSÃO AMBIENTAL DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Leatrice Faraco Daros¹

Letícia Albuquerque²

RESUMO: A pesquisa busca examinar a dimensão ambiental no panorama do direito penal internacional para a construção de um quadro jurídico no qual as graves degradações ambientais possam acarretar a responsabilidade criminal. Assim, utilizando-se o método indutivo e a pesquisa bibliográfica, o trabalho traçará os fundamentos do direito penal internacional, delineando os princípios, o conceito e a estrutura dos crimes, notadamente aqueles previstos no Estatuto de Roma. Na sequência, será analisado o potencial do direito penal internacional existente para dar origem à responsabilidade penal individual por danos ambientais. Finalmente, será esboçada a possibilidade de uma expansão do direito penal internacional para responder diretamente a situações de danos ambientais deliberados, apresentando as propostas de estabelecimento de uma categoria separada e distinta de crime ambiental dentro da estrutura do direito penal internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes Internacionais; Crimes Ambientais; Tribunal Penal Internacional; Estatuto De Roma.

1. INTRODUÇÃO

A abordagem do direito penal no campo internacional suscita dificuldades na própria nomenclatura deste ramo do direito. Nesse sentido, Carlos Eduardo A. Japiassú³ expõe a dificuldade de conciliar o dualismo das origens na denominação da matéria nos países de língua latina. No entanto, o inconveniente mais relevante diz respeito à falta de uma dogmática que possa embasar a teoria do delito nessa área, pois ainda encontra-se em fase de construção. Apesar da complexidade que uma nova matéria enfrenta – considerando-se que o desenvolvimento aconteceu somente a partir do século

1. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Integrante do Grupo de Pesquisa Observatório de Justiça Ecológica, cadastrado no CNPQ. Endereço eletrônico: leafdaros@yahoo.com.br
2. Professora Doutora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Observatório de Justiça Ecológica, cadastrado no CNPQ. Endereço eletrônico: let_albuquerque@yahoo.com.br
3. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. O direito penal internacional e os crimes internacionais. **Revista Interdisciplinar de Direito** – Faculdade de Direito de Valença. Juiz de Fora: Editar Editora Associada – v.9, 2012. p. 69-90.

XX, após as duas Guerras Mundiais – pretende-se traçar um panorama, ainda que provisório, tanto dos princípios como da estrutura dogmática, com base no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional em 17 de julho de 1998, o qual passou a vigorar em 1º de julho de 2002. Isso se mostra necessário para que, na sequência, possa-se debater sobre o enfoque que a questão ambiental pode apresentar nesse domínio.

Assim, em um primeiro momento, destaca-se a importância de se tratar dos dois principais sistemas de justiça criminal, aquele que advém da tradição da *common law* e o que procede da dogmática penal alemã, estabelecendo qual é a cultura jurídica hegemônica no direito penal internacional. Em continuidade, então, se abordará os princípios e a estrutura dos crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma (*core crimes*) para se analisar a potencialidade do direito penal internacional responsabilizar criminalmente os indivíduos por danos ambientais de grande monta. Com efeito, nota-se que os problemas relacionados com a degradação ambiental ganharam destaque global após a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, no ano de 1972. Essa relevância foi ampliada no atual cenário em que se enfrenta o aquecimento global e a própria possibilidade de extinção da vida na Terra em decorrência das transformações antrópicas. Dessa maneira, será apresentada a proposta de expansão do direito penal internacional para responder diretamente a situações de danos ambientais deliberados, com o estabelecimento de uma categoria separada e distinta de crime ambiental dentro da estrutura do direito penal internacional.

2. OS SISTEMAS DE JUSTIÇA CRIMINAL E A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Conforme pondera George P. Fletcher⁴, há uma mistura de influências dos sistemas da família da *common law* e da família romano-germânica no direito penal internacional, sendo que o modelo germânico se destaca na estruturação do direito penal na maioria dos países que adotam o sistema continental ou civilista (*civil law*). Fletcher também explica que essa influência da escola germânica acontece devido à abordagem extremamente acadêmica do assunto e as desenvolvidas teorias da estrutura interna das ofensas criminais.

Essa dogmática penal influenciada pelo pensamento alemão passou por

4. FLETCHER, George P. The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law. In: CASSESE, Antonio (org.). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009. [edição Kindle].

três fases de evolução, conforme a lição de Roxin. Na primeira, o direito penal estava fortemente ligado à religião, à moral e aos costumes⁵. A segunda fase (1962-1975) “[...] caracterizou-se pelo distanciamento da fundamentação filosófica e teológica do direito penal e pelo retorno a uma concepção secular e pragmática, como instrumento de domínio e controle social”⁶. Nesse período predominava a prevenção especial e o conceito de delito fundava-se em necessidades sociais, sendo que a tarefa do direito penal era oferecer uma proteção subsidiária dos bens jurídicos. Na terceira fase, há o predomínio de uma orientação preventiva geral, preocupada com a proteção da coletividade, onde se observa o surgimento dos delitos ambientais, entre outros de caráter difuso⁷. Conforme assinala Carla Veríssimo de Carli:

O relevo à orientação preventiva geral conduz a um crescimento do direito penal a todos os âmbitos socialmente relevantes, situação que também pode ser relacionada com a emergência da sociedade de risco, muito bem descrita por Ulrich Beck (1986).⁸

Na tradição romano-germânica da dogmática penal, derivada da doutrina alemã, a teoria do delito se caracteriza como um sistema tripartido, no qual se distinguem: o fato típico, a antijuridicidade, e a culpabilidade. A família jurídica da *common law* e os países francófonos, por sua vez, utilizam o sistema bipartido, no qual o delito é dividido em dois elementos: o aspecto externo da conduta (denominado *actus reus* na *common law* e *élément matériel* na França), e o aspecto interno ou elemento subjetivo (chamado de *mens rea* na *common law* e de *élément moral* na França), sendo que deve haver a união desses dois elementos para caracterização do delito⁹. “A expressão latina para isso é *actus non facit reus nisi mens sit rea*, ou ‘não haverá responsabilidade criminal sem que se conjuguem a conduta externa e o estado mental’”¹⁰.

A diferença fundamental, com relação ao sistema alemão, na atribuição do delito reside no chamado estado mental (*mens rea*). Dessa maneira, como explica Carla Veríssimo de Carli, “[...] no sistema da *Common Law* os termos

5. DE CARLI, Carla Veríssimo. Gramática do Direito Internacional Penal: as Linguagens do Crime e da Punição. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42767>>. Acesso em: 20 jul. 2015, p. 6.

6. Id. Ibid., p. 6.

7. DE CARLI, Carla Veríssimo. Gramática do Direito Internacional Penal: as Linguagens do Crime e da Punição. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42767>>. Acesso em: 20 jul. 2015, p. 7.

8. Id. Ibid., p. 7.

9. Id. Ibid.

10. Id. Ibid., p. 15.

culpabilidade e *mens rea* são interpretados de forma a implicar que, se o autor tiver o estado mental adequado, ele poderá ser considerado responsável por sua ação, chamada de *actus reus*¹¹, sendo que a questão reside na possibilidade de uma responsabilização de forma justa, por ter cometido o ato ilícito, independente do que estivesse na consciência do autor. Ainda, o sistema da *common law* adota uma estrutura bipartida no processo: *offense defenses*, na qual as *offenses*, ônus da acusação, servem para a atribuição de culpa enquanto as *defenses*, ônus da defesa, são exculpatórias¹².

Para George P. Fletcher¹³ é difícil localizar as previsões do Estatuto de Roma na parte geral do direito penal substantivo de uma tradição jurídica única, apesar ser patente que o modelo germânico não teve praticamente impacto naquela sistemática. O autor também nota que a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia reflete uma grande criatividade judicial quanto à aplicação do direito penal internacional aos conflitos armados internos, infiltrando-se em áreas que não possuíam um prévio estudo acadêmico, ao contrário do que acontece com o desenvolvimento do direito alemão¹⁴. Assim, pondera que a parte geral do Estatuto de Roma se valeu, em boa medida, da tradição da *common law* nos modos de pensar e elaborar o direito, apesar de haver espaço para a incorporação das doutrinas romano-germânicas¹⁵. Carlos Eduardo A. Japiassú, por sua vez, assevera que: “[...] para a formação do direito penal internacional, o sistema jurídico de maior relevância é o da *common law*, que é assentado em bases bastante diversas [do sistema da *civil law*]¹⁶”.

3. OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PENAL NO ESTATUTO DE ROMA

No capítulo (III) que trata dos “Princípios Gerais de Direito Penal” dentro do Estatuto de Roma, pode-se identificar os princípios do Direito Penal em sentido amplo, pois muitas das disposições constantes daquele capítulo não costumam ser estudadas na categoria de princípios do direito penal

11. Id. *Ibid.*, p. 15.

12. Id. *Ibid.*

13. FLETCHER, George P. The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law. In: CASSESE, Antonio (org.). **The Oxford Companion to International Criminal Justice**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009. [edição Kindle].

14. Id. *Ibid.*

15. Id. *Ibid.*

16. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. O direito penal internacional e os crimes internacionais. **Revista Interdisciplinar de Direito** – Faculdade de Direito de Valença. Juiz de Fora: Editar Editora Associada – v.9, 2012. p. 82.

(em sentido estrito)¹⁷.

O princípio do *ne bis in idem* encontra-se no artigo 20 do Estatuto. Assim, o réu poderá invoca-lo se já tiver sido condenado ou absolvido pelo Tribunal Penal Internacional pela mesma conduta. “Excepcionalmente, entretanto, o agente pode ser julgado diante do Tribunal Penal Internacional se a Corte nacional tiver afastado a sua responsabilidade criminal ou caso o julgamento não tenha acontecido com independência ou imparcialidade”¹⁸, nos termos do art. 20 (3) do Estatuto de Roma. Nota-se que essa exceção segue a regra da complementariedade, segundo a qual: “[...] um julgamento diante do Tribunal Penal Internacional somente é admissível se o Estado o qual possuía competência para o julgamento fosse incapaz de fazê-lo”¹⁹.

O artigo 21 do Estatuto de Roma trata do direito aplicável, prevendo uma hierarquia da lei admissível. Dessa forma, emprega-se, em primeiro lugar, o Estatuto de Roma com as definições e elementos de crimes bem como as regras de prova e processo; na sequência, pode-se utilizar, caso necessário, os tratados, os princípios e as regras de direito internacional; na ausência destes, os princípios gerais do direito retirados do direito interno dos Estados, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados em que o crime foi cometido, desde que compatíveis com o Estatuto e o direito internacional.

O princípio *nullum crimen (sine lege scripta, praevia, certa e stricta)* é exposto de maneira explícita nas suas quatro diferentes formas, no artigo 22, conforme assinala Kai Ambos²⁰. Assim sendo, o indivíduo somente poderá ser punido por seu ato se esse estiver previsto como um crime (*lex scripta*) no estatuto de Roma ao tempo de sua comissão, conforme indica a norma da *lex praevia*. Além disso, exige-se que o ato “[...] tenha sido definido com clareza suficiente (*lex certa*) e não pode ser estendido por analogia (*lex stricta*)”²¹. Esses dois últimos princípios solucionam as ambiguidades em favor do acusado. Portanto, o Tribunal Penal Internacional tem jurisdição sobre os crimes arrolados no estatuto; no entanto, para além das definições previstas ali, existem algumas condutas que envolvem diretamente a responsabilidade criminal internacional dos indivíduos sob o direito costumeiro. Isso se aplica,

17. AMBOS, Kai. Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25-61.

18. Id. *Ibid.*, p. 28.

19. AMBOS, Kai. Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.

20. Id. *Ibid.*, p. 28.

21. Id. *Ibid.*, p. 28.

por exemplo, a algumas condutas presentes na guerra civil que não estão no estatuto²². Destaca-se que o próprio estatuto prevê essa possibilidade no artigo 22(3): “O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto”²³. Isso, no entanto, não se refere a outro grupo de crimes, mas as ofensas subjacentes ou atos referentes aos crimes de guerra e crimes contra a humanidade²⁴.

O artigo 23 do Estatuto de Roma trata do princípio *nulla poena (sine lege scripta, praevia, certa e stricta)* declarando que apenas a pena prevista no Estatuto poderá ser aplicada ao condenado.

O artigo 24 (2) assegura a aplicação da lei mais favorável ao acusado (*lex mitior*), caso exista uma mudança na situação jurídica. Apesar do estatuto não mencionar expressamente o princípio da culpabilidade pessoal, Werle e Jessberger²⁵ (2014) enfatizam que se pressupõe a sua existência, notadamente porque o princípio da responsabilidade penal individual constitui a base do artigo 25.

Assim, o direito internacional penal abrange todas as normas que estabelecem, excluem, ou, caso contrário, regulam a responsabilidade por crimes sob o direito internacional. Esses crimes são aqueles que envolvem a responsabilidade individual direta sob o direito internacional.

4. A ESTRUTURAÇÃO DOS CRIMES INTERNACIONAIS

Nesse tópico se abordará a necessária distinção entre os crimes internacionais e os crimes transnacionais, bem como se tratará da estruturação dos crimes internacionais na dogmática penal apresentada pelo Estatuto de Roma.

4.1. A DIFERENÇA ENTRE OS CRIMES INTERNACIONAIS E A CRIMINALIZAÇÃO HARMONIZADA

É possível perceber a diferença entre os *treaty crimes ou* delitos transnacionais (crimes previstos em tratados internacionais) e os *crimes under*

22. WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. *Principles of Criminal Law*. 3. ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014. [edição Kindle].

23. BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 25 set 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em 15 jul. 2017.

24. WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. *Principles of Criminal Law*. 3. ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014. [edição Kindle].

25. WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. *Principles of Criminal Law*. 3. ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014. [edição Kindle].

international law, destacando-se os *core crimes* (crimes que são objeto de atenção dos Tribunais Penais Internacionais e estabelecem a responsabilidade direta dos indivíduos num exercício do poder penal em sede internacional). Assim, os crimes internacionais são genuinamente internacionais porque geram responsabilidade criminal em razão da lei internacional, não importando se são ou não tipificados nas leis internas dos países, ou seja, a responsabilidade dos autores pode ser determinada independentemente do direito interno.

Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa²⁶ traz a diferenciação entre os crimes internacionais e a harmonização da criminalização com base na lição de Gerhard Werle, explicando que o autor denomina de “crimes de transcendência internacional”: a criminalização de condutas de maneira harmonizada nos diversos países através de tratados internacionais. Nesse caso, a previsão de figuras delitivas, na normativa internacional, não implica efeitos obrigatórios diretos para os cidadãos, mas para os Estados. Assim, no conteúdo normativo, identifica-se um mandado para os Estados; portanto, a responsabilidade individual pela prática delitiva terá fundamento no direito interno e não diretamente no direito internacional. Destaca-se que os objetivos principais para o estabelecimento desse tipo de obrigação internacional entre os Estados são: “(i) instituir a proibição harmonizada de uma conduta em um número variado de Estados; e (ii) assegurar a cooperação internacional pelo preenchimento do requisito da dupla tipicidade”²⁷.

Portanto, os crimes baseados em tratados tem como fundamento o direito nacional. Já os crimes de direito internacional são aqueles em que a responsabilidade dos autores pode ser determinada independentemente do direito interno, havendo a chamada sujeição passiva internacional, que é uma premissa do direito penal internacional.

4.2. OS CRIMES INTERNACIONAIS NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Na dogmática penal internacional foi evitado o uso de termos ligados a determinadas tradições jurídicas. Assim, adotou-se a denominação: elemento mental ao invés de *mens rea*, no artigo 30 do Estatuto de Roma; elemento material, no lugar de *actus reus*; e causas de exclusão da responsabilidade

26. CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Política Criminal Transnacional na Sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 84-87.

27. CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Política Criminal Transnacional na Sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 85.

criminal (*grounds for excluding criminal responsibility*), um termo genérico no artigo 31. Como já assinalado, a prática dos tribunais penais internacionais desde a segunda guerra mundial tem sido voltada para um conceito bipartido de crime, o que é difundido no direito da *common law*. Distingue, como ponto de partida, entre ofensas que criam caminho para a responsabilidade criminal, consistindo em um elemento material e um elemento mental, de um lado, e defesas que excluem a responsabilidade, por outro²⁸.

Como explica Douglas Guilfoyle²⁹ costuma ser sugerido que os crimes internacionais, por definição, compartilham algumas qualidades que os separam dos crimes nacionais, o chamado elemento contextual. No entanto, o autor não percebe essa característica em todos os crimes internacionais, asseverando que eles compartilham o fato de serem previstos no direito internacional, gerarem responsabilidade individual e existir exemplos históricos de tribunais internacionais que os assinalaram. Gerhard Werle e Florian Jessberger³⁰ chamam aquela característica de “elemento internacional”, assinalando que uma conexão com os valores mais importantes da comunidade internacional é estabelecida para esses crimes. Destacando que eles pressupõem um contexto de uso sistemático ou em grande escala da força, ou seja, de violência organizada. Esse contexto de violência organizada (elemento contextual; circunstâncias contextuais; ou requisito geral, conforme os tribunais *ad hoc*), pode estar tanto no elemento material como no elemento mental do crime³¹. Dessa maneira, no genocídio, o contexto – a destruição de um grupo protegido – esta incluído no elemento mental do crime, pois esse deve ser o objetivo do autor. Nos crimes contra a humanidade, o elemento contextual consiste em um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Nos crimes de guerra, o elemento contextual diz respeito a um conflito armado, no decurso do qual o ato criminoso deve acontecer. Por fim, no crime de agressão, o elemento está no uso da violência organizada enquanto tal. Para esses três crimes, os elementos contextuais dizem respeito ao elemento material³².

28. DE CARLI, Carla Veríssimo. Gramática do Direito Internacional Penal: as Linguagens do Crime e da Punição. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFGRS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufgrs.br/index.php/ppgdir/article/view/42767>>. Acesso em: 20 jul. 2015

29. GUILFOYLE, Douglas. **International Criminal Law**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2016, p. 185

30. WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. **Principles of Criminal Law**. 3. ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014. [edição Kindle].

31. Id. *Ibid*.

32. Id. *Ibid*.

O elemento material (*actus reus*) pode ser entendido como a conduta física (ação ou omissão) proibida pela regra de direito penal internacional. Inclui a conduta, a consequência e outras circunstâncias, contidas na definição de um crime. No entanto, a conduta, a circunstância e a consequência também se tornam referência para o elemento mental do crime. Assim, o elemento mental (*mens rea*) do crime internacional requer que o acusado cometa os elementos materiais com intenção e conhecimento. No terceiro passo do processo é feita a indagação sobre os elementos que excluem a responsabilidade³³.

Por fim, deve-se mencionar o artigo 9º do Estatuto de Roma que trata dos elementos constitutivos do crime, que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6º, 7º e 8º do Estatuto de Roma. “Os elementos dos crimes são reproduzidos dos Documentos Oficiais da Assembleia dos Estados Partes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional”³⁴, sendo que a primeira sessão aconteceu em Nova Iorque, em 10 de setembro de 2002. Em 2010, houve a Conferência de Revisão e o documento com as indicações sobre o que constitui os elementos daqueles crimes encontra-se no sítio eletrônico do Tribunal Penal Internacional.

5. O MEIO AMBIENTE E OS CRIMES INTERNACIONAIS

Em setembro de 2016, o documento interno do gabinete da promotoria do Tribunal Penal Internacional sobre a política de seleção e priorização de casos asseverou que o escritório da promotoria dará especial atenção à ação penal dos crimes estatutários cometidos por meio de, ou que resultem, a destruição do meio ambiente, a exploração ilegal de recursos naturais ou desapropriação ilegal de terras³⁵. No entanto, embora exista a vontade no âmbito do Tribunal Penal Internacional para se tratar da problemática ambiental, conforme se percebe no documento de política interna do Tribunal Penal Internacional sobre seleção e priorização de casos; ainda não há um consenso quanto à adequação do direito penal como a ferramenta apropriada para a responsabilização por danos ambientais.

O objetivo do direito penal internacional é estabelecer a responsabilidade individual dos agentes que praticam os crimes considerados como os mais

33. Id. *Ibid*.

34. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Elements of Crimes**, 2011. Disponível em: www.icc-cpi.int Acesso em 18 ago. 2017.

35. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. OFFICE OF THE PROSECUTOR. **Policy paper on case selection and prioritisation**, 15 set. 2016. Disponível em: www.icc-cpi.int Acesso em 10 out. 2016.

graves pela comunidade internacional. Assim, são considerados os seguintes crimes: genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra; e crime de agressão – os *core crimes* do Estatuto de Roma. No entanto, tendo em vista que esses são entendidos como crimes contra a paz e a segurança da humanidade, há quem argumente que tanto a paz como a segurança, especialmente essa, pode ser perturbada e desencadear quadros que necessitem de uma resposta penal em casos relacionados com o meio ambiente. Dessa forma, os desastres ambientais causados pelos seres humanos poderiam dar origem a uma responsabilidade criminal internacional.

No atual quadro normativo do direito penal internacional, o dano ambiental pode ser considerado apenas um instrumento pelo qual um crime já existente – previsto no estatuto de Roma – é cometido, ou seja, a responsabilidade penal surgiria como resultado dos efeitos que o dano ambiental causaria a população humana. Assim, o dano ambiental por si próprio não equivale a um delito no direito penal internacional. Portanto, nesse primeiro momento, aborda-se o alcance dos crimes internacionais existentes.

O artigo 6º do Estatuto de Roma traz uma lista de atos que, praticados com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal constitui o crime de genocídio. Tais atos contra os membros dos grupos poderiam ser:

- a. Homicídio de membros do grupo;
- b. Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c. Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d. Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e. Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo³⁶.

Embora o artigo descreva várias ações como possíveis atos de genocídio, para a dimensão ambiental, destaca-se a proscrição da alínea (c), como ressalta Tara Smith³⁷. Nesse sentido, os elementos constitutivos do crime (art. 9) previsto no art. 6º, (c), assinalam que o autor deve infligir certas condições de vida a uma ou mais pessoas, que pertencem a um determinado grupo

36. BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 25 set 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em 15 jul. 2017.

37. SMITH, Tara. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes. In: Schabas, McDermott and Hayes (eds.), *The Ashgate Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, pp.45-62, Ashgate Publishers, 2013, p. 47.

nacional, étnico, racial ou religioso, sendo que o autor pretendia destruir, no todo ou em parte, esse grupo visado. Assim, as condições de vida devem ter sido calculadas para provocar a destruição física desse grupo, no todo ou em parte. Além disso, a conduta deve ocorrer no contexto de um padrão manifesto de comportamento semelhante dirigido contra esse grupo ou foi uma conduta que poderia afetar essa destruição³⁸.

Importante destacar, em nota de rodapé, o documento do Tribunal esclarece que o “[...] termo ‘condições de vida’ pode incluir, mas não necessariamente restringe, a privação deliberada de recursos indispensáveis para a sobrevivência, como alimentos ou serviços médicos, ou a expulsão sistemática de residências”³⁹. Esses elementos constitutivos do crime informam o elemento material (*actus reus*). Dessa maneira, como destaca Tara Smith⁴⁰, pode-se antever, nesse tipo penal, o meio ambiente sendo utilizado como instrumento para perpetrar o genocídio, ou seja, o elemento material do genocídio poderia concebermente ocorrer através de danos ambientais que ocorrem com a degradação ambiental no contexto do desenvolvimento, por exemplo. No entanto, para que se possa considerar o crime internacional de genocídio é necessário também o elemento mental (*mens rea*), que nesse caso seria a intenção de destruir o grupo e a imposição calculada das condições de vida que resultaria na destruição do grupo, o que não seria satisfeito caso a intenção fosse o desenvolvimento⁴¹.

Como exemplo ilustrativo, uma vez que o fato ocorreu antes da entrada em vigor do Estatuto de Roma, Tara Smith⁴² traz a situação dos árabes dos pântanos, habitantes da região dos grandes pântanos dos rios Tigre e Eufrates no sul do Iraque. Após uma revolta no ano de 1991, Saddam Hussein decidiu drenar os pântanos para desalojar os rebeldes que viviam naquela região, da mesma forma, por milhares de anos. A destruição desse ecossistema pelo governo iraquiano resultou na morte de um grande número de árabes dos pântanos e na dispersão dos sobreviventes. No entanto, o governo usou o discurso do

38. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Elements of Crimes*, 2011. Disponível em: www.icc-cpi.int Acesso em 18 ago. 2017.

39. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Elements of Crimes*, 2011. Disponível em: www.icc-cpi.int Acesso em 18 ago. 2017 (tradução livre).

40. SMITH, Tara. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes. In: Schabas, McDermott and Hayes (eds.), *The Ashgate Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, pp.45-62, Ashgate Publishers, 2013, p. 47.

41. SMITH, Tara. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes. In: Schabas, McDermott and Hayes (eds.), *The Ashgate Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, pp.45-62, Ashgate Publishers, 2013.

42. Id. *Ibid.*, p.49.

desenvolvimento e do progresso como justificativa para construção de barragens e canais, o que ocasionou a drenagem dos pântanos. Assim, como o Estado iraquiano alegou que a intenção seria o desenvolvimento, isso afastaria a intenção genocida. Para Tara Smith⁴³, nesse caso, mesmo na ausência de tais justificativas, a intenção genocida continuaria a ser uma prova problemática.

Portanto, percebe-se que a destruição ambiental poderia funcionar como ferramenta ou instrumento primário ou acelerador do crime de genocídio. Dessa maneira, haveria a possibilidade de perseguir os ataques ambientalmente destrutivos como um caso de genocídio; no entanto, as chances para isso ocorrer são poucas devido à dificuldade do requisito mental. A autora, então, sugere que essa responsabilidade criminal poderia ser alcançada no contexto de crimes contra a humanidade⁴⁴.

O artigo 7º do Estatuto de Roma codificou os chamados crimes contra a humanidade enumerando, também, uma lista de atos que devem ser cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque. Tais atos seriam:

- a. Homicídio;
- b. Extermínio;
- c. Escravidão;
- d. Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e. Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f. Tortura;
- g. Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h. Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero [...];
- i. Desaparecimento forçado de pessoas;
- j. Crime de apartheid;
- k. Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental⁴⁵.

43. Id. *Ibid.*, p.49-50.

44. Id. *Ibid.*, p. 50.

45. BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 25 set 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em 15 jul. 2017.

Na perspectiva do meio ambiente, os pontos mais relevantes do artigo 7º (1) são: o extermínio (b); a deportação ou transferência forçada de uma população (d); a perseguição de grupo ou coletividade (h); e os outros atos desumanos (k).

Por óbvio, os crimes contra a humanidade não precisam satisfazer o elemento intencional genocida. No entanto, qualquer dano ambiental que resulte em extermínio, perseguição, transferência forçada ou outros atos desumanos ainda permanece sujeito à exigência do elemento mental de que o ato seja cometido com o conhecimento que ele gera um ataque generalizado e sistemático à população civil.

Quanto aos elementos constitutivos do crime de extermínio, entende-se que o perpetrador deve matar uma ou mais pessoas, infligindo condições de vida calculadas para provocar a destruição de parte de uma população. A conduta deve ser cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil e o autor deve ter **conhecimento** dessa circunstância⁴⁶. Como nota Tara Smith⁴⁷, a disposição no caso de extermínio é semelhante ao crime de genocídio, mas não há necessidade de fornecer intenção genocida. Assim, o exemplo ilustrativo dos árabes do pântano no Iraque poderia ser caracterizado como um crime contra a humanidade de extermínio (caso tivesse ocorrido após a entrada em vigor do Estatuto), uma vez que o elemento material é praticamente o mesmo daquele descrito no contexto do genocídio e o requisito mental (intencional) deste crime é alcançado com mais facilidade: o autor ter **conhecimento** de que o ato era ou estava destinado a ser um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil.

A transferência forçada, por sua vez, acontece quando pessoas que estavam legalmente em um local – tendo o autor conhecimento disso – são deportadas ou transferidas forçosamente, sem os motivos permitidos em direito internacional, por expulsão ou outros atos coercivos. Ainda, essa conduta deve ser cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil e o autor ter conhecimento disso⁴⁸. Portanto, o deslocamento forçado dos árabes do pântano no sul do Iraque também

46. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Elements of Crimes*, 2011. Disponível em: www.icc-cpi.int Acesso em 18 ago. 2017.

47. SMITH, Tara. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes. In: Schabas, McDermott and Hayes (eds.), *The Ashgate Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, pp.45-62, Ashgate Publishers, 2013, p. 51.

48. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Elements of Crimes*, 2011. Disponível em: www.icc-cpi.int Acesso em 18 ago. 2017.

poderia constituir um crime nesses termos⁴⁹.

O crime de contra a humanidade na modalidade de perseguição acontece quando o agente, de maneira severa e contrariando o direito internacional, priva uma ou mais pessoas de seus direitos fundamentais, sendo que a escolha da vítima acontece por motivo de identidade ligada a um grupo ou coletividade. Assim, essa seleção deve ser baseada em questões políticas, raciais, nacionais, étnicas, culturais, religiosas, gênero ou outros motivos que são universalmente reconhecidos como inadmissíveis no direito internacional. Ainda, a conduta deve ser cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil e o autor deve ter conhecimento dessas circunstâncias⁵⁰. Dessa forma, também é possível visualizar um cenário no qual o ambiente natural seja danificado de tal forma que os direitos fundamentais de um grupo sejam afetados (elemento material), desde que essa conjuntura se conjugue com o elemento mental⁵¹.

Por fim, os “outros atos desumanos”, presentes no artigo 7.º (1) (k) acontecem quando o autor inflige grandes sofrimentos, ou ferimentos sérios no corpo ou na mente ou na saúde física, por meio de um ato desumano (que tem o caráter semelhante aos atos referidos no parágrafo 1 do artigo 7º do Estatuto). Deve haver a ciência do autor sobre as circunstâncias factuais que estabeleceram as características do ato, sendo que a conduta deve ser cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil e o autor deve ter conhecimento disso⁵².

Portanto, como conclui Tara Smith⁵³, muitas ações que causam graves danos ambientais, e que costumam ser justificadas em nome do desenvolvimento, poderiam resultar em responsabilidade penal perante o Tribunal Penal Internacional sob a rubrica dos crimes contra a humanidade.

Finalmente, nos crimes de guerra, encontra-se a única abordagem direta

49. SMITH, Tara. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes. In: Schabas, McDermott and Hayes (eds.), *The Ashgate Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, pp.45-62, Ashgate Publishers, 2013, p. 52.
50. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Elements of Crimes*, 2011. Disponível em: www.icc-cpi.int Acesso em 18 ago. 2017.
51. SMITH, Tara. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes. In: Schabas, McDermott and Hayes (eds.), *The Ashgate Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, pp.45-62, Ashgate Publishers, 2013, p. 52.
52. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Elements of Crimes*, 2011. Disponível em: www.icc-cpi.int Acesso em 18 ago. 2017.
53. SMITH, Tara. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes. In: Schabas, McDermott and Hayes (eds.), *The Ashgate Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, pp.45-62, Ashgate Publishers, 2013, p. 52.

e explícita sobre o dano ambiental no quadro geral do direito penal internacional, conforme o artigo 8º (2) (b) (iv). Como explica Tara Smith⁵⁴, o dano ao meio ambiente foi explicitamente proibido nos conflitos armados no ano de 1977, através do protocolo adicional I da Convenção de Genebra de 1949, o que aconteceu como uma resposta aos métodos utilizados pelos Estados Unidos na Guerra do Vietnã. Essa proibição do direito humanitário foi incorporada ao Estatuto de Roma nos casos de conflitos armados (crimes de guerra), nos seguintes termos:

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crimes de guerra’: [...]

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: [...]

iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no **meio ambiente** que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa. (grifou-se)⁵⁵

Heller e Lawrence⁵⁶ advertem que, em teoria, o artigo 8º (2) (b) (iv) é capaz de fornecer uma proteção sem precedentes ao meio ambiente. No entanto, os mesmos autores alertam que o artigo não está isento de problemas e continua a ser um trabalho em progresso, pois o elemento material (*actus reus*) é excessivamente vago, particularmente a exigência de que o dano seja generalizado, de longo prazo, e grave; o elemento mental (*mens rea*) é puramente subjetivo; além de não se aplicar aos conflitos armados internos. Tara Smith⁵⁷, por sua vez, alerta que os níveis de danos previstos no Protocolo Adicional I e no Estatuto de Roma são muito elevados e que nenhum processo foi perseguido nos termos dessas disposições. Ainda, um ataque que resulte em danos generalizados, prolongados e severos ao meio ambiente natural somente será considerado criminal, de acordo com o direito internacional, se

54. SMITH, Tara. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes. In: Schabas, McDermott and Hayes (eds.), *The Ashgate Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, pp.45-62, Ashgate Publishers, 2013, p. 54.
55. BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 25 set 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em 15 jul. 2017.
56. HELLER, Kevin Jon; LAWRENCE, Jessica C., The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, the First Ecocentric Environmental War Crime. *Georgetown International Environmental Law Review* (GIELR), Vol. 20, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=979460> Acesso em 10/08/2015.
57. SMITH, Tara. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes. In: Schabas, McDermott and Hayes (eds.), *The Ashgate Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, pp.45-62, Ashgate Publishers, 2013, p. 55.

for intencionalmente lançado sabendo que esse grau de dano ambiental será o resultado. Além disso, o dano deve ser desproporcional e claramente excessivo em relação à vantagem militar global concreta e diretamente antecipada. Tudo isso dificulta sobremaneira a caracterização do crime. Assim, diante do nível do dano ambiental necessário para resultar em responsabilidade criminal, Tara Smith⁵⁸ argumenta que a aparência é de que não existe uma proibição real no direito penal internacional sobre os danos ambientais no contexto dos conflitos armados internacionais.

6. CRIME AMBIENTAL NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Com a percepção da humanidade do contexto de intensa degradação ambiental, que não respeita fronteiras, o meio ambiente torna-se uma preocupação global. Essa preocupação expande-se na mesma medida em que a espécie humana atinge a capacidade de extinguir a vida do planeta, por ações antrópicas. Nesse cenário, o Direito Penal acaba sendo evocado como uma possibilidade para auxiliar na proteção dos bens jurídicos ambientais.

De fato, a perspectiva penal dentro do quadro de regulação das preocupações ambientais no nível internacional não é algo novo. Na década de 1970, as investigações realizadas pelas Nações Unidas para aprimorar a Convenção sobre Genocídio de 1948 incluíram a possibilidade de criminalizar ecocídio ao lado do genocídio⁵⁹. Nesse contexto, a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias elaborou um estudo para a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas discutindo a eficácia da Convenção do Genocídio e propondo a adição do ecocídio, bem como a discussão sobre a proposta de um crime internacional com o intuito de proteger especificamente o meio ambiente. Na década de 1980, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (ILC) considerou a inclusão de um crime ambiental dentro do Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade, que se tornou o Estatuto de Roma⁶⁰. Dentre as várias possibilidades apresentadas pela Comissão, a versão final adotada no

58. SMITH, Tara. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes. In: Schabas, McDermott and Hayes (eds.), *The Ashgate Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, pp.45-62, Ashgate Publishers, 2013, p. 54-55.

59. GAUGER, Anja; RABATEL-FERNEL, May Pouye; KULBICKI, Louise; SHORT, Damien; HIGGINS, Polly. The Ecocide Project: Ecocide is the Missing 5th Crime Against Peace, **Human Rights Consortium**, School of Advanced Study, University of London. p. 6

60. Id. Ibid., p. 8

artigo 8º, que trata dos crimes de guerra, foi a única definição legal de um crime contra o meio ambiente que chegou ao Estatuto de Roma. Apesar disso, alguns Estados transferiram os crimes propostos nos projetos de crimes contra a paz, incluindo ecocídio, para seus códigos penais nacionais⁶¹.

No ano de 2010, a advogada britânica Polly Higgins trouxe de volta essa discussão ao entregar a sua proposta de ecocídio para a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas com o objetivo de incluir esse crime contra o meio ambiente como a quinta espécie de crime internacional constante no Estatuto de Roma. Salienta-se aqui que, no momento, uma análise extensiva quanto à dogmática penal do suposto crime proposto por Polly Higgins não parece ser tão pertinente, pois a experiência histórica demonstra que as propostas levadas às comissões internacionais passam por inúmeras mudanças. Então, acena-se sobre a existência dessa discussão. Além disso, esclarece-se que o termo ecocídio foi cunhado no final da década de 1960 como resultado dos danos ambientais em larga escala que ocorreram na Guerra do Vietnã. Mas, na atualidade, a proposta de criminalização dos danos ambientais intencionais, extensivos e duradouros abarca também aqueles que podem ocorrer em tempos de paz⁶².

Ainda, dentro dessa mesma temática, também se noticia a proposta de uma comissão capitaneada por Laurent Neyret, professor da Universidade de Versailles, na qual se sugere a elaboração de duas convenções relacionadas com a matéria penal e o meio ambiente: uma para harmonização dos crimes ambientais no cenário internacional e outra para a criação do crime de ecocídio⁶³.

Dessa maneira, percebe-se que a vontade de criminalizar as ações humanas causadoras de danos ambientais de grande monta não é uma ideia nova. Diante de situações de impunidade relacionadas com as degradações ambientais causadas pelos seres humanos, é um chamado para a atuação do direito penal. No entanto, deve-se ter em mente, quando se trata do direito penal, o princípio da ofensividade; ao mesmo tempo, na seara do meio ambiente, observa-se uma valorização da qualidade ambiental para o apropriada segurança da espécie humana, o que demonstra a pertinência e a importância desse tipo de discussão. No cenário internacional, bem como no nacional,

61. GAUGER, Anja; RABATEL-FERNEL, May Pouye; KULBICKI, Louise; SHORT, Damien; HIGGINS, Polly. The Ecocide Project: Ecocide is the Missing 5th Crime Against Peace, **Human Rights Consortium**, School of Advanced Study, University of London.

62. Id. Ibid.

63. NEYRET, Laurent. *Des écocrimés à l'écocide: le droit penal au secours de l'environnement*, Brussels: Bruylant, 2015.

a cooperação é uma questão central para o avanço da paz e da segurança da humanidade, como prescreve o Estatuto de Roma. Nesse sentido, destaca-se a reflexão e o estudo dos conceitos e institutos, pois a maneira como se pense o direito hoje não é exatamente a mesma do passado.

7. CONCLUSÃO

Portanto, nota-se que para uma compreensão adequada do direito penal internacional é importante identificar a tradição jurídica que exerceu maior influência, pelo menos até agora, na sua estruturação dogmática. Percebe-se que a parte geral do Estatuto de Roma bebeu da fonte da *common law* no que diz respeito ao modo pensar e elaborar o direito penal.

Uma variedade de princípios do direito penal – que já foram aplicados em outros tribunais penais internacionais, pois eram reconhecidos enquanto direito costumeiro dos povos – foram explicitados no Estatuto de Roma. Isso traz mais segurança e estabilidade na aplicação da lei.

Os crimes internacionais não se confundem com os delitos transnacionais e a sujeição passiva internacional é uma premissa do direito penal internacional. Essa característica da responsabilidade dos autores do crime internacional ser independente do direito interno de cada Estado, ou seja, fundamentar-se no direito internacional, é considerada como o grande elemento diferenciador dos crimes internacionais. Tais crimes são compostos de um elemento material e um elemento mental, podendo ser percebido também, na caracterização desses crimes, o que a doutrina chama de elemento internacional ou contextual.

Com relação ao meio ambiente, percebe-se que o meio ambiente pode ser abordado dentro do quadro jurídico do Tribunal Penal Internacional quando ele for usado como instrumento para a prática dos crimes previstos no Estatuto de Roma: genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra e agressão, sendo dificultosa a caracterização nesse último caso. Também se observa que o crime contra a humanidade apresenta a maior possibilidade de caracterização do dano ambiental enquanto ferramenta para seu cometimento. Apesar de haver a indicação explícita do meio ambiente como uma das formas de crimes de guerra, a persecução é problemática devido as deficiências dos elementos que compõe esse crime. Ainda, se constata que o dano ambiental puro não equivale a um delito no direito penal internacional.

Por fim, se verifica a volta do questionamento acerca de um crime ambiental próprio dentro da dinâmica do direito penal internacional.

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25-61.
- BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 25 set 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em 15 jul. 2017.
- CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. **Política Criminal Transnacional na Sociedade em Rede**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- DE CARLI, Carla Veríssimo. Gramática do Direito Internacional Penal: as Linguagens do Crime e da Punição. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42767>>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- FLETCHER, George P. The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law. In: CASSESE, Antonio (org.). **The Oxford Companion to International Criminal Justice**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009. [edição Kindle].
- GAUGER, Anja; RABATEL-FERNEL, May Pouye; KULBICKI, Louise; SHORT, Damien; HIGGINS, Polly. The Ecocide Project: Ecocide is the Missing 5th Crime Against Peace, **Human Rights Consortium**, School of Advanced Study, University of London. p. 6
- GUILFOYLE, Douglas. **International Criminal Law**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2016.
- HELLER, Kevin Jon; LAWRENCE, Jessica C., The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, the First Ecocentric Environmental War Crime. **Georgetown International Environmental Law Review** (GIELR), Vol. 20, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=979460> Acesso em 10/08/2015.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Elements of Crimes**, 2011. Disponível em: www.icc-cpi.int Acesso em 18 ago. 2017.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. OFFICE OF THE PROSECUTOR. **Policy paper on case selection and prioritisation**, 15 set. 2016. Disponível em: www.icc-cpi.int Acesso em 10 out. 2016.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. O direito penal internacional e os crimes internacionais. **Revista Interdisciplinar de Direito – Faculdade de Direito de Valença**. Juiz de Fora: Editar Editora Associada – v.9, 2012. p. 69-90.
- NEYRET, Laurent. **Des écocrimés à l'écocide: le droit penal au secours de l'environnement**, Brussels: Bruylant, 2015
- SMITH, Tara. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes. In: Schabas, McDermott and Hayes (eds.), **The Ashgate Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives**, pp.45-62, Ashgate Publishers, 2013.
- WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. **Principles of Criminal Law**. 3. ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014. [edição Kindle].

PSICANÁLISE E DIREITO PENAL: DISCUSSÃO INTERDISCIPLINAR SOBRE OS CONTRIBUTOS DA TEORIA PSICANALÍTICA À DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Sarah Reis Puthin¹

RESUMO: Considerando as contribuições das Ciências Humanas a temas do Direito Penal, a Psicanálise como campo teórico de referência sobre o comportamento humano e a imprescindibilidade da discussão interdisciplinar nas Ciências Criminais, este trabalho objetiva discutir sobre contributos da teoria psicanalítica à dogmática jurídico-penal. Sendo assim, propõe-se refletir como a Psicanálise, principalmente a partir dos estudos sobre o sentimento de culpa e internalização das normas pela instância psíquica do superego, pode contribuir na discussão sobre o comportamento em Direito Penal. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, sendo os dados analisados através do método de Análise de Discurso. Desse modo, compreende-se que a articulação entre Psicanálise e Direito Penal é pertinente, sendo premente, primeiramente, uma proposta de sistematização da teoria psicanalítica sobre o comportamento criminal, para, posteriormente, refletir sobre os contributos desse entendimento à dogmática jurídico-penal.

PALAVRAS-CHAVE: Psicanálise, Direito Penal, Interdisciplinaridade, Culpa.

1. INTRODUÇÃO

As Ciências Criminais assumem, na atualidade, crescente importância, principalmente no que se refere à relevância de pesquisas e refinamento teórico para refletir sobre o Direito Penal. As diversas áreas do conhecimento, neste contexto, se dedicam à investigação, exposição e reflexão sobre inúmeras temáticas e diferentes enfoques relativos ao crime, os quais se encontram em uma perspectiva interdisciplinar². Deste modo, vislumbram-se possíveis interfaces entre diferentes áreas do conhecimento, como o Direito Penal e a Psicologia. Compreende-se, deste modo, as Ciências Criminais como um

1. Psicóloga (CRP 07/16891), Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Mestre em Psicologia (PUCRS) e Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Professora do Curso de Graduação em Psicologia, da Especialização em Avaliação Psicológica e da Especialização em Psicoterapia Psicanalítica das Faculdades Integradas de Taquara (FAC-CAT). Atua como Perita Psicológica na Central de Atendimento Psicossocial Multidisciplinar (CAPM) do Foro da Comarca de Porto Alegre-RS.
2. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 35.

campo aberto ao conhecimento interdisciplinar.

A questão acerca do papel da Ciência Penal é, principalmente, uma questão acerca de modos possíveis de perceber e compreender o Direito Penal. Este não se trata somente de um instrumento de solução de conflitos, sendo importante destacar que foi no âmbito do Direito Penal e por meio dele que importantes liberdades e garantias foram conquistadas e hoje estruturam diferentes contribuições na sociedade³.

A dogmática jurídico-penal e a política criminal se servem de outras disciplinas da Ciência do Direito Penal, que lhes proporcionam suas questões, seus métodos e seus novos conhecimentos. Neste sentido, a influência das Ciências Sociais e Humanas sobre a dogmática jurídico-penal iniciou já no curso do movimento de reforma da segunda metade do século XIX⁴. Na atualidade, as Ciências Sociais e Humanas realizam perguntas críticas, proposições e contribuições ao Direito Penal e suas perspectivas de futuro. Por isso, destaca-se a relevância da discussão interdisciplinar e contribuições das Ciências Humanas a temas do Direito Penal.

Nesta senda, o presente trabalho propõe refletir e discutir sobre possíveis contribuições da teoria psicanalítica para o campo da dogmática jurídico-penal, partindo do entendimento da Psicanálise como campo teórico de referência no que tange ao entendimento do comportamento humano. A teoria psicanalítica, desde o princípio de sua proposição e desenvolvimento, investiga os processos psíquicos – conscientes e inconscientes – envolvidos em diferentes esferas do comportamento dos indivíduos. Ou seja, quando se trata do sujeito e de sua atuação nos mais diferentes contextos, se faz presente a Psicanálise.

A ciência psicanalítica, a partir de estudos e entendimento dos processos conscientes e inconscientes na dinâmica do comportamento humano e das interações sociais, trouxe importantes contribuições, não somente ao campo da Psicologia e restrito ao âmbito da clínica psicológica, mas principalmente ao contexto social e, por que não dizer, jurídico. Neste sentido, o pensamento psicanalítico alertou para um novo entendimento das ações humanas, o que interfere no conhecimento vigente de diferentes áreas do conhecimento, como o Direito, pois perpassa as relações e interações sociais. No âmbito do

3. D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal: o problema da expansão da intervenção penal. In: POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (org.). **Crime e Interdisciplinaridade**: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

4. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. Granada: Comares Editorial, 1993.

Direito Penal, mais especificamente, o entendimento psicanalítico sobre um *sistema normativo interno*, especialmente a estrutura e o funcionamento desse sistema em associação com condições externas de socialização, incita a estudos acerca de possíveis contribuições à dogmática penal.

Sendo assim, este trabalho propõe explicar e discutir sobre importantes conceitos da teoria psicanalítica, os quais podem contribuir, numa perspectiva teórica, a temas da dogmática jurídico-penal. Propõe-se refletir como a Psicanálise, principalmente a partir dos estudos sobre o sentimento de culpa e internalização das normas pela instância psíquica do superego, pode contribuir na discussão sobre o comportamento em Direito Penal, justificado pela necessidade de uma discussão interdisciplinar sobre o entendimento da culpa, da censura e do comportamento na dogmática penal.

2. BREVE INTROITO À PSICANÁLISE APLICADA

A primeira questão que se coloca, ao propormos discutir e refletir acerca da dogmática jurídico-penal pelo viés da Psicanálise, é justificar e legitimar esta escolha teórico-metodológica. Isso porque, a Psicologia estuda os fenômenos psíquicos e do comportamento por intermédio da análise da subjetividade, da personalidade, das emoções, das ideias e dos valores, por isso, tudo que se refere ao agir humano pode ser objeto de estudo da Psicologia. Nesta senda, a Psicanálise destaca-se como uma linha teórica pertinente e de crescente legitimidade.

Destaca-se a possibilidade e relevância de trabalhar diferentes temáticas de outras disciplinas e áreas de conhecimento por meio do enfoque psicanalítico. Dentre esses temas, salientam-se os trabalhos da Psicanálise sobre temas como a crença, o poder, a violência, entre muitos outros, os quais são trabalhados a partir da perspectiva de sujeito, sua subjetividade e os elementos psicológicos envolvidos nas relações sociais⁵.

Com o intuito de trabalhar a Psicanálise como linha teórica da pesquisa científica acerca do comportamento e dos elementos psíquicos, o método proposto por Freud pode ser denominado de *Psicanálise Aplicada*, o qual, por vias das concepções psicanalíticas, busca investigar o sujeito e o seu comportamento no contexto dos fenômenos sociais, e não estritamente ligado à situação do tratamento analítico⁶. Trata-se de um tipo de pesquisa da Psicanálise, a qual

5. BIRMAN, Joel. **Psicanálise, ciência e cultura**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2012.

6. ROSA, Miriam Debieux. A pesquisa psicanalítica dos fenômenos sociais e políticos: metodologia e fundamentação teórica. **Revista Mal-estar e Subjetividade**, Fortaleza, v.4, n.2, p. 329 – 348, set. 2014.

se propõe a discutir e refletir sobre diferentes temas. A trajetória da teoria psicanalítica, que atravessa variados campos do saber, é testemunha evidente da possibilidade de uma psicanálise em extensão⁷.

Quanto à aproximação da Psicanálise e das Ciências Penais, o psicanalista Joel Birman enfatiza temáticas como poder, lei, normas e punição. Nesta senda, quando propõe situar “as relações entre os saberes do psíquico e a criminalidade”⁸, destaca que é imprescindível realizar um percurso teórico e histórico, com o objetivo de destacar os seus pontos nodais. Ou seja, para interpretar as relações possíveis entre a Psicanálise e as Ciências Criminais, o autor citado afirma que foi através da transformação do lugar da lei e do estatuto da punição que os *saberes psíquicos* foram cada vez mais convocados pelo Poder Judiciário e também foram se impondo como autoridade simbólica no campo do Direito Penal, desde os primórdios do século XIX. Desde então, o encontro entre Psicanálise e Direito Penal foi se tornando mais complexo, bem como mais entrelaçado e íntimo também. Sendo assim, Birman afirma que “a criminologia e o direito penal não podem mais prescindir dos saberes do psíquico”⁹.

Sobre o percurso psicanalítico sobre temas relevantes às Ciências Criminais, a partir de uma perspectiva histórica e teórica, dentre as principais obras da Psicanálise sobre o indivíduo em contextos sociais diversos podemos destacar *Totem e Tabu* (1913) e *Psicologia das massas e análise do Eu* (1921), textos relevantes para discutir a entrada do sujeito na cena social. Freud opõe-se à divisão indivíduo-sociedade, e do mesmo modo à divisão psicologia individual-social, reafirmando uma concepção de sujeito *bio-psico-social*¹⁰. Ele demonstra as mudanças psíquicas que a influência das instituições impõe ao indivíduo e considera que a entrada na vida social impõe transformações ao sujeito¹¹.

Em *Totem e Tabu*, Freud propõe que a cultura se funda na *culpa* resultante do assassinato do pai primitivo e na conseqüente instauração dos dois

7. Zimerman (2001) também se refere à Psicanálise Aplicada, como proposição de Freud para se trabalhar temáticas das mais diferentes áreas pelo viés psicanalítico. Neste sentido, entende que o conhecimento proposto pela Psicanálise não pode restringir-se ao contexto clínico, pois não se refere somente a uma vertente teórica para tratamento psicoterápico. Muito além, a Psicanálise é constituída e consolidada como linha teórica de conhecimento e reflexões acerca do comportamento humano.
8. BIRMAN, Joel. **Arquivos do mal-estar e da resistência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 279.
9. BIRMAN, Joel. **Arquivos do mal-estar e da resistência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 279.
10. FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do Eu* (1921). In: **Obras Completas**. Vol. XIV. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
11. ROSA, Miriam Debieux. A pesquisa psicanalítica dos fenômenos sociais e políticos: metodologia e fundamentação teórica. **Revista Mal-estar e Subjetividade**, Fortaleza, v.4, n.2, p. 329 – 348, set. 2014.

tabus a ele associados: a submissão à autoridade do pai e a proibição do incesto. Sendo assim, a cultura nasceria da interiorização da repressão, sendo esta necessária para domar as pulsões sexuais que, caso contrário, conduziriam à mera satisfação egoísta dos indivíduos. Ou seja, a partir da repressão, a força vital das pulsões pode se converter de antissocial para uma força pró-social. Para Freud, a noção de lei está diretamente ligada ao parricídio e ao incesto, proibições instauradoras da condição humana¹².

Outro momento crucial da teoria da cultura de Freud é a publicação da obra *Para além do princípio de prazer* (1920), na qual reformula sua teoria pulsional e apresenta a ideia de uma pulsão de morte. Freud remete o conflito psíquico, até então relacionado ao sentimento de culpa, para um confronto entre pulsões, tornando-o agora ontológico. Com isso, situa a destrutividade na própria natureza humana, de onde, mais tarde, justificará a inevitabilidade do sentimento de culpa e do mal-estar em qualquer organização social¹³.

Outro texto importante sobre este enfoque é o livro *Mal-Estar na Civilização* (1930), considerado um dos trabalhos mais importantes de Freud. Nele, o autor propõe retomar e discutir questões narcísicas e institucionais, buscando relacionar a constituição psíquica e formas de enlances sociais. Demonstra que a cultura refere-se ao saber e poder que os homens adquiriram para dominar as forças da natureza e adquirir bens para satisfação das necessidades humanas. Por isto, compreende-se o tema ligado à questão da lei e das instituições sociais como reguladores das relações sociais. Além disso, este texto trabalha, de certo modo, a temática da violência e de condutas contrárias às normas, ao trazer o prenúncio de uma civilização violenta e destruidora, e entende o próprio processo civilizador como o agente de destruição da espécie humana¹⁴.

A Psicanálise representa um “avanço da civilização sobre a barbárie”¹⁵, no momento em que enfatiza a ideia do homem como ser *livre* por sua fala e de que suas ações e seu destino não se restringem ao seu âmbito biológico. Nesta senda, não se considera a Psicanálise como a ciência única que propôs romper a ideia de homem como ser predominantemente biológico e/ou racional e entendê-lo como ser biopsicossocial, pois esta foi a perspectiva

12. FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu* (1913). In: **Obras Completas**. Vol. XIII. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
13. FREUD, Sigmund. *Para além do Princípio do Prazer* (1920). In: **Obras Completas**. Vol. XIV. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
14. FREUD, Sigmund. *Mal-estar na civilização* (1930). In: **Obras Completas**. Vol. XXI. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
15. ROUDINESCO, Elisabeth. **Por que a Psicanálise?** Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2000, p. 9.

interposta por diferentes áreas das Ciências Humanas, principalmente no período do final do século XIX e início do século XX. Todavia, a Psicanálise é considerada extremamente importante e imprescindível neste processo, sendo por via dela que se iniciou o entendimento do indivíduo por meio dos mecanismos psíquicos *inconscientes*.

3. DA PRIMEIRA À SEGUNDA TÓPICA

O desenvolvimento da teoria psicanalítica se constitui principalmente pelo entendimento do inconsciente e a integração de seus conteúdos na consciência. Isso porque, são estes conteúdos desconhecidos e inconscientes que determinam, em grande parte, a conduta dos indivíduos e dos grupos. O cerne da proposição freudiana é o conceito de inconsciente, o qual é compreendido como um sistema heterogêneo ao sistema pré-consciente e consciente¹⁶.

Ao falar da fundação da norma no contexto social, Gauer destaca a importância a ser atribuída às estruturas do inconsciente e aos conteúdos da *psique*. No que se refere à Freud e à Psicanálise, enfatiza o impacto que sua teoria interpôs sobre a formulação de uma identidade do homem ocidental. Em uma época em que o papel primordial era atribuído à razão, e ao homem como ser diferenciado pelo domínio da racionalidade sobre outros processos psíquicos, o desenvolvimento de um mundo interior teve profundo impacto sobre o pensamento moderno¹⁷.

Inicialmente, no que se refere aos processos mentais propostos pela Psicanálise, Freud descreveu o aparelho psíquico como composto por três sistemas: o inconsciente, o pré-consciente e o consciente, sendo este último muitas vezes denominado de sistema *percepção-consciência*. Esta foi chamada de *teoria topográfica*¹⁸ ou *primeira tópica* freudiana.

Em 1900, na obra *A Interpretação dos Sonhos*, Freud apresenta a primeira concepção sobre a estrutura e o funcionamento da personalidade. Essa teoria refere-se à existência destes três sistemas ou instâncias psíquicas. O inconsciente é compreendido, nesse primeiro momento, como o conjunto dos conteúdos não presentes no campo atual da consciência. Nesta perspectiva,

16. LOUREIRO, Ines. Luzes e sombras: Freud e o advento da Psicanálise. In: Jacó-Vilela, Ana Maria; Ferreira, Arthur Arruda Leal. *História da Psicologia: rumos e percursos*. Rio de Janeiro: NAU Ed., 2013.
17. GAUER, Ruth M. Chittó. *A Fundação da Norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre, EDIPUCRS: 2011.
18. Palavra derivada do étimo grego *topos*, que significa *lugar* (ZIMMERMAN, David E. *Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise*. Porto Alegre: Artmed, 2001).

entende-se por consciente o sistema do aparelho psíquico que recebe ao mesmo tempo as informações do mundo exterior e as do mundo interior¹⁹.

O sistema consciente tem a função de receber informações relativas às excitações provindas do exterior e do interior, que ficam registradas qualitativamente de acordo com o prazer e/ou desprazer que causam, cujas representações se processam no sistema inconsciente. Assim, na maior parte, as funções como a percepção, antecipação, pensamento, atividade motora, juízo crítico, conhecimento, entre outras, operam no sistema consciente, embora intimamente conjugadas com o sistema inconsciente, com o qual frequentemente estão em oposição²⁰.

Freud não foi o pioneiro em descobrir o inconsciente ou em inventar essa palavra com o intuito de defini-la. Contudo, foi ele, certamente, quem lhe conferiu uma significação muito diferente da que fora dada por seus predecessores e com isso tornou o inconsciente a base e principal doutrina de sua teoria. Com Freud e a Psicanálise, o inconsciente deixou de ser uma “supraconsciência” ou um “subconsciente”, situado acima ou além da consciência, e se tornou realmente uma instância a que a consciência já não tem acesso, mas que se revela a ela através de diferentes ações e comportamentos²¹.

Entre 1920 e 1923, Freud remodela a teoria do aparelho psíquico e introduz os conceitos de *id*, *ego* e *superego* para referir-se aos sistemas da personalidade. O texto *O Ego e o Id* (1923) é considerado um dos últimos e mais importantes trabalhos teóricos de Freud. Nele, Freud oferece uma descrição da mente e de seu funcionamento²² que, no primeiro momento, parece nova e muito diferente dos escritos anteriores. Contudo, nas novas formulações permanecem muitas ideias de seus trabalhos já desenvolvidos e, do mesmo modo, percebe-se muitos conceitos novos encontrados com outras nomenclaturas em seus textos primórdios. Entre 1920 e 1923, quando propôs sua reformulação teórica que levou à instauração de uma segunda tópica, o inconsciente deixou de ser uma instância do aparelho psíquico, transformando-se numa maneira de qualificar as três instâncias da segunda tópica: o *id*, o *ego* e o *superego*.

Nesta senda, torna-se premente discutir acerca da instância psíquica, na

19. FREUD, Sigmund. A Interpretação dos sonhos (1900). In: **Obras Completas**. Vol. IV. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
20. ZIMMERMAN, David E. **Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise**. Porto Alegre: Artmed, 2001.
21. ROUDINESCO, Elisabeth; PLION, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1998, p. 375.
22. FREUD, Sigmund. O Ego e o Id (1923). In: **Obras Completas**. Vol. XIX. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

teoria psicanalítica, responsável pela internalização e conformação às regras. Freud, ao desenvolver a *segunda tópica* do aparelho psíquico, faz referência a uma instância psíquica importante no que se refere ao cumprimento das normas: o *superego*²³. Embora a ideia dessa instância já estivesse presente desde as “publicações pré-psicanalíticas” de Freud (1886-1899), a noção de superego na Psicanálise somente aparece formalizada em 1923, na obra *O Ego e o Id*. Para compreendermos o desenvolvimento do conceito, propõe-se um percurso pela obra de Freud e de Lacan, autores considerados fundamentais para a elaboração da noção de superego na Psicanálise.

O superego, termo introduzido por Freud em 1923, simboliza o que popularmente concebemos por *consciência moral*. Essa instância psíquica teria por origem as relações com os pais²⁴, cuja natureza é simultaneamente libidinosa e agressiva²⁵. O superego se constitui por interiorização das exigências e das interdições parentais, sendo entendido como uma instância que encarna uma lei e proíbe a sua transgressão. Embora sua origem esteja na relação com os pais, ele é também desenvolvido pelas contribuições sociais e culturais, tais como educação, religião e, por que não dizer, do Direito²⁶.

Ou seja, o superego é considerado, na constituição do sujeito, o representante moral. Em termos de processo de desenvolvimento, o superego da criança é construído principalmente segundo o modelo de seus pais e de figuras de referência em sua vida, e torna-se veículo dos valores, da tradição e dos julgamentos²⁷. Neste sentido, o superego pode ser considerado a instância psíquica diretamente ligada ao comportamento conforme o Direito. O superego é compreendido como um censor das funções do ego, contendo os ideais do sujeito derivados dos valores familiares e sociais, sendo a fonte dos sentimentos de culpa e punição.

O superego é uma das instâncias da personalidade, e, são funções desta instância psíquica a consciência moral, a auto-observação, a formação de ideais, questões ligadas ao comportamento do sujeito no contexto das normas

23. O superego, ou *supereu* como é também denominado, tem suas raízes no id e exerce as funções de juiz e censor em relação ao ego.
24. Pais, para a Psicanálise, representam o sentido de figuras de autoridade na vida da criança.
25. FREUD, Sigmund. O Ego e o Id (1923). In: **Obras Completas**. Vol. XIX. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
26. LAPLANCHES, Jean; PONTALIS, Jean-Bertand. **Vocabulário de Psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
27. MOREIRA, Jaqueline de Oliveira. Sentimento de culpa e superego: reflexões sobre o problema da moralidade na teoria freudiana. In: ROSÁRIO, A. B.; MOREIRA, J. O. (Org.) **Culpa e Laço Social: possibilidades e limites**. Barbacena: EdUEMG, 2013.

– tanto sociais quanto jurídicas. Nesse entendimento, o superego impõe ao ego as exigências do meio cultural onde vive o indivíduo: os preceitos, as normas, as interdições²⁸.

A partir da leitura de Lacan na Psicanálise, podemos compreender que o pai instaura a Lei e o falo instaura a norma. Com a entrada do pai e de sua operação simbólica, o falo aparece como forma de significação que orientará para o sujeito a escolha dos objetos²⁹. Lacan introduz a noção de *Metáfora Paterna*, que fundamenta a inscrição do simbólico na constituição do sujeito, propondo que o desejo da mãe é metaforizado pelo Nome-do-Pai, e que, desse processo, advém o falo como resposta a esse desejo enigmático³⁰.

4. A CULPA EM PSICANÁLISE

O conceito de superego e a noção de obediência moral e de censura remetem à concepção do *sentimento de culpa*³¹. A temática do sentimento de culpa é trabalhada na teoria psicanalítica a partir de diferentes perspectivas e em variados momentos do texto freudiano e de outros autores da Psicanálise.

Em Freud, o conceito de culpa perpassa praticamente toda a sua obra, visto que sua teoria está baseada em uma concepção do psiquismo humano onde conflito, recalque, Édipo e inconsciente são peças fundamentais. O pensamento freudiano evidencia o conflito entre as exigências individuais e as sociais, e é neste embate que se dá a formação de uma sociedade, de uma cultura³².

O sentimento de culpa é uma expressão usada numa acepção mais ampla, no que se refere à culpa e à censura em Psicanálise. O termo pode designar um sentimento afetivo consecutivo a um que o sujeito considera repreensível – sendo este o conceito mais conhecido –, como também pode se referir a um sentimento difuso de indignidade pessoal sem relação com um ato determinado de que o sujeito se acuse³³. Neste viés, o sentimento de culpa é prévio à ação,

28. FREUD, Sigmund. O Ego e o Superego (1923). In: **Obras Completas**. Vol. XIX. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
29. LACAN, Jacques. **O seminário, livro 4: A relação de objeto (1956/57)**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.
30. LACAN, Jacques. **O seminário, livro 5: As formações do inconsciente (1957/58)**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
31. MOREIRA, Jaqueline de Oliveira. Sentimento de culpa e superego: reflexões sobre o problema da moralidade na teoria freudiana. In: ROSÁRIO, A. B.; MOREIRA, J. O. (Org.) **Culpa e Laço Social: possibilidades e limites**. Barbacena: EdUEMG, 2013.
32. GOLDENBERG, Fernanda; PEIXOTO JUNIOR, Carlos Augusto. É possível uma sociedade sem culpa? O lugar da culpabilidade nos processos de subjetivação. **Caderno Psicanalítico – CPRJ**, v. 33, n. 23, 2011.
33. LAPLANCHES, Jean; PONTALIS, Jean-Bertand. **Vocabulário de Psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

podendo constituir um impedimento do indivíduo de agir contrário às normas e adequar sua atitude conforme o Direito. Por isso, considera-se extremamente relevante estudar e discutir o tema do sentimento de culpa quando se propõe a discutir a dogmática jurídico-penal a partir da Psicanálise.

Freud, ao trabalhar a temática do superego e do ego no contexto do processo civilizatório, discorre sobre o sentimento de culpa:

A tensão entre o severo superego e o ego, que a ele se acha sujeito, é por nós chamada de sentimento de culpa; expressa-se como uma necessidade de punição. A civilização, portanto, consegue dominar o perigoso desejo de agressão do indivíduo, enfraquecendo-o, desarmando-o e estabelecendo no seu interior um agente para cuidar dele, como uma guarnição numa cidade conquistada³⁴.

A análise psicanalítica sobre o sentimento de culpa explicita o problema da irreducibilidade da satisfação humana aos padrões e normas estabelecidos. Ou seja, a culpa representa, na Psicanálise, o sentimento do sujeito pela não conformação às normas³⁵. Neste sentido, “a ausência de *culpa* seria a marca fundamental que se faria presente na experiência criminal”³⁶.

Sobre o percurso em Psicanálise sobre o sentimento de culpa, no pensamento de Winnicott a culpa se insere não no conflito entre o individual e o coletivo, mas em um espaço intermediário, não definido. Winnicott propõe uma moralidade que surja de dentro para fora, de maneira mais suave, gradativa, resultado da relação dual entre mãe e bebê. Esse processo, para Winnicott, não é nem exterior, nem interior, mas reside no espaço potencial de experiências transicionais. As ideias morais, o senso de certo e errado, não dependeriam da repressão, da aceitação dos valores sociais e do medo de retaliação, conforme sugerido por Freud, mas poderiam surgir a partir de uma relação de confiança desenvolvida gradualmente com as figuras primitivas da vida do ser humano³⁷.

Nesta senda, em Freud é possível entender a inevitabilidade do sentimento de culpa como algo estruturante da condição humana, enquanto que em Winnicott destaca-se o papel desenvolvido pelo ambiente. Ou seja, na perspectiva winnicottiana, a existência de um meio suficientemente bom é

34. FREUD, Sigmund. Mal-estar na civilização (1930). In: **Obras Completas**. Vol. XXI. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 36.

35. GASPARELLO, Taís Ribeiro. O sentimento de culpa e a ética em Psicanálise. **Psyche**. São Paulo, v. 11, n. 20, jun. 2007.

36. BIRMAN, Joel. **Arquivos do mal-estar e da resistência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 291.

37. WINNICOTT, Donald. Psicanálise do sentimento de culpa (1958). In: **O ambiente e os processos de maturação: estudos sobre a teoria do desenvolvimento emocional**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1983.

necessária para o desenvolvimento saudável do psiquismo e para a possibilidade de lidar com a culpa de maneira positiva³⁸.

No que tange ao superego e ao sentimento de culpa em Psicanálise, considera-se importante referir também o entendimento psicanalítico sobre a censura. Na Psicanálise, a censura é compreendida desde o processo psíquico interno de interdição dos desejos inconscientes ao acesso dos sistemas pré-consciente e inconsciente, bem como a um processo inconsciente e também consciente de censura do indivíduo quanto a possíveis ações³⁹.

Podemos compreender que a lei atua no foro externo, conforme os códigos convencionados na sociedade – e podemos enfatizar no que tange à dogmática jurídico-penal o Código Penal –, e também como lei interiorizada pelo sujeito que regula as normas, proibições, ordens interiores e consciência moral, elementos que se articulam ao superego⁴⁰. Ou seja, o sujeito sempre está submetido ao juízo da instância crítica (o superego) que o sustenta no convívio social, bem como o castiga quando ele desobedece à lei. Neste sentido, a pena é compreendida como *desejada*⁴¹ inconscientemente pelo sujeito devido ao seu sentimento de culpa⁴².

5. CONTRIBUTOS DA PSICANÁLISE E DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: BREVES REFLEXÕES

Desde o início do pensamento freudiano, fica evidente sua preocupação em articular a vida psíquica individual com a vida social e os limites que esta impõe ao indivíduo. Em nome das exigências culturais, a satisfação pulsional é restrita, inclusive em seus aspectos agressivos e destrutivos. Embora os indivíduos ganhem com isso a possibilidade de conviver em grupo, ressentem-se profundamente e demonstram dificuldade para tais renúncias, as quais manifestam por meio de comportamentos contrários a essas normas⁴³.

Birman relata brevemente o percurso de entendimento do comportamento

38. WINNICOTT, Donald. **Privação e Delinquência**, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

39. LAPLANCHES, Jean; PONTALIS, Jean-Bertand. **Vocabulário de Psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

40. BRAUSTEIN, N. Los dos campos de la subjetividad: Derecho y psicoanálisis. In: AMBERTIN, M. (Org.), **Culpa, responsabilidad y castigo**. Buenos Aires: Letra Viva, 2006.

41. Grifo nosso, pois seria uma “busca” inconsciente do indivíduo. Cabe enfatizar o entendimento psicanalítico sobre o tema, o qual compreende o castigo – e pena – como o processo de concretização externa do sentimento de culpa.

42. Lacan faz referência a Freud quanto à noção de superego e indaga: se todo homem conhece a lei, cometer um crime não seria buscar um castigo? (LACAN, 1950).

43. LOUREIRO, Ines. Luzes e sombras: Freud e o advento da Psicanálise. In: Jacó-Vilela, Ana Maria; Ferreira, Arthur Arruda Leal. **História da Psicologia: rumos e percursos**. Rio de Janeiro: NAU Ed., 2013.

criminal e do criminoso em diversas perspectivas teóricas, e refere-se ao conceito de degeneração, atrelada à psicopatologização do comportamento criminal. Nesta senda, o autor realiza uma crítica à tradição histórica de pesquisas na área criminal pelas *ciências psi*, pois refere que o foco de atenção recai geralmente sobre o criminoso e a patologização desse comportamento. Ou seja, maior parte das contribuições de áreas como a Psicologia e a Psiquiatria estuda as patologias envolvidas nos atos criminosos. Porém, o crime não é somente patológico, não está diretamente ligado a uma condição psicopatológica.

Sendo assim, Birman destaca que a Psicanálise desenvolveu uma crítica sistemática do conceito de degeneração, desde Freud, realizando sua desconstrução teórica ao privilegiar o conceito de pulsão. Pelo viés psicanalítico, a inexistência de interditos morais estaria relacionada ao comportamento criminal, sendo destacada “a fragilidade da estrutura edipiana e dos processos psíquicos de normalização”⁴⁴.

Freud, no decorrer da sua construção teórica da Psicanálise, propôs discutir aspectos da cultura e alertou quanto à intervenção do psicanalista junto à justiça, como em seu artigo *A psicanálise e a determinação dos fatos nos processos jurídicos* (1906). Suas discussões sobre esse tema ainda são bastante contemporâneas e influenciam a diferentes profissionais, adeptos da teoria psicanalítica, que atuam na área jurídica.

Lacan também propõe discutir a Psicanálise no âmbito jurídico-criminal, em seu artigo *Introdução teórica às funções da Psicanálise em Criminologia* (1950). Neste texto, ele afirma que “se a psicanálise irrealiza o crime, ela não desumaniza o criminoso”⁴⁵, o que significa que a Psicanálise, pelo seu objeto de estudo, se interessa pela significação subjetiva do crime.

Lacan afirma que não há sociedade que não comporte uma lei positiva, seja ela escrita ou enunciada, de costume ou de direito. Ele salienta ainda que não existe uma sociedade em que os crimes previstos por sua lei não apareçam em todos os graus de transgressão definidos para eles. No escrito citado acima, Lacan retoma Freud e nos remete às suas elaborações em *Totem e Tabu*, afirmando que Freud reconhece que a Lei e o crime iniciam o homem, ou seja, a partir de uma interdição simbólica é que se dá a constituição do

44. BIRMAN, Joel. *Arquivos do mal-estar e da resistência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 291.

45. LACAN, Jacques. *Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia* (1950). In: LACAN, Jacques. *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 129.

sujeito. Ao internalizar a Lei do pai, o sujeito se depara com a possibilidade do crime, caso a recuse. Nesse percurso em relação à noção de culpa, Lacan faz referência a Freud quanto à noção de superego⁴⁶.

Nesse sentido, o sistema jurídico-penal pressupõe que os cidadãos já tragam consigo esse sistema normativo ou o tenham internalizado. Somente desse modo, eles se imporiam nas situações de conflito em favor do direito e contra a ordem ilícita, ou contra uma pressão de adequação ao grupo contrária ao direito. A partir dessa perspectiva, pressupõe-se que os sujeitos dispõem de um “sistema normativo interno”, o qual é caracterizada por disposições, motivações ou inibições de conduta⁴⁷.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, compreende-se que a articulação entre Psicanálise e Direito Penal é pertinente, sendo premente, primeiramente, uma proposta de sistematização da teoria psicanalítica sobre os conceitos contributivos ao entendimento do comportamento criminal, para, posteriormente, refletir sobre os contributos desse entendimento à dogmática jurídico-penal.

Neste sentido, a proposta de uma sistematização da teoria psicanalítica sobre o comportamento criminal se demonstra relevante e viável. Isso porque, a Psicanálise, desde os seus primórdios, busca compreender e elucidar os diferentes fatores presentes em diversas esferas do comportamento humano. A teoria psicanalítica dedicou-se, desde os textos de Freud até de autores contemporâneos, a estudar diferentes fatores psíquicos, conscientes e inconscientes, envolvidos em experiências caracterizadas pela violência e pela esfera criminal. Porém, o entendimento psicanalítico sobre o comportamento criminal não se encontra sistematizado e organizado de modo que possibilite uma compreensão ampliada da temática. Por isso, considera-se premente uma proposição de sistematização da teoria, partindo de diferentes autores psicanalíticos, que vise elucidar questões importantes pertinentes ao comportamento criminal em diferentes âmbitos.

A partir do entendimento da culpa na teoria psicanalítica, é possível discutir categorias importantes da dogmática jurídico-penal, como o conceito de culpabilidade. A culpa é compreendida, na Psicanálise, tanto como um

46. LACAN, Jacques. *Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia* (1950). In: LACAN, Jacques. *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

47. FABRICIUS, DIRK. Culpabilidade e seus fundamentos empíricos. *Afreudite*, n. 5/6, 2007, p. 17.

sentimento anterior ao comportamento conforme a internalização da norma pelo sujeito, como um sentimento posterior à ação. Neste sentido, a culpa delimita previamente o comportamento, pois impede que os indivíduos ajam contrariamente às normas internalizadas. O superego, nesta senda, representa o que conhecemos por consciência moral, e a partir dele as decisões de conformação ou não do comportamento às normas são tomadas. Por isto, é possível entender como as normas são internalizadas pelo indivíduo no processo do seu desenvolvimento psíquico.

Esta síntese da teoria psicanalítica, com ênfase no percurso teórico freudiano, sobre conceitos e ideias relacionadas à culpa, às normas e ao comportamento, buscou introduzir o entendimento psicanalítico sobre o tema. Devido à extensão e complexidade da temática, considera-se imprescindível aprofundar os estudos na teoria psicanalítica em articulação com a dogmática jurídico-penal e diferentes áreas do campo das Ciências Criminais.

REFERÊNCIAS

- BIRMAN, Joel. **Psicanálise, ciência e cultura**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2012.
- _____, Joel. **Arquivos do mal-estar e da resistência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- BRAUSTEIN, N. Los dos campos de la subjetividad: Derecho y psicoanálisis. In: M. Ambertin (Org.), **Culpa, responsabilidad y castigo**. Buenos Aires: Letra Viva, 2006.
- D'AVILA, Fabio Roberto (Org.). **Direito Penal e Política Criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- FABRICIUS, DIRK. Culpabilidade e seus fundamentos empíricos. **Afreudite**, n. 5/6, 2007, p. 11-38.
- FREUD, Sigmund. A Interpretação dos sonhos (1900). In: **Obras Completas**. Vol. IV. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- _____, Sigmund. Três Ensaio Sobre a Teoria da Sexualidade (1905). In: **Obras Completas**. Vol. VII. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- _____, Sigmund. Totem e Tabu (1913). In: **Obras Completas**. Vol. XIII. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- _____, Sigmund. Psicologia das massas e análise do Eu (1921). In: **Obras Completas**. Vol. XIV. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- _____, Sigmund. O Ego e o Id (1923). In: **Obras Completas**. Vol. XIX. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- _____, Sigmund. O Ego e o Superego (1923). In: **Obras Completas**. Vol. XIX. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- _____, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão (1927). In: **Obras Completas**. Vol. XIX. Edições Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- _____, Sigmund. Mal-estar na civilização (1930). In: **Obras Completas**. Vol. XXI. Edições Stan-

- dard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- GASPAR, Taís Ribeiro. O sentimento de culpa e a ética em Psicanálise. **Psyche**. São Paulo, v. 11, n. 20, jun. 2007.
- GAUER, Ruth M. Chittó. **A Fundação da Norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre, EDIPUCRS: 2011.
- GOLDENBERG, Fernanda; PEIXOTO JUNIOR, Carlos Augusto. É possível uma sociedade sem culpa? O lugar da culpabilidade nos processos de subjetivação. **Caderno Psicanalítico – CPRJ**, v. 33, n. 23, 2011, p. 105-118.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Granada: Comares Editorial, 1993.
- LACAN, Jacques. Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia (1950). In: LACAN, Jacques. **Escritos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 127-151.
- _____. **O seminário, livro 4: A relação de objeto (1956/57)**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.
- _____. **O seminário, livro 5: As formações do inconsciente (1957/58)**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- LAPLANCHES, Jean; PONTALIS, Jean-Bertand. **Vocabulário de Psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LOUREIRO, Ines. Luzes e sombras: Freud e o advento da Psicanálise. In: Jacó-Vilela, Ana Maria; Ferreira, Arthur Arruda Leal. **História da Psicologia: rumos e percursos**. Rio de Janeiro: NAU Ed., 2013.
- MOREIRA, Jaqueline de Oliveira. Sentimento de culpa e superego: reflexões sobre o problema da moralidade na teoria freudiana. In: ROSÁRIO, A. B.; MOREIRA, J. O. (Org.) **Culpa e Laço Social: possibilidades e limites**. Barbacena: EdUEMG, 2013.
- ROSA, Miriam Debieux. A pesquisa psicanalítica dos fenômenos sociais e políticos: metodologia e fundamentação teórica. **Revista Mal-estar e Subjetividade**, Fortaleza, v.4, n.2, p, 329 – 348, set. 2004.
- ROUDINESCO, Elisabeth. **Por que a Psicanálise?** Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2000.
- ROUDINESCO, Elisabeth; PLION, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1998.
- WINNICOTT, Donald. **Privação e Delinquência**, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ZIMERMANN, David E. **Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise**. Porto Alegre: Artmed, 2001.

HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR POR CONDUTOR EMBRIAGADO: CRITÉRIO UTILIZADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NOS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO PARA CARACTERIZAR O DOLO EVENTUAL

Fernanda Dorneles Silva¹

1. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

O Código Penal de 1940 classificou os delitos por seu propósito jurídico, iniciando pelos crimes contra a pessoa e finalizando pelos delitos contra o Estado.² A primeira conduta tipificada como crime contra pessoa é o homicídio. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, o “homicídio é a eliminação da vida de alguém levada a efeito por outrem”.³ O bem jurídico protegido é a vida humana, e, consoante Luiz Regis Prado, a sua proteção é imperativo de ordem constitucional, sendo assegurado pela Constituição Federal.⁴

O crime de homicídio está tipificado no artigo 121, *caput*, do Código Penal, no qual se refere à conduta de “matar alguém”. De acordo com Paulo José da Costa Jr.⁵, os sujeitos ativo e passivo podem ser quaisquer pessoas, não se exigindo nenhum requisito especial de seu agente. O sujeito ativo pode praticar tal ato de qualquer maneira, sozinho ou em conjunto com outras pessoas, admitindo coautoria. O sujeito passivo, por sua vez, segundo explica Ney Moura Teles, é qualquer ser humano, à exceção do feto ou recém-nascido

1. Fernanda Dorneles Silva. Bacharelada pelo Centro Universitário Ritter dos Reis.
2. NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: dos crimes contra pessoa. 32.ed. São Paulo: Saraiva: 2001. v.2. p.9.
3. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2. p.45.
4. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 121 a 249. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.2. p.45.
5. COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito penal objetivo**: comentários ao Código penal e ao Código de propriedade industrial. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p.193.

que é morto pela mãe sob o estado puerperal.⁶

O homicídio pode ser praticado mediante uma ação (comissivo), um agir, tendo como exemplo tiros de armas de fogo; ou pode ser realizado, também, por meio de uma omissão (omissivo), a título de exemplo quando a mãe deixa de alimentar seu filho, vindo este a falecer.

A conduta de matar alguém é considerada crime há bastante tempo. Em contrapartida, o homicídio na direção de veículo automotor é relativamente novo, observando-se a criação do Código Penal. Devido a sua desatualização, não há tipificação no que tange ao homicídio de trânsito e, perante o aumento desses delitos⁷, fez-se necessário a sua inserção no Código de Trânsito Brasileiro.

O atual CTB delimita sua regulamentação somente ao trânsito nas vias terrestres e conforme determina o seu artigo 1º: “O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código”.⁸ O primeiro parágrafo deste artigo especifica o que é classificado como tráfego: “Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”.⁹

Diante disso, na tentativa de minimizar os acidentes com mortes causados na direção de veículos automotores, o legislador inseriu no CTB dois tipos penais exclusivos, no que se refere à embriaguez ao volante (artigo 306) e ao homicídio cometido na direção de veículo automotor (artigo 302).

Para a configuração do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor é necessário observar algumas peculiaridades, como, a conduta do agente e a forma como ela foi cometida. Neste delito, a conduta do sujeito ativo tem de ser de natureza culposa, caso seja exercida com dolo, será analisada perante o Código Penal. O delito somente será caracterizado quando a conduta do agente for culposa e praticada na direção de veículo automotor. Nesse sentido, Ney Moura Teles ensina que, encontrar-se na direção de veículo automotor é estar no comando, com total controle sobre os sistemas do veículo, como acelerador, freio e movimento.¹⁰

6. TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212. São Paulo: Atlas, 2004. v.2. p.50.
7. OMS, Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-brasil-e-o-pais-com-maior-numero-de-mortes-de-transito-por-habitante-da-america-do-sul/>>. Acesso em: 24 jan. 2017.
8. BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 26 jan. 2017.
9. BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 26 jan. 2017.
10. TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte especial: arts 121 a 212. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.2. p.109.

O sujeito ativo, no homicídio culposo no trânsito, assim como no crime de homicídio do CP, não exige nenhuma qualidade especial, apenas que ele esteja dirigindo veículo automotor. Por sua vez, o sujeito passivo é qualquer ser humano com vida, passageiro do veículo ou pedestre. Em razão do princípio da especialidade – quando da existência de norma especial afasta a incidência da norma geral – ocorrendo o falecimento de alguém resultante de veículo automotor, o delito será analisado pelo Código de Trânsito.¹¹

Para classificar o crime de homicídio, como doloso ou culposo, é necessária uma análise do caso concreto, bem como dos fatores externos que norteiam a situação fática. O enquadramento deste crime na modalidade dolosa pode gerar duras consequências para o agente, como o deslocamento do processo para o Tribunal do Júri e o aumento da pena.

2. CONCEITO DE EMBRIAGUEZ NO CÓDIGO PENAL

A embriaguez, dentro da teoria geral do delito, quando existente, é analisada na culpabilidade, considerando o crime um fato típico, ilícito e culpável.

A embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior também é uma causa de exclusão da imputabilidade e se encontra tipificada no artigo 28, §1º, do CP. Fernando Galvão esclarece que a incapacidade psíquica que impede a reprovação dos doentes mentais e das pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, pode também acontecer em casos decorrentes dos efeitos do álcool e de entorpecentes. Segundo o autor, as pessoas embriagadas ou entorpecidas podem ser da mesma forma incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar quanto tal entendimento.¹²

Conforme explicam Paulo César Busato e Luiz Regis Prado, a embriaguez se constitui de uma intoxicação provisória causada pelo álcool ou outras substâncias de efeitos similares que afetam o sistema nervoso central, bem como a capacidade de compreensão do sujeito.¹³ Ela apresenta três etapas (incompleta, completa e letárgica). Reputa-se completa a embriaguez a partir da segunda fase, posto que nesta etapa é retirada, completamente, do indivíduo a capacidade de compreensão.¹⁴ A doutrina entende que existem três tipos de

11. NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: dos crimes contra pessoa. 32.ed. São Paulo: Saraiva: 2001. v.2.
12. GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.457.
13. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p.566.; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1.º a 120. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v.1. p.480.
14. ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral (arts.1º a 120). 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v.1. p.291.

embriaguez; a não acidental, podendo ser voluntária ou culposa, a acidental oriunda de caso fortuito ou força maior e a embriaguez preordenada.

Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde explicam que existirá embriaguez voluntária no momento em que o indivíduo ingere bebida alcoólica com a finalidade de ficar embriagado. Por outro lado, será culposa quando o consumo ocorrer de forma imprudente, excessiva e descuidada, sem que o agente tenha vontade de se embriagar.¹⁵ Juarez Tavares esclarece que o fato da embriaguez ser voluntária não conduz a uma presunção automática de dolo caso o indivíduo pratique um delito. Assim, entende-se que, se por ventura seja cometido um delito na direção de veículo automotor por condutor embriagado, é necessária a verificação dos demais elementos externos do fato, pois a embriaguez, por si só, não significa que o agente agiu com dolo.¹⁶

Na embriaguez acidental, considera-se caso fortuito o acontecimento decorrente da natureza e força maior aquele realizado pelo indivíduo.¹⁷ Como descrito por Aníbal Bruno, a embriaguez preordenada é aquela na qual o indivíduo se embriaga para cometer a conduta delituosa, isto é, ele bebe para criar coragem, para se animar a cometer a ação criminosa.¹⁸ Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde explicam que nesta forma de embriaguez o sujeito tem a finalidade de se embriagar e de cometer o crime, sendo uma hipótese da teoria da *actio libera in causa*.¹⁹

Outro ensinamento de Francisco Muñoz Conde gira em torno da teoria da *actio libera in causa* (ação livre na sua causa). O Autor afirma que ela constitui uma exceção ao princípio do momento da prática do fato, quer dizer, responde pelo resultado o indivíduo que, quando imputável (não embriagado) pensou em cometer ou pôs em prática a ação criminosa e, logo após ingere bebida alcoólica.²⁰ André Estefam exemplifica tal teoria, quando um indivíduo se embriaga, propositalmente, para criar coragem, e assediar uma mulher.²¹

15. BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.390.

16. TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.431-432.

17. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p.386.

18. BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral: fato punível**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.2. p.100.

19. BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.393.

20. CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.151-152.

21. ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v.1. p.291.

3. DOLO E CULPA

A doutrina traz inúmeras espécies de dolo e culpa. Todavia, nesta pesquisa serão abordadas apenas aquelas adotadas pelo CP, quais sejam: dolo direto, dolo eventual, culpa inconsciente e culpa consciente. O CP admite, a título de dolo, a teoria da vontade para o dolo direto e a teoria do consentimento para o dolo eventual.²² Na legislação penal o crime doloso se encontra tipificado no artigo 18, inciso I: “doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.²³

Segundo Cezar Roberto Bitencourt dolo é o querer, a vontade de praticar o comportamento narrado no tipo penal.²⁴ Francisco Muñoz Conde explica que para a configuração do dolo é fundamental a caracterização de dois elementos, o intelectual, que se refere ao conhecimento das circunstâncias fáticas; e o elemento volitivo, que trata da vontade de realizar o fato e querer o seu resultado.²⁵ Aníbal Bruno acrescenta sustentando que para a configuração do elemento volitivo dentro do dolo é necessário desejar ativamente o resultado e agir querendo que ele ocorra.²⁶

O dolo direto se encontra na primeira parte do artigo 18, quando o agente quis o resultado, e é pautado pela teoria da vontade, melhor dizendo, é o querer direcionado ao resultado. Desta forma, define-se dolo direto quando o indivíduo presume como certo o resultado, querendo-o ativamente, realizando o ato de vontade voltado para esse fim.²⁷

Por sua vez, o crime culposo está tipificado no artigo 18, inciso II, do Código Penal Brasileiro, estando caracterizado “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.²⁸ Cumpre ressaltar que o tipo culposo somente será admitido quando expressamente previsto em lei.

Helena Cláudio Fragoso relata que, “o crime culposo consiste [...] na violação reprovável do dever de cuidado, atenção ou diligência a que estava adstrito o agente, causando assim o resultado que configura o delito”.²⁹ Ney

22. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**, arts. 1º a 120. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v.1. p.413.

23. BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

24. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.1.

25. CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.57/58.

26. BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral: fato punível**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.2. p.45.

27. HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Helena Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.5. p.45-46.

28. BRASIL, Decreto Lei n. 2.484, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

29. HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Helena Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.5. p.45-46.

Moura Teles e Cezar Roberto Bitencourt asseguram que o dever objetivo de cuidado é uma obrigação imposta a todas as pessoas, devendo elas se comportar de modo que não causem danos aos bens jurídicos alheios, quer dizer, um indivíduo espera do outro que este se comporte de forma prudente e cautelosa, preservando a integridade das pessoas que convivem.³⁰ Como por exemplo, no trânsito, todos os condutores dos veículos, tem o dever objetivo de observar as regras de trânsito para não ocorrer um acidente, isto é, de atentar para o dever objetivo de cuidado no tráfego.

Consoante elucida Francisco de Assis Toledo, a culpa *stricto sensu* se subdivide em duas, a inconsciente e a consciente. Ele explica que a culpa inconsciente se constitui de uma conduta voluntária do agente que, por inobservância do dever de cuidado realiza o resultado naturalístico não desejado, todavia previsível, isto é, a possibilidade de qualquer outra pessoa, que estivesse no lugar do sujeito ativo, ter previsto o resultado.³¹

André Estefam e Paulo Queiroz descrevem as modalidades de culpa de forma clara e objetiva. Para eles, a imprudência significa um fazer, decorre de uma ação precipitada, como por exemplo, dirigir em alta velocidade. A negligência ocorre de uma omissão, é a ausência de cuidado, como por exemplo, a falta de revisão no veículo. E a imperícia que se caracteriza pela inexistência de habilidade ou falta de conhecimento para a execução de arte ou profissão, por exemplo, quando um engenheiro projeta uma casa sem o suporte necessário, causando a morte do morador.³²

Os conceitos de dolo eventual e culpa consciente estão muito próximos, distinguindo-se pelo aspecto psicológico (consciência) do agente de consentir ou não com a elaboração do resultado.³³ O dolo eventual é disciplinado pela teoria do assentimento (ou consentimento) que considera dolo aquela conduta em que o agente não quer precisamente a realização do resultado, mas pressupõe sua realização e a aceita.³⁴ Doutrinadores como Miguel Reale Júnior, Luiz Regis Prado, Paulo César Busato e Francisco Muñoz Conde entendem que o agente atua com dolo eventual quando percebe a possibilidade

ro: Forense, 1979. v.5. p.528.

30. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.1. p.375; TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte especial. São Paulo: Atlas, 2004. v.2. p.144.
31. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.302.
32. QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.263.; ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v.1. p.220.
33. GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.252.
34. BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral**: fato punível. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.2. p.41.

de realização do resultado, isto é, tem consciência de que com a sua conduta pode efetivamente pôr em perigo um bem jurídico; e, além disso, consente, aceita ou tolera essa produção, optando por continuar a ação.³⁵

No que se refere à culpa consciente, consoante E. Magalhães Noronha e Néelson Hungria, o agente atua com culpa consciente quando o resultado é previsto como possível por ele, mas não tenta evitá-lo, pois espera e acredita, levemente, que o evento não acontecerá. O ponto em comum entre o dolo eventual e a culpa consciente é a previsibilidade do resultado.³⁶ Cezar Roberto Bitencourt expõe seu pensamento em relação à diferença de dolo eventual e culpa consciente quando da sua análise na prática forense, garantindo que esses institutos envolvem questões estritamente jurídicas, carecendo de conhecimento dogmático, não podendo ser deixada à apreciação de juízes de fato. Por fim afirma que na dúvida quanto à imputação do agente, deve-se, obrigatoriamente, escolher a menos grave, isto é, a culpa consciente.³⁷

Em suma, a subjetividade que envolve estes dois institutos requer uma análise ímpar de cada caso, pois apesar do dolo eventual ser a modalidade indireta, continua sendo dolo, existindo o seu elemento volitivo, vontade. Ainda que tais critérios tenham um grau de imprecisão, permitindo juízos subjetivos, eles auxiliam à tomada de decisão quando do exame de um fato concreto em um processo penal.

4. ANÁLISE DOS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO RELATIVOS AOS CRIMES DE HOMICÍDIO COMETIDOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES POR CONDUCTOR EMBRIAGADO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Após o estudo e a apreciação dos institutos que estão diretamente ligados à temática do presente trabalho, a análise da jurisprudência se mostra imperiosa. Note-se que, como visto, os elementos que circundam o homicídio na direção de veículo automotor por condutor embriagado são subjetivos.

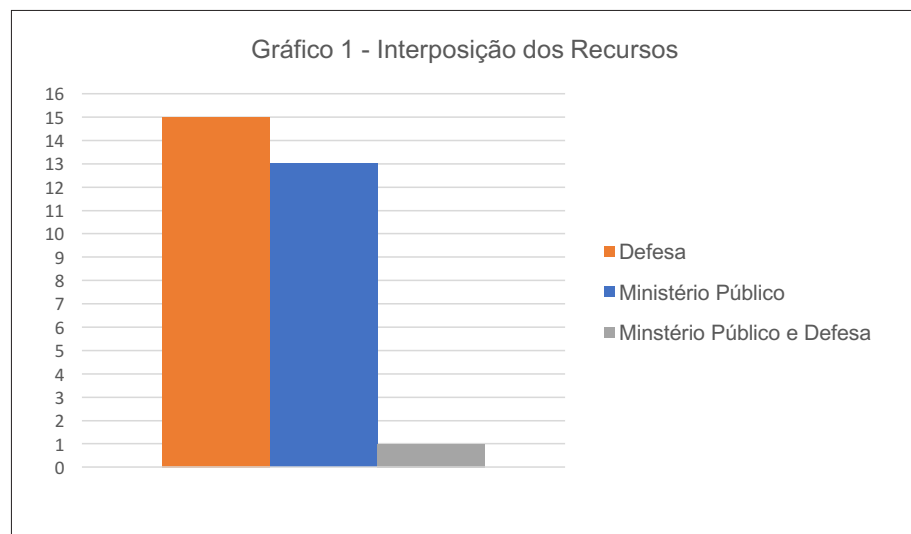
35. CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.60.; REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.225.; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1.º a 120. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v.1. p.421-422.; BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p.421.
36. HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.5. p.47.; NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1. p.143.
37. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.1. p.363.

4.1. LEVANTAMENTO DOS JULGADOS

Entre 20 de outubro de 2011 a 20 de outubro de 2016, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou 86 recursos em sentido estrito, interpostos em face de decisões de pronúncia ou decisões desclassificadoras em que os réus foram denunciados pela prática de homicídios – ou tentativas de homicídios – no trânsito. Cabe ressaltar que a escolha por este Tribunal, deu-se pela necessidade da verificação dos critérios que norteiam os elementos estudados. Os acórdãos dos recursos em sentido estrito expõem o caso concreto e as fundamentações dos Magistrados.

Para a busca dos casos, no campo de pesquisa jurisprudencial do sítio eletrônico do TJRS, foram utilizadas as expressões: homicídio culposo, trânsito, embriaguez, dolo eventual e culpa consciente. As decisões foram escolhidas aleatoriamente, numa razão de um para três, resultando num total de 29 acórdãos, cuja análise se dá com base no inteiro teor das decisões. Salienta-se que foram utilizadas apenas as questões que têm relação com a temática do presente trabalho.

Conforme mencionado, foram analisadas 29 decisões dos recursos em sentido estrito, interpostos em face das sentenças proferidas na primeira fase do Tribunal do Júri, no TJRS. Dos 29 acórdãos analisados, evidenciou-se que 15 se originam na interposição dos recursos pela defesa, 13 pelo Ministério Público e, em um caso, tanto Ministério Público quanto a defesa recorreram da sentença.



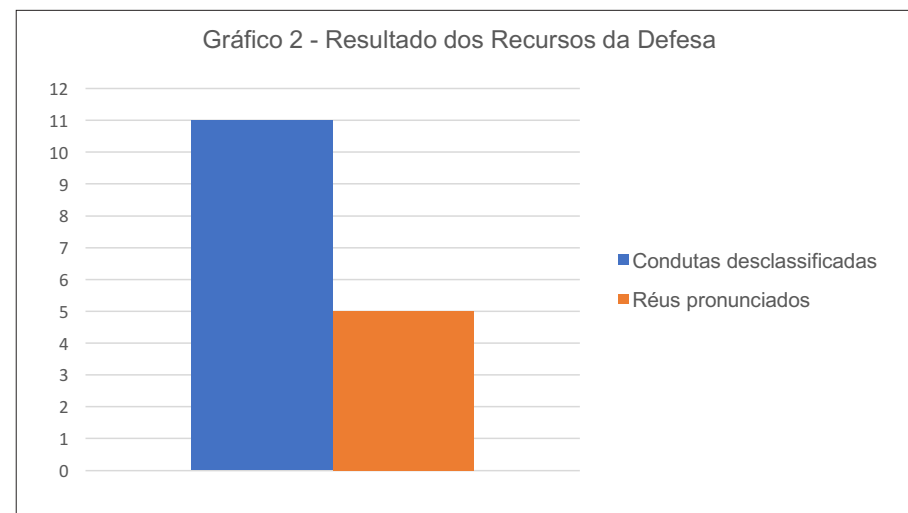
Fonte: elaborado pela autora, 2017, a partir de TJ/RS, 2017.

De modo geral, nota-se que para imputar dolo ou culpa ao delito cometido pelo agente, os Magistrados levaram em consideração a presença da embriaguez ao volante, do excesso de velocidade e dos demais critérios da conduta do sujeito. De acordo com o que foi pesquisado, a linha que diferencia o dolo eventual da culpa consciente é muito delicada, necessitando da análise particular de cada caso concreto para que se possa chegar na conclusão mais acertada para o evento.

Entre os casos analisados, aqueles em que a decisão de pronúncia foi mantida, ou o réu restou pronunciado, é possível perceber que as condutas dos sujeitos ativos ultrapassaram o limite do que é considerado culposo. Por exemplo: envolvimento em acidente anterior àquele analisado (continuidade delitiva); a prática de racha; fuga do local do acidente; ocultação de veículo, entre outros.

4.2. DOS RECURSOS INTERPOSTOS PELA DEFESA

Diante da pesquisa jurisprudencial, das 29 decisões analisadas, 16 foram resultados de recursos interpostos pela defesa dos réus. Neste número está incluído o acórdão nº 70054637053, no qual tanto o Ministério Público quanto a defesa recorreram da sentença. Destes 16 recursos, 11 foram providos, total ou parcialmente, sendo as condutas dos sujeitos ativos desclassificadas para outro crime de competência diversa do Tribunal do Júri, isto é, sem a presença do dolo.



Fonte: elaborado pela autora, 2017, a partir de TJ/RS, 2017.

Nos recursos providos, as fundamentações dos Magistrados giraram em torno da falta de indícios probatórios que comprovem o dolo eventual, ou seja, inexistência de elementos fáticos ou psíquicos que os façam entender que o agente agiu com vontade ou anuência de cometer o ilícito. Logo, os julgadores concluíram que os agentes agiram com culpa. A embriaguez, o excesso de velocidade, a falta de esclarecimentos acerca dos fatos e os demais critérios, que sejam considerados como falta de atenção do motorista, não configuram um agir doloso, mas sim culposo (imprudente ou imperito).

Nesse sentido, o Des. Jayme Weingartner Neto, em seu voto, no acórdão nº 70069560696, considerou que diante das provas constante nos autos – embriaguez ao volante e invasão da pista contrária, pois o agente dormiu na condução do veículo – não conduz para um agir doloso:

Na espécie, conforme a prova contida nos autos, o réu conduzia veículo automotor em via pública, tendo dormido ao volante (como alega o acusado, tendo sido encontrado adormecido no interior do carro pelos policiais), sendo que em função disso invadiu a pista contrária e acabou por colher a vítima que trafegava em sentido oposto, ceifando-lhe a vida. A simples condição de embriaguez, ainda que aliada ao fato de ter dormido ao volante (o que, inclusive, pode ter sido ocasionado pela prostração decorrente da ingestão de bebida alcoólica), por si só, não conduz a conclusão de que o réu tenha agido com dolo eventual, sendo indicativo, a meu sentir, da forma culposa do crime previsto no artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Assim, neste espectro fático, entendo inviável a imputação de dolo eventual, uma vez que a conjugação de fatores visíveis na conduta do réu não permitem a conclusão de que “assumiu o risco de produzir o resultado morte” da vítima, sendo que a simples condição de embriaguez não autoriza, automaticamente e à míngua de outros elementos exteriorizados, a imputação de homicídio doloso.³⁸

No mesmo sentido, encontra-se o acórdão nº 70069648079, no qual o Des. Honório Gonçalves divergiu do relator – que negava provimento ao recurso da defesa – afirmando que conduta do réu foi descuidada, sendo ele despronunciado. No caso, a embriaguez ao volante é o motivo do réu ter invadido a pista contrária, agindo de forma imprudente e imperita:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO TENTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRONÚNCIA. [...]

O dolo direto e o eventual são equiparados quanto aos efeitos, e,

38. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 70069560696. Recorrente: Rodinei Fernandes. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 22. jun. 2016.

não obstante conceito de dolo esteja intimamente ligado ao resultado – ou à previsão desse –, o que leva à equiparação referida, afigura-se evidente que a busca do resultado e a aceitação do risco de produzi-lo constituem condutas diversas. E somente naquele há manifestação de vontade, pois neste, à previsibilidade segue-se a assunção de risco que não constitui, propriamente, ato volitivo característico do proceder diretamente doloso, tão-somente (querer o resultado). Caso em que, o denunciado, justamente por se encontrar embriagado, invadiu pista da contramão de direção, acabando por atropelar as vítimas, o que aponta para proceder culposo (imprudência e imperícia). Réu despronunciado. Desclassificação operada. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA.³⁹

Entretanto, nem todos os recursos interpostos pela defesa foram providos. Em 5 casos os recursos dos réus foram desprovidos e os agentes pronunciados. Os acórdãos nº 70067290635 e 70059246637 utilizaram os mesmos fundamentos, quais sejam: a embriaguez ao volante, o excesso de velocidade e o fato de os réus terem se envolvido em acidente de trânsito, anteriormente, ao fato que gerou o homicídio.

Nos dois casos, o principal argumento aplicado pelos Magistrados foi a continuidade delitiva, ou seja, a partir do momento em que os sujeitos ativos optaram por continuar a ação, após a primeira colisão, eles anuíram com o resultado morte no segundo acidente. Vejamos os argumentos utilizados no acórdão nº 70067290635:

Nessa perspectiva, entendo que o deslocamento da figura típica do Código de Trânsito para o Código Penal nada mais é do que o reconhecimento de que as exasperadas imprudências cometidas pelo agente não relevam culpa em seu ato, mas dolo por assentimento, em clara opção do condutor de perpetrar, geralmente de forma cumulativa, ações de indiscutível risco à segurança de terceiros, de modo que a insistência na conduta revela a anuência com os riscos intrinsecamente relacionados ao agir do agente, o que manifesta, por consequência, anuência indireta com os resultados que possa causar a terceiros – condição suficiente, à luz da teoria do assentimento, para a configuração da modalidade dolo eventual.[...]

Desta forma, a possibilidade jurídica de que a situação telada configurasse crime doloso é evidente, uma vez que a acusação afirmou que o acusado dirigia alcoolizado e em velocidade flagrantemente excessiva, deixando de cessar a sua conduta em local de grande fluxo de pedestres e após colidir com outro veículo, de propriedade de um policial militar.⁴⁰

39. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 70069648079. Recorrente: Luis Alberto Gonçalves. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 06. jul. 2016.

40. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 70067290635. Recorrente: Gui-

No mesmo sentido, no acórdão nº 70059246637, o Des. relator Ingo Wolfgang Sarlet afirmou que a soma das circunstâncias fáticas, bem como a continuidade delitiva, autoriza a pronúncia do réu.

Os indícios de que Roger conduzia seu veículo em estado de embriaguez, o que foi confirmado pelo exame etilométrico [sic], que acusou dosagem de 0,78 mg/L, bem como a verificação da presença de latas de cerveja no interior do veículo (fl. 124), somado ao testemunho do réu, que confessou ter ingerido álcool, bem como das testemunhas, que apontaram indícios de que o réu conduzia seu veículo em alta velocidade, indicam que o acusado teria praticado o fato que culminou com a morte da vítima. Ademais, os depoimentos das testemunhas indicam, ainda, que o réu teria se envolvido em um acidente anterior e que este teria empreendido fuga do local com medo de ser preso, de modo que, em seguida, teria atingido o veículo da vítima. Ora, esse acúmulo de circunstâncias excepcionais, no caso concreto, autoriza a pronúncia do acusado, a fim de que a causa seja submetida ao conhecimento do Tribunal do Júri, já que em princípio configurado o dolo eventual.⁴¹

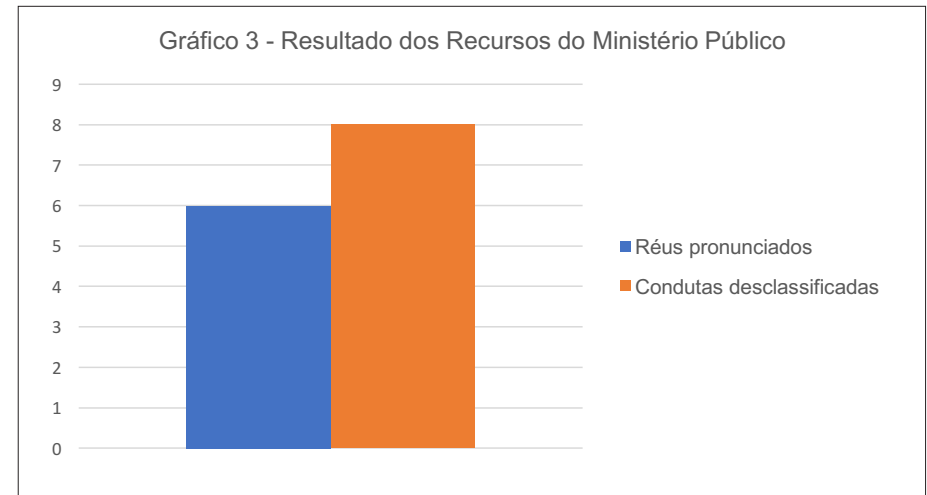
De todos os recursos interpostos pela defesa que não foram providos, ou seja, os réus restaram pronunciados, cabe ressaltar que há mais circunstâncias além da embriaguez ao volante e do excesso de velocidade. Nos acórdãos acima mencionados, encontra-se presente o envolvimento em acidente anterior aquele que causou o resultado morte. Nas demais decisões, os fatos que se somam a embriaguez e a alta velocidade são a prática de racha, o local onde o réu causou o acidente ser de grande fluxo de pessoas, bem como a quantidade elevada de fatos imprudentes (avançar o sinal vermelho, colisão com o canteiro central da via e, continuar a ação, conduzir o veículo em ziguezague e fuga do local do acidente).

4.3. DOS RECURSOS INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Das 29 decisões analisadas, 14 recursos foram interpostos pelo Ministério Público. Deste número, 6 restaram providos, no sentido de que os réus fossem a julgamento pelo Tribunal do Júri e 8 foram desprovidos, sendo mantida as decisões desclassificadoras. É importante informar que neste número está incluso o acórdão nº 70054637053, no qual as duas partes interpuseram recursos em sentido estrito.

Iherme Veit. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Sandro Luz Portal. Porto Alegre, 20. out. 2016.

41. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 70059246637. Recorrente: Roger André Costa dos Santos. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 06. abr. 2016.



Fonte: elaborado pela autora, 2017, a partir de TJ/RS, 2017.

No que se refere aos recursos desprovidos, a maior parte dos julgados se referem a não configuração do crime doloso diante dos fatos do caso concreto. Dos 8 recursos improvidos, 7 apresentavam os elementos da embriaguez ao volante e do excesso de velocidade que, conforme entendimento dos Magistrados, não configuram o dolo eventual. A soma destes critérios é considerada como a inobservância do dever objetivo de cuidado, ou seja, o réu no momento da ação agiu com culpa.

Os acórdãos nº 70067936476 e 70060394111 têm circunstâncias fáticas similares. Nestes casos, os dois condutores dos veículos estavam sob a influência de álcool e em velocidade, quando perderam o controle do veículo e acabaram cometendo os homicídios no trânsito. Vejamos o acórdão nº 70067936476:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO SIMPLES NO TRÂNSITO. DESCLASSIFICAÇÃO. A alegada embriaguez do acusado e o excesso de velocidade, circunstâncias apontadas pelo Ministério Público para afirmar a presença de dolo eventual na conduta por aquela observada põem à mostra, em verdade, a não observância de dever objetivo de cuidado na condução do automotor, o que caracteriza proceder culposo, tal afirmado na sentença. RECURSO DESPROVIDO.⁴²

O Des. relator Nereu José Giacomolli, em seu voto no acórdão nº 70051752491, primeiramente, afirma que a embriaguez e o excesso de

42. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 70067936476. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Maikel Anderson dos Santos Brando. Relator: Des. Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, 09. mar. 2016.

velocidade não são causas que configuram a assunção de risco do réu diante do resultado. O Magistrado utiliza também a teoria do consentimento e da probabilidade para sustentar a não incidência do dolo eventual. É interessante ressaltar que o julgador neste caso deixou bem claro que são as circunstâncias do caso concreto que indicarão qual o instituto será imputado à situação fática. Além disso, ele destacou que não é a espécie de resultado, ou a violência com que este aconteceu que determinará a incidência do dolo eventual.

Por sua vez, 6 recursos em sentido estrito interpostos pelo Ministério Público foram providos. Os principais argumentos utilizados para caracterizar o dolo eventual foram a soma dos atos cometidos pelo sujeito ativo, ultrapassando o limite permitido da culpa. No acórdão nº 70053235057, para a imputação do dolo eventual, foi considerado pelos Magistrados a embriaguez ao volante, o excesso de velocidade, a realização de manobras arriscada na via, a condução do veículo em ziguezague, bem como a fuga do local do acidente.

No mesmo sentido, a Des^a relatora Rosane Ramos do acórdão nº 70037456993, utilizou a soma das circunstâncias fáticas para atribuir o dolo eventual à conduta do réu:

Tenho, assim, que a soma de algumas circunstâncias mencionadas na prova oral (excesso de velocidade não descartado, ingestão de bebida alcoólica, fuga do local sem prestação de socorro, ocultação do automóvel e vítima atingida pelas costas) não descartam a possibilidade do crime contra a vida ter sido cometido com dolo eventual, situação que impede seja mantida a desclassificação e obriga o julgamento da causa pelos Senhores Jurados.⁴³

Desta forma, para que seja imputado o dolo eventual é necessária uma conduta que ultrapasse os limites do que é considerado culpa pelos juristas penais. Com base na pesquisa jurisprudencial, transcender os limites do crime culposos acontece quando o agente além de estar embriagado e em alta velocidade, se envolve em outro acidente que não àquele que provocou o homicídio, ou pratica corrida automobilística proibida (racha) ou, realiza outros atos que somados demonstram indiferença com o resultado.

5. CONTROVÉRSIAS DA PESQUISA

Diante da análise dos casos, notam-se algumas controvérsias. O acórdão nº 70044458784 trata de um caso em que os sujeitos ativos, na condução de veículos automotores, sob a influência de álcool e em alta velocidade,

43. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 70037456993. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Victor de Andrades Keidann. Relator: Des^a. Rosane Ramos de Oliveira Michels. Porto Alegre, 23. abr. 2013.

supostamente, praticavam corrida na via – pelas características do acidente – ocorrendo a morte de um dos integrantes do veículo. Por sua vez, o acórdão nº 70064675549, trata de critérios semelhantes, os condutores estavam, igualmente, sob a influência de álcool e em alta velocidade, aparentemente, pela forma como o fato ocorreu praticavam racha pela rua.

Nos dois casos, os réus restaram pronunciados, interpondo recurso em sentido estrito da decisão de primeiro grau. Do mesmo modo, em ambos os eventos, os depoimentos das vítimas e das testemunhas corroboram com a tese acusatória do Ministério Público, de que houve a prática de crime doloso contra a vida. Contudo, como se pode observar, apesar das semelhanças existentes entre as circunstâncias fáticas do acontecimento, eles foram julgados de forma diversa.

No acórdão nº 70044458784, os réus foram denunciados pela prática do crime de homicídio na modalidade qualificada, por motivo fútil (prática de racha). Já em segundo grau a decisão de pronúncia foi mantida e o Des. relator Sandro Luz Portal, em seu voto, admitiu a prática de homicídio doloso, entretanto afastou a qualificadora por motivo fútil. Entretanto, o Des. Luiz Mello Guimarães, divergiu do seu voto e foi acompanhado pela Des^a. Rosaura Marques:

No meu entendimento não há como confundir o dolo e a motivação do homicídio, visto que o primeiro caracteriza um elemento normativo do tipo (cuja ausência excluiria a conduta imputada), enquanto a segunda é mera circunstância que o integra (e sem a qual o fato típico – no caso, “matar alguém”, prevista no *caput* do art. 121 do CP – não deixa de existir).

Nesse passo, se o agente pratica um homicídio doloso, seja porque o quis, seja porque assumiu o risco de fazê-lo, o motivo que o leva a praticar a conduta ilícita (com vontade ou consciência), invariavelmente, poderá configurar futilidade.

É que, assim como normalmente existe um motivo para se desejar a morte de alguém, também existe uma razão para se assumir o risco de matar; portanto, se o motivo que leva o agente a agir de forma irresponsável e despreocupada, admitindo o resultado danoso, é algo desproporcional ao tamanho do risco assumido, é possível incidir o motivo fútil.[...]

Ademais, havendo nos autos afirmações de que o réu estava disputando uma corrida de automóveis quando supostamente deu causa à morte da vítima, a imputação de que assumiu o risco de matar apenas para se divertir e se exibir encontra um amparo fático, que é suficiente nesta etapa processual.⁴⁴

44. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 70044458784. Recorrente:

Já no acórdão nº 70064675549, os réus foram denunciados pela prática de homicídio doloso. Em segundo grau a decisão foi de desclassificação das condutas dos réus. O Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes, em seu voto, desclassificou a conduta, afirmando que há provas suficientes acerca do consumo de bebidas alcoólicas, bem como da alta velocidade empreendida pelos acusados. Todavia, ressalta que a prova da prática de racha não restou esclarecida. Os demais Magistrados acompanharam o relator.

De outro modo, há também controvérsia no que se refere à soma dos critérios da embriaguez, do excesso de velocidade e da invasão na pista contrária, nas decisões dos acórdãos nº 70062818927 e 70053548038. Nos dois casos, as circunstâncias novamente, são semelhantes, os condutores dos automóveis, encontravam-se sob a influência de álcool e em alta velocidade, quando invadiram a pista contrária e colidiram com outros veículos. As vítimas restaram gravemente lesionadas.

No acórdão nº 70062818927, o recurso em sentido estrito foi interposto pelo Ministério Público, sendo provido e o réu pronunciado. O Des. relator votou pela desclassificação da conduta do acusado, entretanto, restou vencido. O Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro divergiu dos seus fundamentos, afirmando que é possível a configuração de dolo eventual quando se trata, também de embriaguez ao volante, bem como entendeu ser compatível a tentativa de homicídio com o dolo eventual. O Des. Ingo Wolfgang Sarlet acompanhou seu voto:

Efetivamente, a despeito da compreensão geral de que o condutor de veículo que se embriaga e depois dirige não estaria, necessariamente, em situação de dolo eventual, não é possível, desde logo, afastar do Tribunal do Júri o julgamento do fato que envolve tentativa de homicídio. Por outro lado, não tenho dúvida da possibilidade de ser compatível com dolo eventual a tentativa.

Nesses termos, presente a perfeita fundamentação do parecer ministerial, acolho-o como fundamentação do voto que apresento.

Assim, dou provimento ao recurso e pronuncio o recorrido para ser julgado pelo Tribunal do Júri por dupla tentativa de homicídio simples (art. 121, caput, combinado com o art. 14, II, do Código Penal).⁴⁵

Todavia, no acórdão nº 70053548038, o recurso em sentido estrito foi

Felipe da Silva Mastrascusa. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Sandro Luz Portal. Porto Alegre, 10. nov. 2015.

45. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 70062818927. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Roberto Antonio Paim Junior. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 28. set. 2016.

interposto pela defesa do acusado, sendo provido e a conduta do réu desclassificada. O Des. relator, votou pelo provimento do recurso, sob o fundamento da incompatibilidade do instituto do dolo eventual e da tentativa de homicídio. O Magistrado Julio Cesar Finger concorda com a decisão do Relator, entretanto diverge dos fundamentos. Em seu voto, entendeu não haver elementos suficientes que configurem o dolo eventual, assim como ressalta que o réu deve ser punido pela sua conduta e não pelo resultado obtido. Vejamos:

Em que pese entender que os delitos, como o em tela, mereçam caráter inibitório elevado, sobretudo por atingir à perspectiva de segurança experimentada pelos condutores de veículos automotores no trânsito – e também pela explícita reprovação social aos casos de imprudência ao dirigir, quer pela embriaguez, pelo excesso ou pela displicência no conduzir ou na manutenção do veículo – não pode se olvidar, em Direito Penal, o autor do crime é punido pela conduta, mostrando-se o resultado como baliza para dimensionar a maior ou menor reprovação da ação.

No caso dos autos, ainda que em cognição não exauriente, no entanto, não verifico a existência de elementos mínimos capazes de ensejar a caracterização do dolo, motivo que leva à desclassificação.⁴⁶

Por fim, cabe ressaltar, que diante da pesquisa realizada, percebe-se a preocupação de muitos Magistrados quanto a imputação de dolo eventual nos crimes de homicídio cometidos no trânsito. Nos casos em que a embriaguez e o excesso de velocidade se encontram juntos, é notável que a maioria das condutas foram desclassificadas.

Diante desta falta de padronização dos critérios utilizados pelos Magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pode-se afirmar que isso é um fato gerador de insegurança, visto que são eles os encarregados de uniformizar a jurisprudência. A doutrina reconhece que a imputação de dolo eventual nos homicídios cometidos na direção de veículos automotores é um tema controverso, visto que apesar de ser dolo na modalidade indireta, ainda é dolo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. _____. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

46. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 70053548038. Recorrente: Dirceu Norberto Gomes da Silva. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, 29. maio. 2013.

dEmenta%3D6847040+70069560696++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70069560696&comarca=Comarca%20de%20Montenegro&dtJulg=22/06/2016&relator=Sylvio%20Baptista%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 16. maio. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 70069648079. Recorrente: Luis Alberto Gonçalves. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 06. jul. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70069648079%26num_processo%3D70069648079%26codEmenta%3D6850658+70069648079++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70069648079&comarca=Comarca%20de%20Alvorada&dtJulg=06/07/2016&relator=Sylvio%20Baptista%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 18. maio. 2017.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. _____. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.302.

OMS. Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-brasil-e-o-pais-com-maior-numero-de-mortes-de-transito-por-habitante-da-america-do-sul/>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

A CARÊNCIA DE CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA EM MATÉRIA PENAL NO BRASIL: UMA APROXIMAÇÃO DO DIREITO PENAL DE AUTOR

Airto Chaves Júnior¹

Roberta Werner Pinto²

RESUMO: Através do método indutivo, a presente pesquisa tem como objeto o estudo da latente desorientação político-criminal dos Tribunais Superiores do Brasil no trato do Princípio da Intervenção Mínima. O objetivo geral é demonstrar que as balizas de que se valem os Tribunais Superiores no trato do Princípio da Intervenção Mínima não condizem com as ideias fundantes de referido princípio, o que ocorre, especialmente, quando se verificam categorias à análise de aspectos relativos a pessoa do réu para determinar-se a (in)existência do fato criminoso. Assim, tem como problema de pesquisa o seguinte questionamento: os vetores interpretativos sedimentados pelos Tribunais Superiores para o reconhecimento da atipicidade material da conduta em razão da mínima lesão ao bem jurídico pelo princípio da insignificância encontram amparo dogmático no Funcionalismo Penal Teleológico? Justifica-se a pesquisa na medida em que a intervenção penal deve ser reservada e mínima em face das circunstâncias, jamais vinculada a critérios ou vetores objetivos.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Intervenção Mínima; Bem Jurídico Penal; Direito Penal de Autor.

1. INTRODUÇÃO

A partir dos fatos precedentes que ostentam os Tribunais Superiores do Brasil no trato do Princípio da Intervenção Mínima, a presente pesquisa tem por escopo o estudo da latente desorientação político-criminal acampada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento da atipicidade material da conduta em razão da mínima

1. Doutor em Ciência Jurídica (UNIVALI); Doctor em Derecho de la Universidad de Alicante/Espanha; Professor titular do Curso de Graduação em Direito da Univali nas disciplinas de Direito Penal e Direito Processual Penal; Professor de Direito Penal da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (EMPSC); Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC); Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Trabalho de Santa Catarina (AMATRA 12); Advogado Criminalista e Sócio do Escritório "Chaves Jr. Advocacia Criminal", com sede em Itajaí/SC. Endereço eletrônico: airto@chavesjrcriminal.com.br
2. Acadêmica da Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, cursando o 6º período. Bolsista do Programa de Bolsas de Iniciação Científica – ProBIC. Endereço eletrônico: roberta@chavesjrcriminal.com.br

lesão ao bem jurídico pelo princípio da *insignificância*.

Nos Tribunais Superiores, sedimentou-se o entendimento de que o Direito Penal não deve intervir quando se estiver diante dos seguintes critérios objetivos traçados por esses Tribunais, quais sejam: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e, d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ocorre, entretanto, que essas “balizas” de que se vale a jurisprudência na abordagem do Minimalismo Penal não respeitam as ideias fundantes do Princípio da Intervenção Mínima, o que incide, especialmente, quando se verificam aspectos relativos à pessoa do réu para determinar-se a (in)existência do fato criminoso.

Assim, a dúvida que se pretende sanar com o presente trabalho, é a seguinte: os vetores interpretativos sedimentados pelos Tribunais Superiores do Brasil para o reconhecimento da atipicidade material da conduta em razão da mínima lesão ao bem jurídico encontram amparo dogmático no Princípio da Intervenção Mínima?

Para sanar essa dúvida, inicialmente, tratar-se-á dos requisitos para a aferição das hipóteses de incidência do Princípio da Intervenção Mínima a partir das concepções funcionalista em Direito Penal, construção que é fundada na *lesividade, subsidiariedade e fragmentariedade*.

Na segunda e última parte da pesquisa, apresentar-se-á as carências de referências dogmáticas dos vetores elencados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal no trato da intervenção mínima do Direito Penal, chegando-se a levar em conta características pessoais do agente para se verificar se manifestar sobre a existência ou não do fato criminoso, majorando a discriminação que já é intrínseca ao processo de criminalização.

Por derradeiro, o presente trabalho se encerra com as Considerações Finais, nas quais serão apresentadas pontos conclusivos acerca da resposta do problema de pesquisa formulado.

O método utilizado no estudo que se apresenta será o indutivo, o qual é subsidiado, sempre, pela pesquisa bibliográfica.

2. O BEM JURÍDICO PENAL

Costuma-se afirmar que o cerne de todo o Direito Penal está situado

no injusto, isto é, no tipo de antijuridicidade. Porém, apenas essa constatação formal não basta. No fundo de toda norma penal, por exigência constitucional, subsiste a proteção de um bem jurídico como objeto concretamente apreensível. A conduta proibida, assim, deve ser encarada como realidade concreta, não como uma relação causal, neutra e formal.³

Deve-se, assim, partir do pressuposto de que o Direito Penal se vale de uma série de técnicas de regulamentação, as quais visam atingir a meta da proteção de bens jurídicos por meio de uma cuidadosa distribuição de deveres e competências. Ou seja, não apenas o autor do injusto, mas também a vítima (quando possível), o juiz e o legislador devem prestar contribuições para realizar o fim proposto pelo sistema. É necessário introduzir esse método de persecução de fins na divisão do trabalho também na teoria do bem jurídico-penal do injusto.⁴

Bernd Shünemann⁵ registra que a ideia central da limitação de caracterização do injusto penal deriva do conceito de contrato social, tal como foi imposta há cerca de 250 anos. Com o passar do tempo, essa ideia inicial ganhou contornos diversos, de modo que as voltas do “dano social” na filosofia jurídico-penal de Beccaria e Hommel, de “lesão de direito” em Feuerbach e de “bem” ou “bem jurídico” em Birbaun e Liszt não se incorporaram em raciocínios idênticos, porém, são caracterizados por uma base comum, cujas diferenças, conforme Shünemann⁶, foram muito acentuadas com a profunda investigação que servem de modelo até os dias atuais.

3. TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e comunicação de penas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. Número especial de lançamento, 1992, p. 78-79.

4. GRECO, Luis. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 07-08.

5. SHÜNEMANN, Bernd. *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 206.

6. Beccaria reconheceu expressamente como terceira categoria de crimes aqueles que são contrários ao que cada um está obrigado a fazer ou não fazer em atenção ao bem público, definindo esse bem público como a tranquilidade pública e paz. No que diz respeito a Feuerbach, embora em sua filosofia de direito penal e, em princípio, também no Código Penal bávaro de 1813, elaborado, encontramos a restrição do direito penal ao comprometimento dos direitos subjetivos do indivíduo. Finalmente, no que diz respeito à própria posição de Birbaun sobre a limitação do direito penal, a avaliação de Amelung citada acima de um “conceito que abrange a extensão do poder coercivo do Estado à manutenção da moralidade” é muito exagerada. Birbaun busca o “conceito jurídico natural de crime” ou o “conceito de crime natural”, e por isso entende aquele que “de acordo com a natureza do direito penal pode ser racionalmente considerado digno de punição na sociedade civil”. (...) No momento de conceituar os bens, parte sempre que em parte são dados dos homens provenientes da natureza e em parte são produtos da evolução social, e diferencia com bastante precisão os delitos contra bens individuais daqueles contra bens coletivos. Ver: SHÜNEMANN, Bernd. *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 203-204.

A partir do primeiro terço dos 250 anos de história da moderna teoria jurídico-penal, (a qual começa com Beccaria e termina com Birbaun), verificam-se respostas não idênticas, porém, pouco divergentes para no que concerne a Teoria do Bem Jurídico: a) por meio de considerações jusracionalistas – diretamente da figura do contrato social ou apoiadas de forma historicamente menos rígida – é possível desenvolver um conceito de crime, que não está disponível para o legislador, e que se define pelo “dano social causado aos bens naturais ou aos bens sociais dos membros da sociedade (...), e é imprescindível que esta infração afete um bem necessário para todos e que deve ser preservado”⁷; b) passa-se a sustentar a ideia orientadora de que o Estado deve garantir a possibilidade de desenvolvimento do indivíduo, fornecendo algumas coordenadas do que o Estado pode proteger através do direito penal e aquilo que o Estado não pode^{8, 9}.

Por isso, a Teoria do Bem Jurídico desempenha um papel central no Direito Penal do mundo ocidental, tanto Europeu quanto brasileiro, pois o Brasil é tributário, especialmente, da dogmática penal alemã. E essa centralidade pode ser diagnosticada a partir do clássico preceito formulado por Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde: “o bem jurídico é o critério central para determinar corretamente o merecimento de pena que, para salvaguardar, de algum modo, os direitos das diferentes partes que intervêm no conflito penal, deve ser complementado com outros critérios, como a danosidade social, a subsidiariedade, a tolerância, etc.”¹⁰.

7. SHÜNEMANN, Bernd. **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 207.
8. Sobre aquilo que não pode ser protegido pelo Estado através do Direito Penal, lembra Claus Roxin que “os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico”. Assim, os objetos de proteção de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos. Os tipos penais que sancionam formas de comportamento sob a condição de que sejam “idôneas” para “pertubar a paz pública”, por exemplo, não descrevem suficientemente um bem jurídico concreto, pois a “idoneidade” reclamada pressupõe um juízo de valor não fundado empiricamente (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 21/25).
9. Em primeiro lugar, os bens que o indivíduo precisa para o seu desenvolvimento, mas não os bens usurpados à custa do desenvolvimento de outros; e, mais tarde, os bens compartilhados por todos os indivíduos que são necessários para uma vida próspera em comum. (...) Ao mesmo tempo, com o conceito de dano ou de bem, tem-se que não pode ser objeto de proteção criminal qualquer interesse, e sim somente aquele interesse imprescindível para a vida próspera em comum, de modo que os meros retrocessos que se deslocam sobre o indivíduo ou a mera imperfeição de uma organização social, não são suficientes para justificar uso ao direito penal (Conforme: SHÜNEMANN, Bernd. **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 208).
10. HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Sevilla/ES: Tirant lo Blanch, 1989, p. 113-114. Conforme os autores, até mesmo os teóricos de orientação doutrinária que sustentam que a missão do Direito Penal não consiste na proteção de bens jurídicos, mas no fortalecimento dos valores ético-sociais e do sistema normativo precisam admitir, também, o critério

É bem verdade que os demais ramos do Direito também comportam essa finalidade, ou seja, também são concebidos para proteger os direitos legais e assim, pode-se dizer que o Direito Penal intervém em conjunto com muitas outras instituições sociais. A sua diferença, porém, está na maneira de como ele realiza especificamente essa tarefa protetora quando trata das infrações normativas mais graves, sobretudo, porque a sua proteção tem como parâmetro a conduta desviante, o que caracteriza o Direito Penal.¹¹

Mas, afinal, o que pode ser considerado “Bem Jurídico”? Estudo realizado por José L. González Cussac, Paulo Cesar Busato e Rodrigo L. F. Cabral¹² traça as principais noções de Bem Jurídico tratadas pela doutrina penal ao longo do tempo.

Em primeiro lugar, fala-se de uma **concepção formal**, a qual entendia que o Bem Jurídico era desprovido de qualquer significação material. Conforme essa orientação, a lesão ocorreria com a pura desobediência às prescrições legais e, assim, identificava-se com a finalidade contida na própria norma.

Mais tarde, passa-se a cuidar de uma **concepção material** do Bem Jurídico Penal. Essa orientação, encontra-se alinhada as idéias de direito subjetivo, interesse, valor, etc.¹³, os quais, em grande medida, relacionam-se com a ideia de repercussão social e, a partir dela, de dano ou aquilo que se compreende por *lesividade social*.

Atualmente, os parâmetros dessas duas orientações são distinguidos a partir de novas formulações. Com relação à primeira, pode-se falar em concepções teleológico-formais que, originárias no interior da corrente *funcionalista* (estratégica), contemplam a norma e as categorias da teoria do delito

- do bem jurídico, pois o Direito Penal só pode perseguir aquelas metas dentro dos limites traçados pela Constituição e pela ideia do Estado de Direito. Nem a proteção dos valores ético-sociais da ação, nem o fortalecimento do reconhecimento normativo, nem, também, a proteção dos direitos legais, podem ser aceitos além do direito penal e do princípio da proporcionalidade. Assim, seja qual for a missão ou propósito do direito penal, sempre será limitado pela ideia do Estado de Direito (Obra citada, p. 114).
11. HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Sevilla/ES: Tirant lo Blanch, 1989, p. 116.
12. CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanch; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 221-222.
13. A compreensão da categoria “bem jurídico penal” é melhor realizada a partir da teoria do tipo. Assim, poder-se-ia definir a expressão como “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”. Porém, sabe-se que toda definição, peca por tautologia se prescindir-se de sua explicação. Costuma-se, por exemplo, dizer que os bens jurídicos são, a vida, a honra, a propriedade, a administração pública, etc. Na verdade, “embora não seja incorreto afirmar que a honra seja um bem jurídico, isto não passa de uma abreviatura, porque o bem jurídico não é propriamente a honra, e sim o direito a dispor da própria honra, como o bem jurídico não é a propriedade, e sim o direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais”. Ver: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 403.

(o bem jurídico, inclusive) a partir de suas consequências, ou seja, da pena¹⁴: o objetivo aqui seria, assim, assegurar as expectativas normativas pelo que, o conceito é desprovido de qualquer função de tutela.

Em sentido contrário, as novas formulações materiais são elaboradas a partir da perspectiva do Estado Social de Direito. Busca-se, neste contexto, recuperar a função limitadora do Bem Jurídico conectando-o às finalidades do ordenamento jurídico e à política criminal (teleológico-material) e com as finalidades consagradas na Constituição (teses constitucionalistas).¹⁵ Desse modo, conforme os mencionados autores¹⁶, um conceito pedagógico de Bem Jurídico pode ser definido como “todo valor da vida humana (*bem*) protegido pelo Direito (*jurídico*)”¹⁷.

São, portanto, circunstâncias reais a partir das quais se busca promover uma vida segura e livre, que garanta os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.¹⁸ Por isso, Claus Roxin¹⁹ defende um conceito de bem

14. Juarez Tavares explica que essa primeira perspectiva toma, simplesmente, a norma como instrumento de proteção imediata do interesse. Assim, ao se adotar essa orientação, a norma seria concebida como a forma estatal de manutenção e proteção de interesses sociais relevantes ou dominantes (ninguém nega que o direito não está alheio aos interesses da estrutura social, nem pode sobreviver por muito tempo sem eles). Uma vez promulgada, só caberia interpretá-la e fazê-la incidir no caso concreto (Conforme: TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 254).
15. Neste passo, quando se sustenta que toda incriminação visa a defender um bem jurídico, o conceito de bem jurídico pode ser entendido tanto de uma perspectiva dogmática quanto de uma perspectiva político-criminal, ou, para usar a famosa terminologia de Hassemer, tanto de uma perspectiva imanente ao sistema quanto transcendente ao sistema. De uma perspectiva dogmática, toda norma terá seu bem jurídico. Quanto a esse conceito, não há qualquer dúvida ou problema. Ele nada mais é que o interesse protegido por determinada norma, e onde houver uma norma, haverá um tal interesse. O conceito político-criminal de bem jurídico seria, portanto, dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional. Ver: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Com um adendo: **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.
16. CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 212. Na mesma obra, os autores conceituam “Bem Jurídico” como “o primeiro momento em todo processo de sua justificação da intervenção estatal. É um requisito necessário, mas não suficiente para a legitimação constitucional da intervenção penal sobre a liberdade geral dos cidadãos (...). É todo valor, interesse ou direito digno, necessário e suscetível de proteção e cuja existência ou tutela não esteja proscribita constitucionalmente. (...) Em termos de justificação: a necessidade de tutela de um bem jurídico legítima a punição e transforma-se em um critério essencial na aplicação dos tipos penais.” (Obra citada, p. 217). Importa registrar, porém, que eles renunciam as concepções dogmáticas tradicionais (e dominantes) segundo a qual o bem jurídico desempenha uma função nuclear ao constituir o conceito que outorgaria especificamente cada delito com a combinação com a categoria “injusto penal”. Para eles, o que fundamenta a especificidade de cada delito não é o bem jurídico, mas a ação típica que o lesiona. Nesta perspectiva de análise, “ação típica” e “bem jurídico” são noções inseparáveis (Obra já mencionada, p. 218).
17. Em Direito Penal, o Bem Jurídico pode ter natureza individual/pessoal (vida humana, patrimônio, incolumidade física, honra, etc.) ou coletivo/supraindividual (patrimônio histórico, meio ambiente, etc.).
18. Essa segunda orientação subordina a norma a um processo de avaliação. A partir dessa perspectiva, a norma jurídica, em todas as suas fases, estaria submetida a um processo de verificação de legitimidade e validade, de modo que o interesse só pudesse nela se inserir na forma de valor jurídico, cuja lesão ou perigo de lesão condicionaria a intervenção estatal (Ver: TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 254-255).
19. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de

jurídico limitador à legislação penal, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Por isso, promove severas críticas ao *conceito metódico* de bem jurídico (fundado na concepção formal anteriormente explanada), segundo o qual como bem jurídico unicamente se deve entender o fim das normas, a *ratio legis*.

Problema é que, apesar de pedagógico, referido conceito é bastante vago, o que permite que tenha sido ele utilizado pela doutrina como suporte argumentativo para explicar o porquê de certas incriminações, mas a partir do pressuposto puramente formal de que a norma penal teria como escopo sua proteção e, admitindo, assim, sua legitimidade. Não parece esta a melhor orientação, especialmente porque o discurso de proteção do bem jurídico é sempre uma oportunidade incriminadora e, assim, poder-se-iam tipificar condutas que lesam bem jurídicos ilegítimos (abstratamente) e, no âmbito concreto, punir comportamentos inócuos, sem qualquer correspondência efetiva com questões da vida social. Por isso, “ao invés de ser tratado como objeto de proteção, deve assumir a posição de objeto de referência necessária da incriminação”²⁰, em que a sua função essencial deve estar situada na “capacidade que mostra de se afirmar como o critério de determinação de um direito penal que não pode ser aleatório, que assume pela primeira vez de forma racional a sua legitimação”²¹.

Isso implica exigir, em qualquer processo de incriminação, a demonstração de que a conduta tenha lesado ou posto em perigo o respectivo bem jurídico (*princípio da lesividade*). De tal forma, o princípio da lesividade constitui uma manifestação do princípio da estrita legalidade penal, pois a norma é a única que pode fixar o valor a ser tutelado (ou seja, o bem jurídico penalmente protegido).²² Caso contrário, ou seja, “caso a incriminação não possa ter como objeto de referência a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, é ela invadida por não representar essa norma um instrumento adequado do processo de comunicação que se destina a determinar as zonas do lícito e do ilícito”²³. Daí a importância da submissão ao Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos formulado por Claus Roxin²⁴, pois serve ele como linha

- André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20.
20. TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 254.
21. PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Bens Jurídicos Coletivos e Bens Jurídicos Políticos**. Portugal: Coimbra Editora, 2003, p. 309-310.
22. CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 213.
23. TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 254.
24. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de

diretriz político-criminal para o legislador, como arsenal de indicações para a configuração de um delito de um Direito Penal liberal e de Estado de Direito. Mas, a partir desse modelo dogmático, três observações são necessárias.

A primeira delas, é que, pela via do Princípio da Intervenção Mínima e da elaboração de um conceito de Bem Jurídico, apresenta-se uma série de peculiaridades que convertem o Direito Penal num mecanismo de proteção jurídica autônoma, e até certo ponto, independentemente de outros ramos do Direito. No entanto, “não existe uma obrigação para o legislador sancionar penalmente toda conduta que lesione um bem jurídico, e nem o Direito Penal é a única forma de proteção de bens jurídicos, sejam ou não direitos fundamentais”²⁵ (*critério da fragmentariedade*²⁶).

A segunda observação sugere que a proteção de bens jurídicos não significa, necessariamente, proteção através do Direito Penal. Conforme lembra Claus Roxin, “os bens jurídicos não são somente protegidos pelo Direito penal, mas sim, também, por ele”.

Em terceiro lugar, as condutas tipificadas penalmente que podem lesionar ou pôr em perigo bens jurídicos relevantes (princípio da legalidade penal) devem respeitar o caráter de *ultima ratio* que, dentro do ordenamento jurídico, tem o Direito Penal como último recurso de intervenção (*critério da subsidiariedade*²⁷).

André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

25. MUÑOZ CONDE, Francisco. *El Nuevo Derecho Penal Español*. Estudios Penales en Memoria Del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Protección de bienes jurídicos como limite constitucional del Derecho penal. Elcano (Navarro): Aranzadi Editorial, 2011, p. 563.
26. Conforme Paulo Cesar Busato, a identificação do bem jurídico como referência da dimensão material do injusto penal constitui um limite à atividade repressora do Estado. Por isso, não são todos os bens jurídicos que recebem a proteção penal, senão somente aqueles identificados como essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade. Toda norma penal deve ter em sua estrutura de base um bem jurídico. No entanto, esse bem deve ser essencial para o desenvolvimento humano em sociedade, o que se alinha com o reconhecimento de que todo bem jurídico penal deve ser compatível com um Estado Social e Democrático de Direito. O caráter *fragmentário* do Direito Penal faz com que o Estado retire do ordenamento pelo meio legislativo tipos penais cuja identificação à ofensa de tal bem não é respaldada em um consenso social sobre sua imprescindibilidade. Francisco Muñoz Conde sustenta que a fragmentariedade do Direito Penal aparece em uma tripla forma: a) defendendo o bem jurídico só contra ataques de especial gravidade; b) tipificando só uma parte de que nos demais ramos do ordenamento jurídico estima como ilícito; e, c) deixando sem castigo, em princípio, as ações meramente imorais. Resumidamente, essa seleção de bens jurídicos, os seus níveis de gravidade de ataque e a exclusão das condutas meramente imorais é denominada fragmentariedade. A fragmentariedade é, assim, uma característica do Princípio da Intervenção Mínima. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2013, p. 56-59.
27. Guilherme Merolli explica que o desrespeito ao caráter subsidiário do direito penal gera um pernicioso fenômeno denominado de “hipertrofia penal” (também conhecido como “inflação legislativa”, “esquizofrenia legislativa” ou “crescimento patológico do direito penal”) – fenômeno este que não está livre e isento de críticas. Isto porque a hipertrofia penal representa a cristalização da ideia de que o Direito Penal pode ser a panaceia para dos os males. Ora, mediante a sua deflagração, detecta-se a volúpia do legislador em querer resolver simplesmente tudo pela via criminal. Nesse contexto, o Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* da política social do legislador e se transforma, subitamente, na *prima ratio* ou, então, na *sola ratio* de solução dos conflitos sociais – em franca oposição, portanto, à concepção do

É bem verdade que a afirmação de que o Direito Penal deva funcionar como último meio de intervenção de controle pouco contribui para o exercício desse mesmo controle, já que não se fornece, concretamente, parâmetros substanciais que legitimam determinada punição. Isso se deve, especialmente, ao fato de que não existe um conceito unitário de Bem Jurídico e, assim, não é possível definir bem jurídico como se fosse um tipo de objeto. Por conseguinte, esse conceito deve ser “concebido *procedimentalmente*, em termos de justificação, argumentação ou discussão. Neste sentido, bem jurídico será todo aquele cuja tutela legítima a punição”²⁸.

Assim, a análise de critérios da *lesividade*, *subsidiariedade* e da *fragmentariedade* pressupõe o respeito a uma escala de ponderação entre a intervenção estatal e a liberdade civil. Para tanto, deve-se, necessariamente, observar a fixação prévia de certas diretrizes que deverão ser levadas em conta em dois níveis de ponderação: I. pelo **legislador** (durante o processo de seleção das condutas penalmente relevantes); II. pelo **aplicador do Direito** na valoração do comportamento que, formalmente, teria violado o bem jurídico selecionado no âmbito abstrato.

Com relação à proteção do Bem Jurídico no campo abstrato (realizada no âmbito do poder legislativo), Guilherme Guedes Raposo²⁹ enumera três etapas que devem ser observadas por ocasião da escolha dos comportamentos

Direito Penal enquanto um instrumento subsidiário de controle social. Conforme: MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal**: curso ministrado na cadeira de direito penal I da UFSC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21; neste passo, existem situações em que a intervenção do Estado pela via do Direito Penal não teria sentido: não se pode, por exemplo, falar em necessidade de intervenção penal para se cobrar a dívida decorrente da inadimplência de aluguel quando as medidas cíveis de despejo se provam mais eficientes e menos custosas. Isso não implica negar ao patrimônio a condição de bem jurídico essencial do indivíduo, mas reconhece a hipótese como um “ataque menos grave” a esse bem. Assim, pleitear a não intervenção penal em determinados casos não significa pugnar pela ausência completa de intervenção do Direito ou a desnecessidade de intervenção estatal, ou ainda, a irrelevância completa do fato em si, como frequentemente se pensa. Ver: BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 60-61; a necessária proteção do Bem Jurídico pela via penal pode, então, ser explicada nos seguintes termos: o legislador encontra-se diante do ente “vida humana” e tem interesse em tutelá-la, porque a valora (a considera positiva, boa, necessária, digna de respeito etc.). Este interesse jurídico em tutelar o ente “vida humana” deve ser traduzido em uma norma; quando se pergunta “como tutelá-lo?”, a única resposta é: “proibindo matar”. Esta é a norma proibitiva “não matarás”. Esta norma deve ser expressa em leis e, com isto, a vida humana se revelará como um bem jurídico. Assim, a vida humana é um bem jurídico à luz das disposições constitucionais, civis (art. 948 do CC/2002) etc. Sem embargo, pode ser que não se contente com esta manifestação da norma e requeira também uma tutela penal, ao menos para certas formas de lesão ao bem. É aí, então, quando o legislador elabora o tipo penal que o bem jurídico vida humana passa a ser um bem jurídico-penalmente tutelado (art. 121 do CP). Conforme: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 397.

28. CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 214.
29. RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito**: Uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 167.

passíveis de punição por meio de uma pena: a) a identificação do bem jurídico que se deseja proteger³⁰; b) a definição da estratégia político-criminal que será adotada para sua proteção, ou seja, a fixação das medidas – punitivas ou não – que serão implementadas para resguardar a integridade do bem jurídico (o legislador deve se valer, aqui, com base em regras de experiências, em dados empíricos e criminológicos, e em eventuais conhecimentos científicos setoriais); e, c) a análise de qual forma de controle social, dentre todas existentes, será a mais eficaz e menos onerosa (em termos de danos sociais) para coibir o comportamento indesejado.

Nesse primeiro nível, deve-se observar se o bem jurídico em questão inscreve-se entre aqueles cuja proteção é fundamental para o desenvolvimento social do indivíduo. Não seriam fundamentais e nem suscetíveis de incriminação, assim, a dissensão de opinião³¹ e ofensas a convicções de conteúdo meramente moral.³²

No segundo nível, por sua parte, o aplicador do Direito tampouco deve proteger os Bens Jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frente às lesões produzidas mediante riscos não permitidos e intoleráveis socialmente. De acordo com Claus Roxin³³, a categoria central do injusto penal não é, pois, a causação do resultado ou a finalidade da ação humana, como se vinha acreditando por muito tempo, senão a realização de um risco não permitido. A causalidade é só uma condição necessária, mas não suficiente, do injusto penal.

Apesar de toda essa construção teórica, uma oposição que se costuma fazer à ideia de proteção de Bens Jurídicos como missão do Direito Penal necessita ser enfrentada. Conforme anota Paulo Cesar Busato³⁴, o Direito Penal oferece uma proteção meramente simbólica e não efetiva na proteção de Bens Jurídicos.³⁵ E isso é fato incontestável e que é demonstrado por cada novo

30. A importância disso reside, justamente, porque é “através do direito penal que o controle social é formalizado” (HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Sevilla/ES: Tirant lo Blanch, 1989, p. 116).

31. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 65.

32. Define-se “moralismo jurídico-penal” como a tese segundo a qual a imoralidade de um comportamento é uma boa razão, isto é, uma razão adicional e intrinsecamente relevante, para incriminá-lo (GRECO, Luís. Tem futuro a Teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ana Elisa Liberatore S. Bechara (Coord.). Ano 18, nº 82, jan-fev./2010, p. 172). O Direito Penal não pode proteger a moral porque sua tarefa se esgota na proteção de bens jurídicos, e a moral não é um bem jurídico.

33. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.

34. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 16.

35. Tenta-se distinguir as funções manifestas das funções simbólicas do Direito Penal. Para tanto, é comum

fato criminoso. Diante dessa constatação, importa lembrar que, num Estado Democrático regulado pelo Direito, só é legítimo intervir juridicamente na vida das pessoas *ex post*, pelo que, não é possível pensar que o Direito Penal ofereça uma proteção real, seja qual for o Bem Jurídico a que se esteja tratando. O máximo que se pode esperar, é que a norma oriente a consciência das pessoas mas, sempre, num caráter de mera expectativa.

3. INTERVENÇÃO MÍNIMA E INSIGNIFICÂNCIA DO FATO NO BRASIL

Conforme se verificou, os critérios para a legitimação de normas a partir das Teorias que tratam do Bem Jurídico Penal como núcleo fundamental para o Direito Penal constituem um filtro no processo de incriminação, tanto no campo abstrato de tipificação das condutas (seletividade na indicação dos bens que receberão a tutela penal) quanto no campo concreto de aplicação da norma (com a limitação à cominação e a aplicação da penas). Nesta perspectiva dogmática, “além de reduzir a intervenção punitiva do Estado, faz-se necessário qualificar tal intervenção de forma socialmente adequada”³⁶, levando-se em conta bens jurídicos considerados realmente dignos de tutela penal.

Neste passo, o Direito Penal pode ser utilizado, também, como instrumento de crítica, seja política ou constitucional, tanto nas práticas legislativas quanto nos diversos exercícios que promovem a *criminalização secundária*³⁷

que se recorra aos estudos do sociólogo norte-americano Robert Merton: seria simbólico o Direito Penal que não alcança as suas funções manifestas (declaradas), mas apenas as latentes, de modo que se desenvolva uma fraude. E isso parece mesmo ocorrer já que, segundo a difundida teoria da prevenção geral positiva, defendida inclusive por Winfried Hassemer (um dos principais críticos do Direito Penal Simbólico), o simbolismo é inerente não apenas às modernas incriminações, mas a toda e qualquer norma penal. Sobre o tema, ver: GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 41-42. E o fracasso das funções alinhadas à prevenção geral restam bastante evidentes quando avaliada a reincidência penal. “Apesar da deficiência dos dados estatísticos é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar ninguém, ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do tratamento do recluso. É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não liberdade. Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são, sob todos os aspectos, desalentadores (...). Na verdade, as causas responsáveis pelos índices alarmantes de reincidência não são estudadas cientificamente. O progresso obtido em outros campos do conhecimento humano ocorre exatamente mediante o estudo criterioso dos fracassos e das suas causas (...)”. Conforme: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 718-719.

36. GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 117.

37. Tem-se por *criminalização secundária* a seleção efetiva e definitiva operada pelas agências de repressão. Essas agências são os segmentos do Sistema Penal que atuam no plano concreto. Os segmentos básicos do sistema penal que funcionam neste momento do processo de criminalização são o policial, o judicial, e o executivo. Trata-se, portanto, de três grupos humanos que convergem na atividade institucionalizada do sistema. Conforme: CHAVES JR., Airto. OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o direito penal?** uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 141.

na forma daquilo que tratou Luigi Ferrajoli³⁸: “o grau de civilização de um Estado é medido, sobretudo, pela economia das proibições e penalidades, e pelo grau de tolerância social expressada no comportamento desviante, especialmente quando não se ofende os Direitos Fundamentais das pessoas”.

A proposta deve se ajustar, portanto, à proteção dos Direitos Fundamentais no controle social daquilo que Paulo Cesar Busato³⁹ chama de “controle do intolerável”. E o intolerável, segundo o autor, passa pela existência de um ataque grave a um bem jurídico essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade. Essa, e nenhuma outra, deve ser a justificação da imposição de uma norma jurídico-penal, a qual somente pode ser considerada válida diante da pretensão de justiça.

Por esta razão, frente ao nosso modelo constitucional, o Bem Jurídico deve operar como um limite ao Estado (função negativa), e jamais em sentido contrário. Assim, esse limite não obriga a punir (a criar tipos penais) nem mesmo nos casos em que se verificam socialmente danosos, pois o Estado possui outros instrumentos de tutela distintos daqueles produzidos a partir do Direito Penal de forma que não se pode inverter o sentido do âmbito de proteção⁴⁰ (*ultima ratio*).

No Brasil, o Princípio da Intervenção Mínima é tratado sob a denominação de *princípio da bagatela* ou *princípio da insignificância*, nomenclatura que foi mencionada por Claus Roxin na obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*⁴¹ editada pela primeira vez em 1972.⁴²

Na perspectiva da *insignificância*, a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Assim, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de

38. FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. In: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Marzo-Junio 1992. Año 4, nº 5.

39. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 17.

40. CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Compêndio de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 214.

41. Ver: ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 73. Conforme Roxin, para ser significativa no âmbito penal, “não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade” (Obra citada, p. 74).

42. Há autores, a exemplo de Cezar Roberto Bitencourt, que sustentam que a terminologia foi utilizada por Roxin pela primeira vez no ano de 1964, mas foi com a obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* que o *princípio* foi incorporado ao âmbito da doutrina.

vista formal (adequação da conduta ao tipo) podem não apresentar nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal (por ausência de tipicidade material) porque, nesses casos, o bem jurídico penalmente tutelado não chegou a ser afetado.⁴³

Embora no contexto brasileiro a esmagadora maioria dos autores trate da *insignificância* como princípio orientador da intervenção penal, há autores que fornecem severas críticas a essa questão terminológica por entenderem que essas expressões (*bagatela* ou *insignificância*) minimizam a importância do tema porque, foneticamente, associa o princípio a uma questão de pouca importância quando, realmente, ocupa o núcleo da filtragem político-criminal.

Paulo Cesar Busato⁴⁴, por exemplo, anota que as expressões induzem conclusão de que o objeto material sobre o qual se debruça o intérprete é o determinante único da necessidade de intervenção penal. Por vezes, isso acaba por contaminar a práxis forense brasileira, pois resta associada a uma necessidade positivista atávica, manifestando-se em decisões que referem expressamente à necessidade de fixação objetiva, por exemplo, de valores de referência para crimes patrimoniais.

De outra parte, ainda conforme o autor referido, a adoção da expressão *intervenção mínima* dá a exata medida e os precisos contornos do princípio, pois deixa claro que a intervenção do Estado pela via do Direito Penal é reservada, seletiva, mínima, em face das circunstâncias, jamais vinculada a critérios objetivos e, menos ainda, a valores determinados.

No final da década de 1980, alguns casos tangenciaram o Princípio da Intervenção Mínima no Supremo Tribunal Federal. No entanto, o RHC 66.869 julgado em dezembro de 1988, de Relatoria do Min. Aldir Passarinho, é o precedente apontado como o primeiro em que a Suprema Corte reconheceu a atipicidade material do fato com fundamento no *princípio da insignificância*.⁴⁵ Dezesesseis anos mais tarde, vem a julgamento aquele que é

43. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68-69.

44. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 64.

45. Veja-se, porém, é possível encontrar antecedentes ainda mais remotos, em que a irrelevância penal dos fatos em questão foi utilizada como argumento para a concessão de ordens de habeas corpus. No único acórdão do Plenário sobre o tema (HC 39.289, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 08.08.1962), discutiu-se o furto de “sete metros de pano cru”, tendo sido a ordem concedida por ausência de dolo. Em casos julgados em 09.03.1970 (RHC 47.694, Rel. Min. Thompson Flores) e 15.12.1970 (HC 48.370, Rel. Min. Djaci Falcão), os pacientes foram beneficiados por decisões que reconheceram a atipicidade do porte de pequenas quantidades de maconha para consumo pessoal, uma vez que as condutas ocorreram antes do advento do Decreto-Lei nº 385/1968. Ver: STF, 1ª Turma: Habeas Corpus 123.108 (MG). Relatoria do Min. Roberto Barroso. Julgado em 03/08/2015, p. 13.

considerado o verdadeiro marco da jurisprudência do STF na matéria. No precedente, pela primeira vez, são expostos, de forma analítica, os fundamentos e os quatro vetores que mais tarde seria matéria sedimentada para a aplicação do *princípio da insignificância* em matéria penal no Brasil.⁴⁶

Apoiando-se neste precedente, foram assentadas algumas premissas alinhadas diretamente ao Princípio da Intervenção Mínima: a) a *insignificância* é fundada nos postulados da fragmentariedade e subsidiariedade; b) a *insignificância* exclui a tipicidade material do fato⁴⁷; e, c) para o reconhecimento da *insignificância*, devem ser observados os quatro vetores que orientaram o HC 84.412⁴⁸, quais sejam: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a

46. STF, HC 84.412, de Relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 19.10.2004. O acusado, no caso em questão, fora processado por furtar uma fita de *videogame*, avaliada em R\$ 25,00 (vinte e cinco reais). Segue a ementa: “PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FURTO – CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – ‘RES FÚRTIVA’ NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOUTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. – O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: ‘DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR’. – O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social”. *Destacou-se.*

47. Isso porque, é bastante prevalente no âmbito doutrinário de que a ausência de grave lesão ao bem jurídico penalmente protegido pela norma penal afasta a tipicidade material. Dessa forma, a tipicidade penal deve ser avaliada em duas fases distintas: a) formal (adequação da conduta ao tipo legal); b) material (relevante ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado. Há autores, ainda que trabalham a tipicidade penal num modelo conglobante, incluindo a normatividade ao conceito de tipicidade penal: “Não obstante, não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que é antinormativa, isto é, que esteja proibida pela norma (pelo “não matarás”, “não furtarás” etc.). O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado. A antinormatividade não é comprovada somente coma adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela tipicidade penal da conduta”. Ver: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 398.

48. Ementa citada na nota de rodapé nº 46.

nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e, d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.⁴⁹

Ao que parece, então, o Tribunal não conceberia, doravante, a existência de uma conduta típica que não afetasse um Bem Jurídico. Seria, essa lesão, indispensável, portanto, para configurar a tipicidade penal, adequando a jurisprudência àquilo que a doutrina já vinha sustentando a tempos: “o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de telas, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um “para quê?” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal (...)”⁵⁰.

Ao se consultar os precedentes dos Tribunais Superiores, é possível diagnosticar o quanto é aceita a orientação formulada a partir dos quatro vetores interpretativos (oriundos, conforme tratado, do HC 84.412, do STF) no trato do Princípio da Intervenção Mínima no Brasil.

Problema é que, em análise a esses vetores (mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada), percebe-se, desde logo, que eles não se alinham as ideias fundantes do Princípio da Intervenção Mínima, o que possibilita que esses Tribunais se utilizem de distorções interpretativas bastantes graves em seus precedentes, orientando os Tribunais das Unidades Federativas a replicar essas distorções.

Exemplo disso pode ser constatado ao se voltar os olhos para as inúmeras decisões que negam o caráter de mínima intervenção do Direito Penal em razão da suposta reincidência do agente (por vezes, utilizando-se da expressão “reiteração delitiva”)⁵¹, isto é, por circunstâncias atinentes ao sujeito do crime,

49. Importa lembrar que, embora em menor grau, há precedentes que trabalham com outros vetores, a exemplo do que se encontra no teor do julgamento d HC 107.082, de Relatoria do Min. Ayres Britto, de 24/04/2012. Neste julgamento, dentre os parâmetros para a aplicação do princípio da insignificância, fez-se referência, por exemplo, a vulnerabilidade social do agente. Sobre o tema, vale registrar que a *vulnerabilidade do agente* já foi objeto de estudo de Eugênio Raúl Zaffaroni e, para o autor, trata-se de critério para medição da culpabilidade, jamais da tipicidade. Conforme esse autor, quando o Processo Penal demonstra que o Acusado possui negatividades sociais que determinam a sua criminalização, essa condição deve servir para que se reduza a censura que o Estado possa fazer em relação ao seu comportamento. Ver: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SLOKUR, Alejandro; ALAGIU, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002, p. 650-657.

50. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 402-403; Ver, ainda: BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84-90.

51. Embora extremamente minoritário, vale anotar que é possível encontrar precedentes que desprezam as condições do agente no trato do *princípio da insignificância* (Exemplos: HC 112.400, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes; HC 106.068, de Relatoria da Min. Carmen Lúcia; e HC 93.393, que tem como Relator o Min Cezar Peluso, etc.).

e não do fato praticado por ele.

A linha argumentativa, na maior parte desses casos, é no sentido de que aplicação do *princípio da insignificância* deve ser precedida de “criteriosa análise de cada caso” mas, sobretudo, a fim de evitar que a sua adoção indiscriminada constitua “verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais”.⁵² Neste passo, a lesão ao bem jurídico penalmente tutelado não seria o único parâmetro a ser avaliado. Pelo contrário, os Tribunais Superiores do Brasil ostentam inúmeros precedentes que afastam a atipicidade material da conduta em hipóteses em que o agente ostenta condenações anteriores ou, até mesmo, inquéritos policiais ou ações penais em curso⁵³, haja vista que, nesta última condição, embora possa se falar em agente tecnicamente primário, “referida situação pessoal evidencia uma habitualidade delitiva, o que não pode ser tolerado pelo Direito Penal”⁵⁴.

Observa-se, assim, uma flagrante transmutação do Princípio da Intervenção Mínima e dos critérios da fragmentariedade e subsidiariedade, pois aquilo que tem a função de limitar o *ius puniendi*, é manipulado como verdadeiro instrumento para interpretações extensivas da norma penal. Em outras palavras, “determinadas construções dogmáticas convertem um limite do *ius puniendi* em uma demanda e justificação do mesmo, de modo que subvertem sua função de freio para transmuda-lo em um acelerador de incriminação”⁵⁵.

A desorientação hermenêutica é tão brutal que se chega a apontar para um verdadeiro *Direito Penal de Autor*⁵⁶, levando-se em conta, antes de

52. Ver: STF, HC 120043/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Data de Julgamento: 19/11/2013. Data de Publicação: 03/12/2013; no HC 107.733 AgR, o mesmo Ministro fez considerações semelhantes ao denegar a ordem a paciente reincidente, condenado a um ano e três meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por furtar seis barras de chocolate, avaliadas conjuntamente em R\$ 31,80 (trinta e um reais e oitenta centavos).
53. STJ, HC 250.126/AL, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 21/03/2016.
54. STF – HC 135317/MG. Relatoria da Ministra Carmen Lúcia. Segunda Turma. Data de Julgamento: 06/09/2016. Data de Publicação: 01/08/2017: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TENTATIVA DE FURTO DE CELULAR E CARREGADOR DE CELULAR AVALIADOS EM R\$ 274,00 (DUZENTOS E SETENTA E QUATRO REAIS). PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. ORDEM DENEGADA. 1. A verificação da tipicidade penal não pode ser percebida como o exercício abstrato de adequação do fato concreto à norma jurídica. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade é necessária análise materialmente valorativa das circunstâncias da espécie em exame, no sentido de se decidir sobre a ocorrência de lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. Paciente reincidente na prática de furto tentado. Não incidência do princípio da insignificância. 2. Ordem denegada.
55. CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 215.
56. Sobre o Direito Penal de Autor, ver: JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do ini-**

qualquer outro qualificativo, as condições pessoais do réu (inquéritos policiais em curso, antecedentes e reincidência) para se verificar se o fato é, ou não, penalmente típico: esquece-se o fato praticado e concentra-se na pessoa do agente.⁵⁷ Por certo, esse tratamento dirigido à pessoa do réu propõe um modelo de exegese bastante esquizofrênico, conforme se pode constatar do exemplo trazido por Paulo Cesar Busato⁵⁸: seria bastante curioso submeter a Corte à consideração da seguinte hipótese: “A”, reincidente, em concurso de pessoas com “B”, agente completamente primário e de bons antecedentes, cometem determinada subtração de valor irrisório, verdadeiramente sem qualquer importância. Perceba-se que, seguindo o seu plano hermenêutico, estar-se-ia forçado a reconhecer o injusto penal apenas para um dos agentes.

Sustenta-se no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que as teorias afetas a um Estado Democrático de Direito, tais como o Princípio da Intervenção Mínima, e que tendem a afastar ao máximo a incidência do Direito Penal “não podem servir como passaporte, carta branca ou *green card* para a prática de condutas típicas”. Desse modo, o reconhecimento da insignificância para agentes com registros criminais pretéritos, representaria, portanto, estímulo para a prática reiterada de pequenos crimes sem punição.⁵⁹

Ocorre, no entanto, que tipicidade penal (tanto a formal quanto a material) não comporta qualquer relação com a pessoa do agente (se processado, condenado ou reincidente). As questões relacionadas ao autor da conduta

- migo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
57. Os precedentes que subvertem os critérios da Intervenção Mínima do Direito Penal são fatos: no RHC 117.751, de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, o paciente era processado por ter subtraído de um supermercado um desodorante, avaliado em R\$ 15,12 (quinze reais e doze centavos); no julgamento do HC 101.998, o Relator, Min. Dias Toffoli, manteve a condenação a um ano de reclusão sem substituição por pena restritiva, pelo furto de nove barras de chocolate, avaliadas em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais), ao considerar que o réu, por ser reincidente, teria “personalidade voltada à prática delituosa”; semelhantemente, no HC 118.089, a Relatora Min. Cármen Lúcia, manteve a condenação do paciente de dois anos de reclusão sem substituição por pena restritiva de direitos por ter subtraído do caixa de uma padaria uma cédula de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e um maço de cigarros. Curiosa é a fundamentação do acórdão: “comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal”; o então Ministro Teori Zavascki também acompanhava a posição majoritária. No julgamento do HC 114.877, manteve a condenação do réu a dois anos de reclusão por subtração de objeto avaliado em R\$ 100,00 (cem reais). Conforme ele, “não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica, de delito contra o patrimônio, praticada por paciente que possui condenações anteriores”; o Ministro Celso de Melo também tende a afastar a aplicação do *princípio da insignificância* quando o réu ostenta condenação definitiva (ver HC 111.016); Joaquim Barbosa, quando Ministro do Supremo, também adotava a mesma orientação (conforme HC 107.500).
58. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 64.
59. É o que emerge dos precedentes: HC 110.951, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 27/02/2012; HC 108.696 Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20/10/2011; e HC 107.674, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14/9/2011.

só poderiam ser levadas em conta após a prova de que estão presentes todos os componentes do injusto e numa eventual dosimetria de pena em caso de condenação (CP, art. 59 do Código Penal⁶⁰), ou seja, após comprovada a presença de *tipicidade, ilicitude e culpabilidade*.

A jurisprudência que prevalece no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, porém, estabelece exatamente o contrário: afasta o princípio da insignificância a agentes em situação de *reiteração delitiva* (tecnicamente reincidentes ou não). Nesta perturbada (des)orientação, a subtração de um chocolate de uma loja que compõe uma grande rede de supermercados pode ou não ser crime, e essa determinação da existência do fato criminoso dependerá de aspectos relativos à pessoa do réu. Nega-se, assim, a tradição dogmática de um Direito Penal de Culpabilidade para se instalar um verdadeiro Direito Penal de Autor no Brasil⁶¹, semelhantemente à proposta e limites materiais trazidos por Günther Jakobs, na década de 1980: criminalização no estágio prévio à lesão a bem jurídico⁶². Neste passo, “o Direito Penal poderia ser caracterizado pela imagem do agente de que ele parte”⁶³.

Além disso, converte-se o *Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos* (Claus Roxin) num *princípio de total proteção dos bens jurídicos*, renunciando-se à proteção de sua segurança jurídica de liberdades públicas frente ao poder do Estado em troca de uma suposta e falsa segurança material: a proteção de todo e qualquer interesse pela via do Direito Penal.

Portanto, se a função do Bem jurídico consiste em ser o primeiro tópico da argumentação sobre a validade de uma norma, ou seja, o primeiro

60. **Art. 59 do Código Penal** – “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”. Destacou-se.

61. Semelhante interpretação, fez o Ministro Roberto Barroso, em voto (vencido) do julgamento do HC 123.108, de sua Relatoria, julgado em 05/08/2014 pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: “(...) caso se entenda que o furto de coisa de valor ínfimo pode ser punido na hipótese de reincidência do agente, é preciso admitir que a questão da insignificância se move do domínio da tipicidade para o da culpabilidade. Isto porque, como visto, não é possível afirmar, à luz da Constituição, que uma mesma conduta é típica para uns e não para outros (os reincidentes), sob pena de configuração de um inaceitável direito penal do autor, e não do fato, como já decidiu este Tribunal”. Conforme nota 77 do Acórdão, p. 40.

62. Ver: JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

63. GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25.

momento em todo processo de justificação da intervenção estatal⁶⁴, há de se respeitar requisitos para aferição da hipótese de incidência do Princípio da Intervenção Mínima, quais sejam: 1. O reconhecimento de que o caso sob reflete um ataque a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento da vítima em sociedade; 2. Que esse ataque seja grave o suficiente para justificar que a última instância de controle social (Direito Penal)⁶⁵. A *gravidade da lesão* ao Bem Jurídico, por sua vez, deve ser medida tendo em conta: a) a classe de violação realizada, em face de sua tolerabilidade social; b) a intensidade do prejuízo ao bem jurídico da vítima em face de suas condições pessoais; e, c) se o emprego do Direito penal, na hipótese concreta, não é meramente simbólico, diante da melhor e mais eficaz possibilidade de solução do problema social por outra via⁶⁶ (institucionalizada ou não).

É claro que referido princípio não se prende, exclusivamente, ao valor intrínseco com Bem Jurídico. Porém, não há amparo dogmático ou exegese possível para se sustentar a tipicidade penal nas características pessoais do agente, salvo a possibilidade de que, assumidamente, ter-se um Direito Penal de Periculosidade e fundado, portanto, na pessoa do autor.

Assim, é patente a desorientação dogmática nos Tribunais Superiores sobre os contornos da tipicidade material no trato de um dos princípios mais importantes do Direito Penal, pois é o Princípio da Intervenção Mínima que funciona como elemento fundante de todo o processo de criminalização, tanto primário quanto secundário.

Por fim, apesar do discurso que recheia os votos dos precedentes no trato da matéria ser anotado como se refletisse verdadeira declaração de *boas intenções*, as razões em que os Tribunais se ancoram para aferir a tipicidade material da conduta rebaixam o Princípio da Intervenção Mínima ao cumprimento de meras funções cosméticas e que, assim, não ultrapassam o mero discurso, pois são “cunhados com o deliberado propósito de agravar ainda mais a discriminação que já é intrínseca ao processo de criminalização e

64. CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 217.

65. Veja-se que a gravidade da lesão ao bem jurídico não comporta relação alguma com a fase do crime em que se atingiu a conduta. Não se deve levar em conta, assim, no juízo de tipicidade penal, se o crime é consumado ou tentado. Porém, essa característica, lamentavelmente, também tem sido critério para o reconhecimento da insignificância do fato em matéria penal no Brasil. Ver, por exemplo, o seguinte precedente: STJ, REsp 828094/RS, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 05/02/2009. Publicado em 16/03/2009.

66. BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 67.

conformação de suas regras⁶⁷.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa que se finaliza, foi possível concluir o que segue:

- a. Há várias teorias que buscam no Bem Jurídico os limites para a intervenção penal;
- b. O Princípio da Intervenção Mínima é fundado nas formulações materiais elaboradas sob a perspectiva do Estado Social, campo em que Bem Jurídico assume a posição de objeto de referência necessária da incriminação, que deve ser ponderada em consonância com os critérios da *lesividade, subsidiariedade e fragmentariedade*;
- c. Para tanto, no âmbito abstrato, deve-se observar se o Bem Jurídico inscreve-se entre aqueles cuja proteção é fundamental para o desenvolvimento social do indivíduo. Depois disso, no âmbito concreto, o aplicador do Direito só deve acionar o Direito Penal frente condutas que promovam lesões produzidas mediante riscos não permitidos e intoleráveis socialmente;
- d. No Brasil, o Princípio da Intervenção Mínima é tratado sob a denominação de *princípio da bagatela* ou *princípio da insignificância*. Conforme esse *princípio*, a ausência de ofensa relevante ao bem jurídico penalmente tutelado exclui a tipicidade material que, por sua vez, afasta a própria tipicidade penal;
- e. Assim, para incidência do *princípio da insignificância*, os Tribunais Superiores sedimentaram a orientação de que se faz necessária a presença de quatro vetores interpretativos. Da análise desses vetores, constatou-se que eles não se alinham as ideias fundantes do Princípio da Intervenção Mínima, o que possibilita que esses Tribunais se utilizem de distorções interpretativas bastantes graves em seus precedentes;
- f. A desorientação hermenêutica é tão brutal que se chega a apontar para um verdadeira *Direito Penal de Autor* no âmbito jurisprudencial do STF e do STJ, levando-se em conta, antes de qualquer outro qualificativo, as condições pessoais do réu para se verificar se o fato é, ou não, penalmente típico;
- g. Por consequência, deflagra-se uma flagrante transmutação do Princípio da Intervenção Mínima e dos critérios da fragmentariedade e subsidiariedade, pois aquilo que teria a função de limitar o *ius puniendi*, acaba sendo manipulado como verdadeiro instrumento para

67. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 65.

interpretações extensivas da norma penal, ampliando o processo de incriminação.

Concluiu-se, por fim, que os vetores interpretativos sedimentados pelos Tribunais Superiores do Brasil, ao tempo em que desrespeitam toda a tradição dogmática que dá sustentação ao Princípio da Intervenção Mínima, aproxima-se a política-criminal que dá suporte ao *Direito Penal de Autor*.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2013.
- CHAVES JR., Airto. OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o direito penal?** uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. In: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**. Marzo-Junio 1992. Año 4, nº 5.
- GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. Com um adendo: **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRECO, Luís. Tem futuro a Teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ana Elisa Liberatore S. Bechara (Coord.). Ano 18, nº 82, jan-fev./2010.
- HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Sevilla/ES: Tirant lo Blanch, 1989.
- JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal**: curso ministrado na cadeira de direito penal I da UFSC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **El Nuevo Derecho Penal Español**. Estudios Penales en Memoria Del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Protección de bienes jurídicos como limite constitucional del Derecho penal. Elcano (Navarra): Aranzadi Editorial, 2011.
- PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Bens Jurídicos Coletivos e Bens Jurídicos Políticos**. Portugal: Coimbra Editora, 2003.
- RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito**: Uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SHÜNEMANN, Bernd. **La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e comunicação de penas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. Número especial de lançamento, 1992.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKUR, Alejandro; ALAGIU, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2 ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002.

O ENCARCERAMENTO DA POPULAÇÃO LGBT NO BRASIL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA E À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA REALIDADE NA UNIDADE DA SUAPI DE FRUTAL-MG

Francine Figueiredo Franco¹

Fausy Vieira Salomão²

RESUMO: O preconceito e a discriminação são elementos perniciosos que pairam sobre a sociedade e seus pertencentes. Um dos grupos sociais que mais sofrem com a existência deles é a comunidade LGBT – lésbicas, gays, bi e transexuais, entre outras denominações. O presente estudo tem como intuito a análise das condições vividas por essa comunidade encarcerada dentro do sistema prisional na comarca de Frutal-MG, conhecido como SUAPI, tendo como embasamento leis e códigos do ordenamento jurídico estrangeiro e brasileiro, além de um apanhado geral sobre o sistema carcerário aqui existente. Para que tal análise seja feita, a metodologia escolhida foi a qualitativa, junto a leituras referenciais de autores para o aprofundamento teórico e as indispensáveis pesquisas de campo, sendo esta a entrevista com um encarcerado objeto da pesquisa e observação do ambiente prisional em que ele se encontra.

1. INTRODUÇÃO

A população carcerária do Brasil é de dimensão alarmante e coloca o mesmo entre os países com o maior número de detentos no mundo. Dentre tantos indivíduos que compõem essa realidade numérica extraordinária de detentos, há a população LGBT, coexistindo com os demais presos e sofrendo as duras penas por ser quem é. Além, é claro, de todas as outras dificuldades e problemas que são enfrentados por todos os participantes desse cenário caótico, que também os afetam, podendo ser citado a falta de infraestrutura e profissionais capacitados, higiene, superlotação, entre outras coisas, tal população sofre preconceito e discriminação, e esses acontecimentos que os afetam são ignorados, na grande maioria das vezes, nos presídios espalhados pelo país.

O presente artigo, por meio de estudo bibliográfico-teórico, analisa o

1. Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Frutal

2. Professor Mestre em Direito e docente pela Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Frutal

sistema carcerário brasileiro como um todo e, posteriormente, e de modo específico, avalia a condição do encarcerado LGBT dentro da Unidade Prisional da cidade de Frutal – MG. Do sistema prisional do Brasil, e não é diferente da realidade existente em Frutal, observa-se a inefetividade das normas presentes no ordenamento jurídico. Ademais, apesar de avaliar especificamente a realidade na comarca de Frutal-MG, verifica-se que a situação do preso LGBT em unidades prisionais diversas não se difere do que fora constatado no estabelecimento avaliado.

Assim, o presente artigo fez uma análise das ferramentas jurisdicionais e leis aplicáveis ao caso com as situações reais vividas pela população LGBT no cárcere, sem perder de vista nenhum aspecto que possa contribuir de forma efetiva e incisiva na pesquisa em questão. Desta forma, conseguir-se-á entender o complexo funcionamento do sistema prisional do Brasil, enfatizando de que maneira e por quais meios o mesmo atinge a população LGBT inserida nele e quais as principais violações e direitos sofridas por eles.

2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Atualmente, o Brasil está na terceira posição de país com a maior população carcerária do mundo, perdendo somente para os Estados Unidos e China, – tendo sido a Rússia ultrapassada pelo Brasil nos últimos anos, ficando na quarta colocação – tanto em relação aos presos definitivamente condenados, quanto àqueles que estão privados de sua liberdade provisoriamente, sendo que tais números passam de 480 mil e 225 mil, respectivamente. Observa-se, então, que a cada 2 presos, 1 é temporário.

Nos últimos 15 anos, inclusive, o Brasil foi considerado o segundo país que mais prendeu pessoas, sendo que, desde 2015, o índice de aumento dessa população cresce 7% ao ano. No ano anterior, o Ministério da Justiça também constatou que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400%, em 20 anos. O Centro Internacional de Estudos Penitenciários, vinculado à Universidade de Essex, no Reino Unido, registrou uma média de encarceramento de 144 presos para cada 100 mil habitantes, no mundo todo. Só no Brasil, esse número é de 300 pessoas presas a cada 100 mil habitantes.

Sobre as ilegalidades cometidas e os perfis dos encarcerados, foi observado que 14% dos condenados estão presos por homicídio, 27% por envolvimento com o tráfico de drogas, 21% por roubo, 11% por furto e o restante por delitos variados. Além disso, dois entre três dos detentos são negros, pretos ou pardos,

compondo quase 62% dessa população. A região Norte é a que tem o maior número deles e a região Sul a que tem a menor (83% e 33%, respectivamente). Em segundo lugar, os indivíduos declarados brancos, com o percentual de 37,22. O índice de escolaridade, de modo geral, é sempre baixo, – metade dessa população possui Ensino Fundamental incompleto ou sequer o frequentou – mostrando a marginalização e a vulnerabilidade as quais se encontram, antes mesmo de conhecer o mundo do crime. Outro dado importante é que por volta de um terço de todas as pessoas em regime prisional no país, 18 a 29 anos é a idade em evidência, apesar desses jovens serem um pouco mais de 10% do total da população brasileira. Esses detentos representam 55% da população carcerária no Brasil, e em alguns estados, como o Amazonas (70%) e o Pará (65,5%), o número cresce expressivamente.

Os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do início deste ano, informam que há no regime fechado 291.198 presos; no semiaberto, 102.564; no aberto, 8.767; na prisão domiciliar, 341.137 e os que estão em cumprimento de medida de segurança, 3.534. Segundo o mesmo Conselho, as regiões do país que possuem estruturas prisionais de grande porte se encontram, em sua totalidade, nos estados do Sul e Sudeste (com exceção de Santa Catarina e o Espírito Santo), enquanto que as de médio e pequeno porte se situam nas outras três regiões restantes. Sobre a prisão domiciliar, contabilizada apenas nos últimos anos, o supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ), conselheiro Guilherme Calmon afirma: “Até hoje, a questão carcerária era discutida em referenciais estatísticos que precisavam ser revistos. Temos de considerar o número de pessoas em prisão domiciliar no cálculo da população carcerária”.

No ano de 2014, foi feito um relatório sobre as condições em que os presídios brasileiros se encontravam e os resultados foram alarmantes. O Brasil possuía uma carência de 231 mil vagas. Pernambuco liderava o ranking, com um déficit de mais de 200%; o Distrito Federal vinha em segundo, com 94%; e o Maranhão era o último da lista com 16,5%. Ou seja, havia e ainda há uma superlotação estampada, considerando que eram 1,6 presos por vagas, quase 70% a mais que a capacidade de lotação e que tal superlotação permanece até os dias atuais. Em média, dois presos dividiam a cela por um único lugar. Hoje, a situação se complica ainda mais, visto que o número subiu de 231 para 250 mil. Dentro das celas, subiu de dois para três presos.

Relacionado a isso, têm-se que 84% das celas das prisões temporárias – estas que são cerca de metade de todas que existem – abrigam conjuntamente presos definitivos. O Amazonas é o estado que mais abriga presos provisórios: cerca de 65% ainda não foi julgado. Sobre o tema, diz o juiz Douglas Martins, coordenador do DMF/CNJ:

A porcentagem de presos provisórios em alguns estados causava uma visão distorcida sobre o trabalho dos juízos criminais e de execução penal. Quando magistrados de postura garantista concediam prisões domiciliares no intuito de preservar direitos humanos, o percentual de presos provisórios aumentava no estado³.

Além dos dados numéricos, os mutirões carcerários do próprio CNJ averiguaram condições precárias e sub-humanas dentro dos presídios. Há falta de espaço, de higiene, doenças em série, profissionais mal treinados e corrupção constante. Essas são provas da indignidade de sobrevivência em um ambiente como esse. A título de exemplo, é importante destacar que em 2015 havia apenas 490 camas para todos os presos de 1438 estabelecimentos.

É importante destacar ainda que foi feito outro relatório no mesmo sentido do anterior pela Anistia Internacional em fevereiro de 2015, e este último coloca o Brasil em primeiro lugar na lista de países mais violentos do mundo, o que, dentro das cadeias, gera grandes desafios para quem coordena o setor. Referido estudo também aponta que a sensação de impunidade, de certa forma, incentiva a prática delituosa e complexa, pois 85% dos homicídios não têm solução. Como fatores relevantes para tal crise existente, têm-se: violência policial, registros de tortura e a falência do sistema prisional. A reincidência e as condições desumanas das unidades prisionais são, similarmente, fatores que preocupam. Segundo o mesmo órgão, 7 a cada 10 presos voltam a praticar crimes.

Outrossim, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), ainda sobre a violência dentro dos presídios, acredita que exista no Brasil mais de 30 organizações criminosas e poderosas dentro deles, mas que também podem atuar fora. Essas geram, pelo menos, 83 facções espalhadas por todos esses estabelecimentos penitenciários – como, por exemplo, o PCC (Primeiro Comando da Capital), que está em todas as unidades federativas, e o Comando Vermelho (CV), o mais antigo conhecido, que atua principalmente no Rio de Janeiro, onde foi criado, e em mais 14 estados. Segundo o diretor-geral

3. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulgados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 30 de out. 2017.

do Depen, Renato de Vitto,

É preciso analisar a ‘qualidade’ das prisões efetuadas e o perfil das pessoas que têm sido encarceradas, para que seja possível problematizar a ‘porta de entrada’ e as práticas de gestão dos serviços penais, desde a baixa aplicação de medidas cautelares e de alternativas penais até a organização das diversas rotinas do cotidiano das unidades prisionais⁴.

Além dele, o promotor de justiça Márcio Berclaz ressalta: “As facções criminosas que agem nos presídios como grandes gangues ou cartéis, em verdade, nada mais fazem do que se aproveitar do abandono e do cinismo do Estado.”

A título de ilustração, é importante ressaltar que, seguindo esse ritmo de encarceramento, no ano 2022 o Brasil terá em torno de 1 milhão de detentos. Alguns anos depois, em 2075, essa situação permeará a vida de 1 a cada 10 pessoas da sociedade.

Tendo em vista todos esses dados e informações diversas, compreende-se que o sistema penitenciário brasileiro é um sistema que está em profunda crise e desorganização. O Estado não consegue cumprir de forma adequada e eficiente seu papel fundamental em manter e assegurar à população carcerária o cumprimento da devida pena imposta (ou mesmo aqueles que aguardam julgamento) com dignidade e com as condições básicas de sobrevivência, já que o bem maior de qualquer ser humano já lhe foi tirado como forma de punição: a liberdade.

3. O DIREITO DOS CONDENADOS

O homem possui vários direitos que preservam sua vida e não seria diferente para aqueles que estão encarcerados. Estes também possuem direitos feitos de modo exclusivo para assegurar sua dignidade na situação em que se encontram. Pois, apesar dos erros cometidos, não deixaram de lado sua principal característica, ser humano.

Em uma esfera mais abrangente, a internacional, têm-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 8º que “Ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não forem crimes segundo o direito nacional ou internacional. Tão pouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito.” Em outras palavras, outrem só será julgado por algum

4. Carta Capital. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-possui-a-quarta-maior-populacao-prisional-do-mundo-7555.html>>. Acesso em: 12 de nov. 2017.

crime cometido se este realmente for crime e se tiver sido praticado depois da vigência da Lei. Ademais, o Princípio da Reserva Legal, que traduz o que é encontrado na Declaração internacional referente ao assunto, está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal brasileiro.

Trazendo para uma realidade mais próxima – o âmbito nacional – , o direito do preso também é encontrado na Constituição Federal do Brasil de 1988, o documento de maior relevância para a jurisdição brasileira. Um de seus artigos mais importantes, o 5º, trata dos Direitos e Garantias Fundamentais concedidos ao seu povo. Além do Princípio da Igualdade, dispõe no inciso XLIX, do artigo supracitado, o seguinte texto: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, fazendo assim, com qualquer violência que possa vir acontecer aos mesmos tenha sua completa vedação e repúdio vindo da Carta Maior.

Em outro dispositivo da legislação vigente, o Código Penal, no artigo 38, também é ressaltado a inviolabilidade do direito físico e moral do encarcerado nos seguintes termos: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Já na Lei de Execução Penal 7.210/1984, o art. 3º assegura a igualdade entre os encarcerados e estabelece a não aceitação do ato discriminatório. Vê-se:

Art. 3º: Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

A ideia central do dispositivo legal é a afirmação de que o condenado conserva todos os seus direitos com exceção de sua liberdade de locomoção. Assim, ele continuará possuindo os mesmos direitos que já possuía anteriormente e não pode sofrer nenhum tipo de violação ou restrição a não ser em sua liberdade. Logo após, na seção II do capítulo IV da LEP, especificamente nos art. 41 e 43, há a previsão de seus direitos, nos seguintes termos:

Art. 41 – Constituem direitos do preso:

I – alimentação suficiente e vestuário;

II – atribuição de trabalho e sua remuneração;

III – Previdência Social;

IV – constituição de pecúlio;

V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI – chamamento nominal;

XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003) [...].

Art. 43 – É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Dos incisos expostos do artigo 41, podem ser ressaltados e considerados como os mais importantes, num panorama social e de segurança à sobrevivência digna do preso, os incisos I, VII e XII, pois, mesmo sendo, de certa forma, os que mais encontram respaldo em outras legislações do Brasil e os que são essenciais para que o preso cumpra sua pena ou permaneça em cela para julgamento em condições mínimas de vivência, são os mais desrespeitados e ignorados por outros presos ou pelos responsáveis pela ordem da unidade prisional.

4. O DIREITO À IGUALDADE E A VEDAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO

Como já foi dito, a Constituição Federal possui, em si, o conteúdo jurídico que mais deve ser obedecido e respeitado, possuindo maior força normativa dentre todas as outras leis. É justamente nela que se encontra um

dos Princípios Humanitários e Políticos que rege as relações entre as pessoas e das pessoas para com os órgãos estatais: o Princípio da Igualdade.

Reza o artigo 5º, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão brasileiro:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...].

O jurista **Celso Antonio Bandeira de Mello**, em sua obra *“Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”* (2008, p. 14) **tem sobre o tema o seguinte entendimento:** *“A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.*

Anexado a este princípio que visa garantia a isonomia entre toda e qualquer pessoa, têm-se a vedação à discriminação, que é o contrário do exercício à igualdade, e que foi pregada pela mesma Constituição Cidadã, no art. 3º, inciso IV, nos seguintes termos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A discriminação é considerada o ato ou conduta que afeta o direito de outrem, além de ser uma evolução do preconceito. Sendo assim, tendo esses artigos e incisos destacados, é lógico entender que, independentemente de qualquer item citado no inciso IV ou outros aspectos que possam diferenciar pessoas, tal diferenciação não deve atingir os direitos e deveres dos indivíduos para com o Estado brasileiro e nem diminuí-los perante o resto da coletividade.

5. A POPULAÇÃO LGBT NOS PRESÍDIOS DO PAÍS

Lésbicas, gays, bissexuais e transexuais/transgêneros são os nomes que compõe a sigla LGBT criada em nossa língua pátria. Além deles, existem também, incluídos de maneira indireta, os travestis e assexuados. São homens e mulheres que se relacionam de forma amorosa com pessoas do mesmo sexo que elas – homossexuais – ou que, por exemplo, no caso dos transexuais, mudam de gênero sexual por insatisfação própria.

A discriminação e preconceito contra essa população é vista primeiramente do lado de fora das celas. A cada 1 hora, um homossexual sofre algum tipo de violência no país, de acordo com uma pesquisa realizada no ano de 2014, segundo os números advindos do Disque 100, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDHPR). Em março desse ano, o “Caso Dandara” ficou conhecido e tomou proporções enormes, tanto na mídia quanto no Poder Judiciário brasileiro, quando Dandara dos Santos, de 42 anos, foi brutalmente assassinada, em Fortaleza, capital do Ceará, simplesmente por ser uma travesti. Ela foi morta a tiros, e antes, foi espancada com um pedaço de madeira, além de chutes e pontapés recebidos. Foi o primeiro caso no Brasil, entre 115 mortes contra travestis que ocorreram ao longo desse ano, que foi levado a responsabilização dos autores pelo homicídio.

Porém, não é mais do que natural que tais pessoas pertencentes a esse gênero possam vir fazer parte da população carcerária também, visto que qualquer indivíduo está sujeito a se envolver com a criminalidade. Dentro das unidades prisionais, inúmeros são os dados e casos que violam direitos da população LGBT. No início de 2017, mais precisamente no primeiro dia dele, houve, no estado do Amazonas, um massacre no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em que 56 presos foram mortos. Entre vários absurdos encontrados por causa do ocorrido, descobriu-se que presos LGBTs eram espancados e sofriam abusos sexuais, como consequência, caso algum deles desrespeitasse uma das facções existentes em tal complexo. Em visitas realizadas, foi visto que alguns presos da população LGBT tinham suas cabeças envoltas por bandagens e marcas de feridas pelo corpo.

Outro caso que se sucedeu, dessa vez no presídio de Vespasiano, localizado ao centro de Minas Gerais, é da travesti Vitória Rios Fortes, que antes de ser transferida à nova ala LGBT do presídio que residia, sofria uma série de abusos por parte de seus companheiros de cela. “Eu era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles

rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos”, disse ela.

Para tentar reverter essa situação, algumas penitenciárias adquiriram técnicas de proteção aos LGBTs. Uma dessas técnicas foi a assinatura de um termo de homossexualidade, por assim dizer, pelos presos, para que eles, expondo e assumindo sua condição, tenham maior proteção das autoridades locais contra ataques de outros detentos. Mas mesmo com essa proteção oferecida, muitos ainda têm medo da declaração, por não acreditarem na efetividade da seguridade prometida e iniciarem, no caso de novos encarcerados, ou continuarem, para presos mais antigos, o sofrimento pelo qual passam em meio aos outros encarcerados que não os toleram.

E não é somente vinda de outros presos a discriminação existente. A situação se agrava, de acordo com Fernanda Viana, diretora de atendimento ao preso, quando o preso LGBT não encontra suporte e apoio no seio familiar. “A maior homofobia vem de casa. Eles nunca recebem visitas. A família já não aceita a homossexualidade do filho e o isola ainda mais quando ele comete um crime”⁵, diz ela.

É notável, portanto, uma intolerância enorme para com os LGBTs, ecoando de fora para dentro do sistema prisional. A pequena diferença é que do lado de fora alguns acontecimentos são noticiados pela mídia em geral, mesmo que os resultados não se tornem fruto da justiça brasileira. Dentro do cárcere, esses mesmos acontecimentos, muitas vezes, não são relatados, fazendo com que não haja a exposição necessária para que os abusos sejam comeditos ou, pior ainda, o próprio órgão público não se dá conta, ou pelo menos finge não ver os horrores passados pelos gays, lésbicas e afins.

Para arrematar o desconexo preconceito para aos LGBTs, dentro ou fora dos presídios e penitenciárias, temos a citação de Cristina Veloso de Castro, professora doutora e autora do livro *As garantias constitucionais das pessoas transexuais*, que diz: “[...] fundamento da dignidade da pessoa humana é a autonomia privada, ou seja, a liberdade que o particular tem de conduzir sua vida segundo seus planos. Desta forma, o indivíduo autônomo é livre e apenas assim irá alcançar sua dignidade.” (2016, p. 62). De acordo com as

5. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2014/11/25/interna_brasil_544916/homossexuais-revelam-rotina-de-abusos-em-unidades-prisionais-onde-nao-ha-ala-gay.shtml>. Acesso em: 06 de nov. de 2017.

palavras dela, isso significa que o LGBT nunca conseguirá viver com total dignidade se não conseguir expressar, de maneira livre, sem julgamentos, o que ele próprio é. Logo, na atual conjuntura social, mais uma vez a população LGBT tem seus direitos massacrados, por simplesmente serem diferentes do que a sociedade espera e aceita como “normal”.

6. O CASO FRUTAL

Em Frutal, município situado no sudoeste do estado de Minas Gerais, próximo à fronteira com o estado de São Paulo, há uma das mais de 128 unidades prisionais denominadas SUAPI, que abrevia o termo Subsecretaria de Administração Prisional. Dentre elas, estão complexos penitenciários, penitenciárias, presídios, casas de albergados, hospitais e centros de apoio. No caso da cidade de Frutal, trata-se de um presídio. Atualmente, o mesmo se encontra em situação de superlotação, assim como a maioria das unidades prisionais espalhadas pelo país. De acordo Eliano Boaventura e Tiago William, diretor geral e diretor adjunto da SUAPI, respectivamente, a totalidade de encarcerados é de 260, sendo eles tanto homens quanto mulheres. E já numa pesquisa realizada no começo desse ano nesta mesma unidade, a superlotação já existia quando a capacidade máxima de pessoas era de 135, e constavam presentes 230, somente 30 a menos do que abriga no momento.

Uma pesquisa de campo foi feita na SUAPI de Frutal, buscando a existência da população LGBT no local e, se caso houvesse, quais as condições em que ela permanecia ali. Foi constatado que gays, lésbicas, bissexuais e travestis não se encontravam de forma declarada. Apenas uma transgênero chamada Marcele, cujo seu antigo nome civil era Marcelo. Ela foi entrevistada, e alguns dados esclarecedores e de relevância imensurável foram colhidos, sendo comprovadores de toda a situação vivenciada pelos LGBTs citada acima.

O presídio de Frutal não possui ala separada e específica para os LGBTs, o que é o inverso de algumas outras cidades existentes em Minas Gerais, como, por exemplo, Belo Horizonte, capital do estado, e Vespasiano, citada anteriormente, que, inclusive, foi a primeira cidade a inaugurar uma ala LGBT no país.

Desta forma, Marcele é colocada apenas em uma cela distinta dos demais detentos – mas dentro da ala masculina -, com exceção daqueles que possuem problemas de saúde, como diabetes e ossos fraturados, partindo do pressuposto que estes também não possuem condições de permanecerem no

convívio com os demais e necessitam de cuidados especiais. Lá, ela recebe o tratamento direcionado a mulheres, como a doação de produtos de beleza (cosméticos para o cabelo e outros acessórios), além de ter o acompanhamento com a assistente social, com a qual tem consulta constantes. Disse que a maioria dos presos a tratam bem e a chamam pelo nome que adotou, mesmo que alguns insistam em magoá-la, chamando-a pelo nome que possuía no passado. Na contramão da boa convivência, Marcele já foi ameaçada e vive com o incessante medo de sofrer abusos. Disse ter medo que a estuprem ou até mesmo que encostem um dedo sequer nela. No mesmo dia em que a entrevista foi realizada, um dos presos que divide o mesmo espaço que ela, perguntou-lhe se ela havia contado para alguém das tentativas de assédio que o próprio fez a ela, anteriormente, e junto a isso, deu um soco na parede onde ela estava. Assustada, disse que não, para que ele ficasse despreocupado quanto a isso. E para finalizar, disse a ela que se soubesse que ela tinha “dado com a língua os dentes”, seria pior para ela.

Findada a entrevista e a análise de campo, fica nítido que, apesar de estar à frente de outros presídios e penitenciárias do país, pelo fato de manter Marcele separada da grande massa de presidiários lá residentes, ainda há muito que melhorar. Mesmo ela nesta condição, ainda não é o suficiente para que se garanta sua segurança e se preserve a sua dignidade por completo, vendo o fato de ter sido ameaçada por um colega de cela. É necessário que se inicie tal processo de mudança, mesmo que aos poucos.

Assim como Frutal ainda não possui a estrutura física ideal para abrigar seus LGBTs presentes e futuros, outras unidades prisionais sequer se dão o trabalho de separá-los em celas diferentes dos demais. O Estado precisa assegurar que, mesmo com todos esses problemas existentes, o sistema prisional vise sempre o melhoramento das condições de vida para essa população, e jamais que retroceda.

7. CONCLUSÃO

O sistema carcerário brasileiro, tanto em relação aos números quanto à maneira como é interpretado por profissionais e estudiosos da área, está, cada ano percorrido, entrando em colapso. Isso acontece devido à superlotação e ausência de suporte adequado oferecido aos mesmos.

É fato também que os princípios e leis – que não são poucos –, nacionais e internacionais, apresentam e estabelecem qual o tratamento que deve ser dado

a todos os indivíduos, sem distinção ou dissemelhança, incluindo, por óbvio, o próprio preso. Mas, por falta de responsabilidade e eficácia em seu papel dos órgãos prisionais, além da falta de destreza do Estado em fazer com que se cumpra o que é disposto no ordenamento jurídico brasileiro, tais preceitos deixam de ser cumpridos, e a desordem e a barbárie aparecem em evidência.

Tratando-se dos LGBTs, a situação se agrava ainda mais. Não há o que se falar em Brasil sem se falar em preconceito, intolerância e não aceitação para com eles, haja visto o caso Dandara, que ocorreu fora da prisão, mas também o abuso vivido pela travesti Vitória. O descaso e toda a violência física, moral, psicológica e sexual sofrida por esse grupo minoritário dentro do cárcere, resultam em desespero, descrença e desesperança. Pois, além de sofrerem por tudo o que sofrem os demais presos, pelas condições que o sistema prisional todo se encontra, em vias gerais, ainda são maltratados por terem uma orientação sexual diferente da maioria.

Tanto na cidade de Frutal como em outras comarcas pelo país, que possuem suas unidades prisionais, fica nítido que, por mais que se tente fazer impor o que se tem como norma, trata-se de um problema social. Problema esse que invade as celas do confinamento compulsório de modo cruel. O ser humano que agride o LGBT dentro do cárcere não tomou tal postura somente após ser preso. A sociedade, de maneira geral, já possui seu indivíduo que vai contra e prejudica de alguma forma aquele que pertence à população que é considerada fora dos padrões por muitos.

Portanto, conclui-se que ainda há um longo caminho a se percorrer. Atitudes mais rígidas precisam ser tomadas para garantir a proteção do LGBT sem que, para isso, ele tenha que passar por negligência, desrespeito e indiferença recebida por quem os mantém aprisionados. Viver dentro do sistema prisional não deve ser o oposto de viver uma vida digna, em nenhuma circunstância do encarceramento.

REFERÊNCIAS

- BERCLAZ, Márcio. **O caos no sistema carcerário brasileiro: em busca de alternativas**. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/09/o-caos-no-sistema-carcerario-brasileiro-em-busca-de-alternativas/>>. Acesso em: 15 de nov. de 2017.
- BRASIL. Lei de Execução Penal, nº 7.210, 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 28 de set. 2017.
- BRASIL. Constituição, 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016.

CANES, Michelle. **Brasil poderá ter mais de 1 milhão de presos até 2022, diz Cardozo**. 2015. Disponível em: <<http://www.etc.com.br/noticias/2015/06/brasil-podera-ter-mais-de-1-milhao-de-presos-ate-2022-diz-cardozo>>. Acesso em: 25 de set. de 2017.

Cidadania nos presídios. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 01 de out. de 2017.

CNPM lança relatório com dados sobre o sistema prisional brasileiro. 2016. Disponível em: <<http://www.cnpm.mp.br/portal/todas-as-noticias/9946-cnpm-lanca-relatorio-com-dados-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em: 01 de out. 2017.

DE CASTRO, Cristina Veloso. **As Garantias Constitucionais das Pessoas Transexuais**. Editora Boreal, 1ª edição. Birigui, 2016.

FEITOSA, Isabela Britto. **Direitos dos presidiários à luz da Constituição Federal de 1988 e das legislações ordinárias: Código Penal e Lei de Execução Penal (Lei 7.210 De 1984)**. 2011. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6082>. Acesso em 28 de set. 2017.

FRANCESCO, Wagner. **CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira**. 2014. Disponível em: <<https://wagnerfrancesco.jusbrasil.com.br/noticias/129733348/cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 15 de nov. de 2017.

KIEFER, Sandra. **Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação**. 2014. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml>. Acesso em: 30 de out. de 2017.

LAVOR, Thays. **Acusados pelo assassinato de Dandara podem ser primeiros julgados entre 115 homicídios de travestis no ano no país**. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/cara/noticia/acusados-pelo-assassinato-de-dandara-podem-ser-primeiros-julgados-entre-115-homicidios-de-travestis-no-ano-no-pais.ghtml>>. Acesso em: 30 de out. de 2017.

MACIEL, Edgar. **A cada hora, 1 gay sofre violência no Brasil; Denúncias crescem 460%**. 2014. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,a-cada-hora-1-gay-sofre-violencia-no-brasil-denuncias-crescem-460,1595752>>. Acesso em: 28 de set. 2017.

MERELES, Carla. **Brasil e sua população carcerária**. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/populacao-carceraria-brasileira-perfil/>>. Acesso em: 01 de out. de 2017.

Presídio de Frutal enfrenta problemas de superlotação. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/2017/01/presidio-de-frutal-enfrenta-problemas-de-superlotacao.html>>. Acesso em: 04 de nov. 2017.

RAMOS, Beatriz Drague. **LGBTs privados de liberdade: um olhar sobre o cárcere**. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/diversidade/lgbt2019s-privados-de-liberdade-um-olhar-sobre-o-carcere>>. Acesso em: 04 de nov. 2017.

ROZOWYKIAT, Joana. **Camila Nunes Dias: Sistema carcerário é máquina de destruir pessoas**. 2017. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/270713-374>>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

VASCONCELOS, Fábio. **O mapa interativo do sistema prisional brasileiro**. 2017. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/na-base-dos-dados/post/o-mapa-interativo-do-sistema-prisional-brasileiro.html>>. Acesso em: 25 set. 2017.

WELLE, Deutsche. **Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios**. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-tem-pelo-menos-83-faccoes-em-presidios>>. Acesso em 15 de nov. 2017.

DIREITOS HUMANOS E TERRORISMO: A (DES) NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL ESPECÍFICA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.260/2016

Bernardo Girardi Sangoi¹

RESUMO: O presente trabalho discute a atuação do Brasil no combate ao terrorismo pós-11 de setembro de 2001, a partir de um estudo crítico da recente lei editada sobre o tema (Lei 13.260/2016), valendo-se do método de abordagem dialético e do método de procedimento monográfico, com o emprego das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Tendo em vista estas ideias, tem-se por objetivo averiguar a (des)necessidade de regulamentação específica de crimes de terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a possível inconstitucionalidade do marco normativo em questão. A justificativa, assim, reside na necessidade de o país desenvolver sua política de segurança (inter) nacional, respeitando os direitos humanos, de forma a não tipificar o crime de terrorismo de modo vago, sob pena de se incorrer em arbitrariedades, criminalizando-se condutas que, na realidade, não se vinculam com a prática terrorista em si.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil; Direitos Humanos; Terrorismo.

1. INTRODUÇÃO

Com o fim da Guerra Fria e o delineamento de uma nova ordem mundial, uma das questões que passou a preocupar o mundo foi o terrorismo, tendo como consequência a propagação de inúmeros discursos no sentido de combatê-lo a todo e qualquer custo. Porém, isso tem dado margem para Estados que se dizem democráticos, sobretudo no Ocidente, empregarem mecanismos que flexibilizam direitos e garantias fundamentais em prol de seu enfrentamento, como se não houvesse outro meio (legal) para tanto.

Após os atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, houve um recrudescimento desta atuação, uma vez que diversos países passaram a adotar severas políticas voltadas ao combate do terrorismo, configurando um verdadeiro estado de exceção, o qual pode ser entendido sob

1. Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa Phronesis. E-mail: bernardosangoi@yahoo.com.br. Currículo lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4319161U3>>.

as lentes da biopolítica.

Frente a este panorama, apresenta-se o desafio de o Direito Penal em lidar com o terrorismo e, ao mesmo tempo, respeitar os direitos humanos, positivados e salvaguardados não só nas constituições dos Estados, como amplamente protegidos na esfera jurídico-normativa internacional, por meio de pactos e tratados internacionais aderidos pelos mais diversos países. Nesse contexto é contundente analisar o caso brasileiro, tendo em vista a recente edição da Lei 13.260/2016 sobre o tema.

Partindo dessa ideia, o presente trabalho se propõe a discutir a atuação do Brasil no combate ao terrorismo pós-11 de setembro de 2001, a partir de um estudo crítico da recente lei editada sobre o tema (Lei 13.260/2016). Para tanto, o método de abordagem utilizado no presente trabalho é o dialético, e o método de procedimento é o monográfico, com o emprego das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Ainda, o marco teórico adotado é Agamben (estado de exceção) e Foucault (controle biopolítico).

Objetiva-se, assim, averiguar a (des)necessidade de regulamentação específica de crimes de terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a possível inconstitucionalidade do marco normativo em questão. Nesse contexto, o estudo encontra justificativa na necessidade de o país desenvolver sua política de segurança (inter)nacional, respeitando os direitos humanos, de forma a não tipificar o crime de terrorismo de modo vago, sob pena de se incorrer em arbitrariedades, criminalizando-se condutas que, na realidade, não se vinculam com a prática terrorista em si.

Para tanto, o presente artigo se divide em duas partes. Em um primeiro momento, analisam-se criticamente o fenômeno do terrorismo, sobretudo, a partir das interlocuções entre as teorias do estado de exceção e da biopolítica, para, na sequência, abordar-se o caso brasileiro, em meio à discussão sobre a (des)necessidade de regulação e possíveis (in)constitucionalidades do marco normativo editado.

2. COMBATER O TERRORISMO COM VIOLÊNCIA EM PROL DA SEGURANÇA? ESTADO DE EXCEÇÃO GLOBAL E BIOPOLÍTICA

Com o ataque às Torres Gêmeas, passou a imperar um “novo”² paradigma

2. Utiliza-se a palavra novo entre aspas, uma vez que muitas das práticas arbitrárias já vinham acontecen-

contra o terrorismo em diversas democracias ocidentais. Os direitos humanos, arduamente conquistados, passaram a ser novamente vilipendiados na prática³, em prol de um argumento maior: a segurança. O inimigo: o terrorista. Um inimigo fugidio. Quem é o terrorista? O islâmico? O árabe? O que é terrorismo⁴?

De fato, está-se diante de um fenômeno bastante complexo, até porque não há, como destaca Cretella Neto (2009) uma definição universal sobre terrorismo. Sua caracterização por uma dada sociedade pode não o ser por outra, o que dificulta, inclusive, seu tratamento jurídico penal, como se verá melhor no segundo ponto do artigo.

Neste contexto, cabe referir que o terrorismo deve ser entendido numa conjuntura de espetacularização do mundo da vida. A mídia frequentemente veicula tais informações diversas vezes, repetindo imagens e vídeos capturados do momento em que ocorreram atentados, disseminando o horror à população e, inclusive, auxiliando no propósito dos atos praticados por alguns grupos terroristas, que é de disseminação de pânico e insegurança em relação à população civil, como bem destaca Delmas-Marty (2010, p. 287).

Contudo, não há que se falar em um estado de guerra mundial em si, muito embora não se viva em um estado de paz atualmente. É que a nova dinâmica já não mais se caracteriza por conflitos típicos bélicos entre países, como o foi ao longo do século XX, o que criou uma zona obscura do que é guerra e paz. Assim, aproveitando-se de tal obscurantismo, muitos discursos políticos se valem da palavra guerra para respaldar o uso da força armada contra determinadas atividades antissociais, seja em nível nacional ou internacional (HOBSBAWN, 2007).

Neste “paradigma da guerra contra o terror”, conforme Delmas-Marty (2010, p. 286-287), tem-se uma perspectiva dinâmica, em que se tem um confronto interminável, e não mais bipolarizado entre dois combatentes, consubstancializado pela ameaça do terrorismo. Por certo, os discursos sobre

do de forma velada, e o atentado em questão serviu de pretexto para fins de buscar a legitimidade que faltava para a “caça às bruxas”, ou melhor, “caça aos terroristas”.

3. De acordo com Piovesan (2010), vive-se hoje o “primado do respeito aos direitos humanos” enquanto paradigma trazido pela ordem internacional. No obstante, é relevante a crítica de Bobbio (2004, p. 17), no sentido de que o problema hoje já não é mais a fundamentação dos direitos humanos, mas sim a sua garantia. Até porque essas violações ocorrem especialmente em situações consideradas excepcionais, em que governos se utilizam de argumentos gerais por eles mesmos criados de forma discricionária, a fim de legitimar sua atuação, como vem acontecendo com o terrorismo, foco deste trabalho.
4. Este trabalho se propõe a investigar, especificamente, o terrorismo perpetrado por organizações terroristas ou indivíduos isolados, chamados de lobos solitários, e não o terrorismo de Estado, o qual também tem sido bastante empregado atualmente como estratégia em práticas discursivas que defendem a supremacia do vetor segurança sobre a efetivação de direitos humanos.

a necessidade de segurança pública, tanto a nível nacional como internacional, ganharam novos contornos. Como bem pontua Rudzit (2005, p. 308), esta é, não raras vezes, invocada como justificativa para a utilização de medidas excepcionais centradas especialmente no uso da força:

Portanto, um tópico se torna segurança não necessariamente por causa da existência de uma ameaça real, mas porque ele é apresentado como uma ameaça. Assim, a exata definição e critérios de securitização são constituídos pela intersubjetividade estabelecida por uma ameaça existencial com uma suficiente ênfase de que pode ter efeitos políticos substanciais. Por essa razão, um discurso que apresenta alguma coisa como uma ameaça existencial a um referido objeto não o torna securitizado em algum tópico que seja.

Em outras palavras, o Estado busca, através deste discurso, a legitimação de sua atuação ofensiva no combate a uma ameaça existente, seja ela real ou não. Isso acaba gerando na população um medo muito grande de que haja uma nova guerra (HOBBSAWN, 2007, p. 44), um “medo líquido” que permeia a sociedade mesmo que ela esteja muito bem equipada tecnologicamente (BAUMAN, 2008, p. 132) e, portanto, mais segura.

Contudo, tais discursos carregam uma conotação tão forte acerca da necessidade de combater o “inimigo”⁵, que parecem legitimar a necessidade do emprego de todos os meios possíveis para proporcionar um enfrentamento de efetividade máxima, mesmo que para isso seja necessário desbordar-se dos limites da legalidade. Conforme Wermuth (2015, p. 118), em se tratando de terrorismo, a violência, a tortura, o sequestro e outras tantas práticas extralegais ganham destaque, como se os Estados democráticos não conseguissem enfrentar o problema da segurança sem violar direitos e garantias fundamentais. Assim, tolera-se a flexibilização de direitos em nome do combate.

Assim, aproveitando-se do sentimento de medo e vulnerabilidade que acometera a população, aliado à criação do próprio inimigo para respaldar o discurso dominante, a guerra ao terrorismo tornou-se a “justificativa perfeita” para legitimar a arbitrariedade da ação estatal a partir de então (WERMUTH, 2015, p. 119). Afinal, conforme Neves Júnior e Machado (2015, p. 84), “[...] [é como se] nada mais justo que promover a invasão de

5. Há uma lógica de bom-mau, heróis-bandidos, superiores-inferiores que permeia o tema, conforme destacam Cretella Neto (2009) e Souza (2015), e que são fortemente fomentadas pelo apelo midiático. A civilização ocidental, hegemônica, é elevada em detrimento do mundo árabe, sem levar em conta suas peculiaridades culturais e uma postura de respeito. Também, tem-se presente a noção de um Direito Penal para os cidadãos, e outro aplicável aos “inimigos”, como seria o terrorista, o que se afina à Teoria do Direito Penal do Inimigo, de Jakobs e Cancio Mellia (2007), mas que não será explorada aqui como fio condutor do trabalho.

seus países e suspender seus direitos civis, tanto nas nações ocupadas quanto nos próprios Estados atacados”.

Enfim, tem-se um pano de fundo propício à atuação que desborda a legalidade, uma vez que o sentimento de repulsa aos terroristas tem um peso legitimador considerável para fomentar o combate ao terror (SOUZA, 2015, p. 102). Esse panorama tem caracterizado a edificação de um novo paradigma de governo para combater o terrorismo, que tem se valido da relativização dos direitos e garantias fundamentais para fins de proteger a sociedade e proporcionar-lhe a segurança pública.

O fenômeno é cunhado por Agamben (2004) como “estado de exceção”, e também pode ser entendido à luz do conceito de biopolítica, de Foucault (2005), que bem ilustram o jogo de interesses que existe por trás de todo o aparato estatal, o qual tem “escolhido” aplicar os direitos humanos para certas situações e deixado de exercê-lo para outras⁶.

A definição do estado de exceção perpassa por certa dificuldade, na medida em que é atrelada à guerra civil, à violência e também à resistência. O termo é bastante utilizado na doutrina alemã, porém desconhecido na francesa e italiana, as quais adotam as expressões “decreto de emergência” e “estado de sítio”. Para Agamben, o emprego desta última terminologia encontra-se equivocado, uma vez que traz em seu bojo uma noção de estado de guerra permanente que foi decisiva na história, sendo inadequada para caracterizar o fenômeno atual (AGAMBEN, 2004, p. 12 e 15).

No entanto, é de se pontuar que a criação de um estado de emergência de forma permanente tem se tornado uma prática comum nos Estados contemporâneos, incluindo os que se dizem democráticos, mesmo que não se declare tal situação tecnicamente (AGAMBEN, 2004, p. 12-13). Isso decorre, em essência, da tecnologia de poder que o Estado tem se valido para controlar a vida de toda a população não só de forma disciplinar como também

6. Inicialmente, a proposta do trabalho havia sido pensada a partir da “teoria do choque de civilizações”, de Samuel Huntington (1993), em que os conflitos que se desencadearam após a Guerra Fria possuiriam conotação muito mais cultural e religiosa do que propriamente ideológica ou econômica. O autor entende os litígios como fruto de uma construção secular de diferenças acentuadas entre as civilizações, enquanto língua, historicidade, tradição, cultura e, claro, religião. Ao passo que o mundo tem se dessecularizado de maneira geral, a religião tem buscado preencher este espaço, de certa forma, vazio, dando margem ao fortalecimento dos fundamentalistas, não só centrado no islamismo, mas também no cristianismo ocidental, judaísmo, budismo e hinduísmo. Assim, atualmente, a mais significativa linha divisória da Europa já não é mais uma “cortina de ferro” sustentada pelo confronto ideológico, mas sim uma “cortina de veludo”, que segrega a diferença em um embate violento. Ocorre que esta teoria, ao desbordar da análise política da questão, e se centrar mais no aspecto religioso e cultural, pode servir de legitimação para o próprio cometimento de arbitrariedades pelos Estados que, supostamente, estariam a defender sua cultura, como é o caso dos Estados Unidos, razão pela qual se deixou de utilizá-la.

regulamentar (FOUCAULT, 2005).

Para entender melhor este fenômeno, é necessária uma análise histórica da forma como tem se articulado o poder desde o século XVII, coadunando-se com o pensamento de Foucault (2005, p. 289-298). Naquela época, empregava-se uma “tecnologia da disciplina do corpo”, voltada ao controle dos corpos, de caráter individualizante. Isso significa tornar o corpo dócil, útil e produtivo, por meio da disciplina, o que muito se vê na obra “Vigiar e Punir”, com a panoptização do mundo da vida (FOUCAULT, 2013).

No final do século XVIII, porém, surgiu uma “tecnologia regulamentadora da vida”, não mais centrada no homem-corpo, mas na vida, na população, no homem-espécie, na “massa global”. Assim, o controle se estendeu aos corpos colocados em “processo biológico de conjunto”, aos eventos fortuitos que podem, por ventura, ocorrer à determinada massa, tais como controle de natalidade, mortalidade, questões de segurança pública (FOUCAULT, 2005, p. 289-298).

De fato, trata-se de fenômenos coletivos, e que somente adquirem a devida importância quando compreendidos no nível de massa. Esta “nova” forma de poder se chama biopolítica⁷. Nas palavras de Foucault (2005, p. 294):

Pois aí não se trata, diferentemente das disciplinas, de um treinamento individual realizado por um trabalho no próprio corpo. Não se trata absolutamente de ficar ligado a um corpo individual, como faz a disciplina. Não se trata, por conseguinte, em absoluto, de considerar o indivíduo no nível do detalhe, mas, pelo contrário, mediante mecanismos globais, de agir de tal maneira que se obtenham estados globais de equilíbrio, de regularidade; em resumo, de levar em conta a vida, os processos biológicos do homem-espécie e de assegurar sobre eles não uma disciplina, mas uma regulamentação.

Enfim, ao passo que o controle disciplinar possibilitava uma acomodação, de certa forma, mais fácil, este outro, um controle regulamentar, revelava-se mais difícil. Contudo, eles não se excluíam mutuamente, mas sim passaram a manter um jogo duplo de disciplina e regulamentação (FOUCAULT, 2005).

Cabe referir a crítica de Wermuth (2015, p. 130), no sentido de que o “ponto de decisão” acaba se tornando justamente a definição, pelo Estado, do momento em que uma vida não mais se mostra como relevante, política e economicamente, podendo ser, então, “eliminada do tecido social”. É nada mais que o poder que faz viver ou que deixa morrer (FOUCAULT, 2005, p. 294).

7. A primeira vez que Foucault utilizou o conceito de biopolítica foi na palestra intitulada “O Nascimento da Medicina Social”, no livro “Microfísica do poder” (FOUCAULT, 2012).

Por certo, esta lógica (perversa) pressupõe grande concentração de poder nas mãos do Poder Executivo, o qual passou a editar uma série de decretos com força-de-lei, sobretudo após a 1ª Guerra Mundial. O Poder Legislativo se limita, na maior parte das vezes, a confirmar as disposições emanadas por aquele poder (AGAMBEN, 2004, p. 19).

Ocorre que esta prática, de acordo com Agamben (2004, p. 19), conduz, paulatinamente, à “liquidação” da democracia, com o enfraquecimento da atuação dos poderes. Isso acaba levando à edificação da ideia de estado de exceção como paradigma de governo: “uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo”, ou “técnica de governo”, segundo Wermuth (2015).

Assim, o estado de exceção proposto por Agamben (2004, p. 78-79) trata-se da suspensão da lei, com a criação de um espaço em que não há direito. Nessa “zona de anomia”⁸, já não mais se operam as distinções entre direito público e privado, não havendo que se falar em determinações jurídicas. Veja-se que não é uma ditadura ou uma implementação deliberada e expressa de um regime autoritário, dado que acontece justamente na atualidade, em diversos regimes considerados democráticos.

Neste sentido, suspende-se a democracia para a própria proteção da democracia: uma manobra jurídica “perfeita”. Como os atos cometidos ocupam um “não-lugar absoluto”, pois não são transgressivos, nem executivos, nem legislativos, sua natureza parece escapar a qualquer definição jurídica (AGAMBEN, 2004, p. 79). Naturalmente, por esta via, as arbitrariedades restariam legítimas.

Veja-se que a norma está em vigor, porém não consegue ser aplicada, pois não há força para tanto. Ao contrário, aqueles atos que não possuem qualquer valor de lei adquirem sua força, aplicando-se mesmo que sem nenhuma condição formal para obrigar ou coibir os indivíduos. Trata-se, segundo Wermuth, de uma “exclusão inclusiva”, no que se tornou impossível a distinção entre o que é a execução e a transgressão da lei (WERMUTH, 2015, p. 120-121).

Então, no estado de exceção, a “pura força-de-lei” realiza uma norma cuja aplicação restou suspensa. Isso quer dizer que se deixa de aplicar a norma

8. Um dos exemplos recentes que ajuda a configurar esse quadro é a flexibilização de direitos e garantias fundamentais em recente decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, que entendeu não ser aplicável para os acusados de praticar os atentados de Londres, no início dos anos dois mil (PINHEIRO, 2016).

que é a regra, para poder então vigorar a exceção (AGAMBEN, 2004, p. 63). Em outras palavras, o estado de exceção tem se tornado o paradigma de governo dominante nas democracias ocidentais, ao passo em que tem se transbordado em regra, em técnica de governo, em vez de ser – como a própria expressão já indica – apenas a exceção (WERMUTH, 2015, p. 119).

Para Agamben (2004, p. 17), está-se diante de um estado “keromático”⁹, no sentido de que se tem um vazio de direito, permitindo a comparação com o estado de natureza (muito embora não o seja). Isso porque os “plenos poderes” que são conferidos ao Poder Executivo para a edição de decretos com força-de-lei contribuem para que a exceção se torne a regra, e não mais a própria exceção. Em síntese (AGAMBEN, 2004, p. 39):

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica. [...]

Com isso, abre-se espaço para que o Estado, por meio de uma burocracia administrativa, delibere acerca da “vida” e da “morte” daquele que for detido, ou deixe-o em condição indefinida, sem qualquer aplicação do direito¹⁰. A lei, portanto, é um mero instrumento, que pode ser aplicada ou suspensa ao alvedrio estatal (WERMUTH, 2015, p. 122).

E o Poder Executivo, por meio das prerrogativas que lhe foram dadas, como suprarreferido, pode avaliar um determinado indivíduo, decidindo se constitui (ou não) perigo para o Estado, isso tudo de forma rápida, emergencial, por meio de um decreto. A objetificação do ser humano é clara: o excluído volta à vida nua (*zoê*), em detrimento da vida qualificada (*bios*) (WERMUTH, 2015, p. 123).

De fato, a vida começa a problematizar-se no campo do pensamento político, da análise do poder político, lidando-se com a população “como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder” (FOUCAULT, 2005, p. 288 e 293). Assim, tem-se

9. O autor aduz que a expressão “plenos poderes” é bastante utilizada, no contexto do estado de exceção, para caracterizar um estado “keromático”, em que ainda não se deu a distinção entre os poderes. Porém, prefere falar em um estado “keromático”, para fins de esclarecer o vazio de direito que caracteriza tal estado (AGAMBEN, 2004, p. 17).

10. Apenas para citar (uma vez que análise maior refoge do objetivo deste trabalho) o exemplo dos presos de Guantánamo, que se encontram detidos em condição indefinida, não se lhes sendo aplicado direito algum. Ver AGAMBEN, 2004 e WERMUTH, 2015.

o que Foucault chamou de “sociedade da normalização”: a norma pode se aplicar tanto para um corpo individualmente considerado (poder disciplinar), como para uma população cujo objetivo seja regulamentar, em um processo de entrecruzamento (FOUCAULT, 2005, p. 302).

Por certo, o controle se torna mais acentuado, uma vez que não só atua em um homem, mas sobre toda uma coletividade. A questão do terrorismo ilustra muito bem esta situação. Se, de um lado, tem-se uma série de direitos humanos arduamente conquistados ao longo da história, por outro, há uma sociedade complexa que se sente vulnerável e confia nas mãos do Estado a tarefa de segurança, exigindo que este adote uma postura (imediate).

Diante deste cenário de vulnerabilidade, “[e]stamos todos em perigo, e todos somos perigosos uns para os outros”, diria Bauman (2008, p. 128). Evidente que o medo e o nervosismo são compreensíveis, porém há que se pontuar que são utilizados pelos próprios governos e pela imprensa como ferramenta para alcançarem seus próprios propósitos (HOBSBAWN, 2007, p. 136).

E isso gera, no senso comum, a ideia de que não importam os meios utilizados, contanto que se consiga combater a violência e erradicar o terrorismo, o cenário perfeito para o estado de exceção como paradigma de governo dominante que tem se alastrado a nível global. Neste sentido, bem destaca Wermuth (2015, p. 133): “Assiste-se a um processo de banalização da tortura e de outras formas de violência, supostamente justificáveis sob a ótica de que devem ser empreendidas em nome da eficiência na guerra ao terror”. Conforme o autor, a guerra deixa de ser vista como a *ultima ratio* e passa a configurar como sendo *prima ratio*, de forma a sedimentar a política.

De todo modo, o estado de exceção encontra-se latente, sempre pronto, à disposição para ser utilizado quando se está diante de uma suposta situação de ameaça (WERMUTH, 2015, p. 124). Assim, a tecnologia de poder sobre o homem-espécie mostra-se bem sucedida (FOUCAULT, 2005), uma vez que, parafraseando Souza (2015, p. 111), “somos levados a ter ódio dos terroristas” e a sentir pena dos americanos”, dos europeus, enfim.

Em suma, assiste-se a um processo de desumanização dos terroristas, para fins de possibilitar a violência arbitrária, o que novamente se percebe da relação dicotômica do “nós” e “eles”. O inimigo é um “perigo concreto e real” a toda a civilização ocidental (SOUZA, 2015, p. 103 e 109), que deve

ser combatido. Até porque, “[...] quanto mais abstrato e ubíquo, quanto mais fugidio e inapreensível, quanto mais desconhecido e invisível, mais medo o inimigo provoca e, reflexamente, reafirma a necessidade de mais e mais segurança.” (WERMUTH, 2015, p. 135).

A partir deste panorama, verifica-se que o discurso dominante tende a reagir de forma bastante desproporcional diante dos danos reais sofridos ou da ameaça¹¹. Forças policiais, militares, de inteligência, todas são mobilizadas para perpetrar ações contra os grupos terroristas que são inaceitáveis pela comunidade internacional, haja vista que acarretam graves violações, cerceamentos de liberdades arduamente conquistadas pelas sociedades pluralistas que se constituíram democráticas (CRETELLA NETO, 2009, p. 167).

Segundo Hobsbawn (2007, p. 44-46), para quem não se está diante de uma “guerra contra o terror” ou “terrorismo”, a não ser em termos metafóricos (dado que o terror em si é empregado por atores políticos particulares como uma tática, e não como um programa), não há que se falar em riscos reais para a estabilidade do mundo. Muito embora seja inaceitável sob o ponto de vista moral e também indiscriminado, o autor (2007, p. 44) pontua que “são irrisórios os perigos reais para a estabilidade do mundo”.

Tendo em vista esse cenário fabricado de “guerra global”, passa-se a refletir, então, sobre o caso brasileiro.

3. O BRASIL E O TERRORISMO: A (DES)NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.260/2016

Partindo das considerações teóricas aventadas, é imprescindível traçar, em um primeiro momento, o contexto em que se deu a edição do diploma normativo brasileiro sobre o tema, para se indagar, posteriormente, acerca de sua real necessidade e de possíveis inconstitucionalidades que lhe são subjacentes.

De pronto, é importante mencionar que a lei foi editada às pressas, após uma série de atentados, sobretudo em Paris e Bruxelas, e com forte pressão internacional para que o país editasse uma lei sobre terrorismo. Somado a isso, em nível nacional, o Brasil sediaria as Olimpíadas, tendo-se noticiado a informação de que poderia haver riscos do cometimento de um possível ataque, o

11. Vale destacar divisão doutrinária em “Políticas antiterroristas”, que visam a impedir a ocorrência do atentado, e “Políticas contraterroristas”, que são respostas após o atentado (NEVES JÚNIOR e MACHADO, 2015, p. 89).

que gerou uma celeuma e um sentimento de medo generalizado na população.

Da análise do Projeto de Lei nº 2016/2015, colocado em pauta em sessão extraordinária, percebe-se a ideia de que a lei teria o intuito de “proteger” o indivíduo e a sociedade, em meio a um discurso retórico de respeito aos direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 2015, p. 155-156). Neste sentido, cabe pontuar a crítica de Barbosa, haja vista que, no país, permeia o ideário do “funcionamento simbólico da pena” como reação social diante da insegurança, como se a tipificação de atos terroristas e o recrudescimento das penas fosse uma resposta satisfatória faltando cinco meses para as Olimpíadas (BARBOSA, 2016).

Quanto à lei, logo no art. 2º, verifica-se que a tentativa de conceituação de terrorismo por meio da prática de diversos atos elencados nos respectivos incisos (BRASIL, 2016). Conforme a crítica de Cretella Neto (2009) aduzida no primeiro capítulo, a definição do instituto é bastante complexa, fazendo com que as legislações atribuam características aos atos terroristas, e não ao fenômeno do terrorismo em si.

Neste sentido, verifica-se que sua prática pode se dar tanto por um indivíduo como por um grupo, cujos motivos podem ser de ordem xenofóbica, discriminatória ou preconceituosa, envolvendo religião, etnia, raça, cor. O dolo direto, ou a finalidade, é provocar “terror social” ou generalizado (BRASIL, 2016)¹².

Contudo, essa expressão é bastante genérica e abstrata, e tem sido alvo de críticas. Isso porque, de acordo com Barbosa (2016), em função de ter sido empregado termo vago, torna-se inviável a devida compreensão e a determinação do alcance do tipo penal, o que viola a legalidade “como função de garantia por uma máxima determinação e taxatividade aos tipos penais ou *lex certa*”. De fato, criou-se um crime de perigo, com um bem jurídico indeterminado, prejudicando a aplicação efetiva da lei.

De forma semelhante, Moraes (2016) também entende que essa definição pode, ainda, permitir a incriminação de condutas tanto gravíssimas como outras menores, o que em muito se aproxima à ideia do estado de exceção como paradigma de governo. Na medida em que se analisa a conduta de “trazer consigo explosivo” capaz de “promover destruição em massa”, um

12. Basicamente, pode-se extrair a ideia de que o tipo penal requer (i) uma razão para seu cometimento, (ii) um dolo específico de causar terror social e (iii) uma exposição a perigo concreto, muito embora se verifique um crime que, ao que tudo indica, seja de perigo abstrato. De todo modo, percebe-se quão é difícil a própria categorização jurídica, deixando margem a uma interpretação bastante arbitrária, inclusive evitada de inconstitucionalidades.

dos possíveis atos de terrorismo (art. 2º, §1º, I), por exemplo, percebe-se o caráter bastante amplo deste tipo. Primeiro, porque o explosivo, assim como outros meios ali listados, tem, realmente, um potencial de destruição, mas que, isoladamente, não pode dar ensejo à aplicação desta lei.

Segundo, a expressão “destruição em massa” também se caracteriza por ser bastante vaga, possibilitando uma interpretação ampla, conforme destaca Moraes (2016). Isso pode levar a arbitrariedades, como o pré-julgamento baseado no estereótipo do “perfil terrorista” socialmente construído. No Brasil, seria apenas o indivíduo de etnia árabe? Ou também inclui o preto, o pobre que, por acaso, possa estar usando, transportando alguma das substâncias descritas no tipo e ser forçadamente enquadrado como terrorista?

Outro ponto que merece destaque é o art. 3º, que elenca atos de participação de uma organização terrorista, como “promover”, “constituir”, “integrar”, “prestar auxílio” (BRASIL, 2016). Muito embora a lei tenha por objetivo trazer o conceito de organização terrorista, novamente não o faz de modo preciso (MORAES, 2016). No projeto de lei, entendeu-se que esta contemplaria características como o fundamento da ação, a forma praticada e o fim desejado pelo agente, mas não houve também maiores esclarecimentos a respeito do que, realmente, significa uma organização terrorista (BRASIL, 2015, p. 155), o que também denota vagueza e falta de técnica legislativa.

A novidade legislativa que mais salta aos olhos, porém, é o art. 5º, que tipificou atos preparatórios voltados à prática “inequívoca” de atos terroristas, envolvendo, ainda, atividades de recrutamento, organização, transporte e munição de indivíduos que se deslocam para país diverso do que reside ou é nacional (inciso I), bem como de fornecimento ou recebimento de treinamento em outro país (inciso II) (BRASIL, 2016). Seguindo o pensamento de Barbosa (2016), esta concepção bem demonstra a preocupação de proteção da funcionalização do Estado em detrimento da promoção da dignidade da pessoa humana. É dizer, tem-se uma “política criminal de emergência com foco na proteção ao sistema, ou seja, na função de proteção a atividades tipicamente funcionais do Estado”, e que não se centra na pessoa, no indivíduo.

Neste sentido, concorda-se com o autor no sentido de que a função exercida pelo sistema de segurança pública é justamente funcionar como um instrumento de integração e prevenção social (BARBOSA, 2016). Novamente, o controle sobre o “homem-espécie” (FOUCAULT, 2005) encontra-se presente, uma vez que, em nome da segurança, pode-se prender

os suspeitos que planejam atos terroristas e, inclusive, flexibilizar a aplicação de seus direitos e garantias.

Aliás, este artigo traz vários indicativos de inconstitucionalidade¹³. Concorde-se com Barbosa (2016) no sentido de que sua tipificação se configura em um “atentado à hermenêutica constitucional”. Isso porque, diferentemente da preocupação com o Direito Penal centralizado na dignidade da pessoa humana, valorizou a perspectiva funcionalista do Estado, baseada no ideal de segurança, assemelhando-se, desta forma, as políticas europeias antiterror.

De acordo com Greco (2013, p. 248), os atos preparatórios são, em tese, impuníveis, a não ser que sejam tratados como delitos autônomos, como aceito pela maioria doutrinária. No caso da lei em tela, que atos seriam esses? Como não há um rol descritivo no dispositivo legal, há violação do princípio da legalidade, aproximando-se, e muito, do Direito Penal do Inimigo e do estado de exceção. Por certo, sua descrição vaga, abstrata pode levar à arbitrariedade.

Conforme Streck e Moraes (2003, p. 83-84), o Estado de Direito surge como sendo um Estado que se submete a um regime de direito, ao se pautar em suas relações com os cidadãos, de modo que “a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva estatal”.

Com relação ao art. 6º, percebe-se que a aplicação da pena de reclusão de 15 a 30 anos imposta a partícipes, como financiadores, é mais gravosa do que a autores (i)mediatos propriamente (12 a 30 anos de reclusão), o que também denota incongruência da técnica legislativa (BRASIL, 2016; MORAES, 2016).

Também, destaca-se o art. 11, que trata da competência para investigação e processamento dos crimes de terrorismo, tendo-as levado à Polícia Federal e à Justiça Federal, respectivamente, por serem condutas atentatórias ao interesse da União (BRASIL, 2016). A despeito da crítica de Moraes (2016) de que se criou uma presunção legal de que todas as condutas terroristas seriam atentatórias ao interesse da União, entende-se que o legislador andou bem em ter federalizado a questão.

Na sequência, o art. 12 traz a possibilidade de que o juiz, de ofício ou

13. Muito embora toda a lei seja vista como um “atentado” por diversos constitucionalistas e penalistas, optou-se pelo recorte do art. 5º e art. 12, adiante comentado, que são aquelas inconstitucionalidades mais flagrantes.

a requerimento do Ministério Público ou por representação do delegado de polícia (ouvido o Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas), possa decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado (BRASIL, 2016). Ocorre que essa atuação de plano pelo juiz estreita relação com o sistema inquisitivo, em vez do sistema acusatório, haja vista que pode se dar tanto a nível de inquérito como de processo, o que denota inconstitucionalidade da lei.

O principal ponto de crítica é essa atuação de ofício pelo magistrado, dado que viola o devido processo legal, a ampla defesa, a imparcialidade, enfim, um processo penal que se pretenda democrático.

Conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004) na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1570, é inconstitucional a decretação de ofício, pelo juiz, de medidas assecuratórias. Na ocasião, os ministros analisaram o artigo 3º da Lei 9.034/95, na parte referente à quebra de sigilos fiscal e eleitoral, que permitia tal possibilidade de plano pelo magistrado¹⁴.

Conforme relato da Procuradoria da República, essa situação seria insustentável, uma vez que a figura do “juiz investigador”, diante da concessão de poderes inquisitoriais, é incompatível com a imparcialidade, o contraditório, a ampla defesa. (BRASIL, 2004). Neste sentido, cabe referir a crítica de Tourinho Filho (2013, p. 59), para quem se faz necessário o legislador disciplinar a atividade instrutória, de forma a impedi-lo de produzir provas, determinar medidas cautelares, dado que seu papel é “recolher as provas que lhe forem apresentadas e, após valorá-las, proclamar a quem assiste o direito. Aí a imparcialidade seria incontestável e consonar-se-ia com o nosso Estado Democrático de Direito.”

Muito embora o processo penal seja eminentemente acusatório, com a formação de uma relação triangular de acusação (Ministério Público), defesa

14. Segue a ementa do julgado: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. **Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil** (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. [grifei]

e julgamento (Estado-juiz), há alguns traços inquisitivos (TOURINHO FILHO, 2013, p. 79-80). Contudo, isso não abre portas para o magistrado atuar livremente de ofício em se tratando da determinação de medidas assecuratórias, como o congelamento de bens e ativos de um investigado ou acusado da prática de crime de terrorismo, sob pena de inconstitucionalidade.

Assim, da forma como se encontra positivada, é uma prática que pode levar a uma considerável discricionariedade estatal, podendo recrudescer o tratamento dado a investigados que, tratados praticamente *a priori* como terroristas, após um trâmite com mais cautela, percebe-se que não o são. Então, se este instrumento for utilizado ao alvedrio, pode se configurar numa poderosa técnica de exceção, razão pela qual se considera inconstitucional.

Dentro desse contexto, verifica-se que a Lei 13.260/2016 foi editada às pressas, e contém diversas brechas que podem conduzir a arbitrariedades em relação à questão do terrorismo no Brasil, possibilitando a utilização de medidas de exceção como técnicas de governo. Em relação à (des)necessidade de regulamentação específica acerca do crime de terrorismo, a doutrina apresenta divergências.

Por um lado, tem-se o posicionamento de Moraes (2016), por exemplo, que entende que, em função da construção defeituosa do marco normativo brasileiro, é este desnecessário. Para o autor, as condutas já se encontram criminalizadas pela lei penal brasileira, tendo a Lei 13.260/2016 sido editada por motivos de necessidade, dadas pressões externas por “leis antiterror”, especialmente considerando que o Brasil estava prestes a sediar o megaevento das Olimpíadas de 2016. Ainda, o Congresso Nacional colocou o projeto de lei em pauta de urgência, contribuindo – e muito – para diversas falhas legislativas, em vez de um estudo aprimorado que deveria ser realizado por especialistas na matéria.

Por outro lado, importante mencionar as ideias de Lasmar (2015, p. 64 e 67), para quem uma lei específica se faz necessária, com vistas a abarcar todas as fases do ciclo terrorista, delineando tanto a atividade terrorista, o procedimento investigatório, bem como sobre a cooperação internacional. Ocorre que, dentre as dificuldades verificadas no país, encontram-se a falta de conhecimento técnico especializado sobre o tema, a inexistência de uma sólida estratégia para fins de traçar as ações institucionais, sem contar o déficit de um quadro normativo sistêmico que alie a prevenção e a repressão¹⁵.

15. No caso brasileiro, as exigências requerem uma atuação muito mais preventiva do que repressiva, uma

Diante desse contexto, nota-se que uma legislação sobre terrorismo requer tempo e discussão técnica, para fins de se evitar incorrer em falhas legislativas, como se verifica na lei brasileira. De um lado, tem-se a preocupação com os direitos humanos, de outro há mecanismos que permitem a aplicação da técnica da exceção. Assim, o estado de exceção encontra-se latente. Pode ser utilizado em situações emergenciais, em prol da ordem, da segurança. Caberá à doutrina e à jurisprudência um futuro e importante trabalho de conjugar a responsabilização criminal pelo possível cometimento de atos terroristas com o respeito a direitos humanos, de forma a evitar que os seres humanos tratados como objetos.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a investigar atuação do Brasil no combate ao terrorismo pós-11 de setembro de 2001, tendo por base a lei 13.260, de 2016, em meio a um discurso protetivo de direitos humanos e uma prática que justamente os viola, em prol de um argumento “poderoso” invocado pelos Estados, a segurança.

Conforme se pontuou na primeira parte do artigo, os regimes democráticos ocidentais têm se direcionado à aplicação das teorias do estado de exceção e da biopolítica no campo prático: muito embora seus discursos defendam o respeito a direitos e garantias fundamentais, suas políticas têm margeado a lei, flexibilizando importantes conquistas em matéria de direitos humanos, valendo-se de pilares securitários para tanto.

Assim, verificou-se um controle tanto de ordem disciplinar como regulamentar sobre a esfera social, que clama estar protegida em meio a um cenário de conflitos, transformado metaforicamente em guerra em razão do apelo midiático, da criação de um inimigo cruel e do medo líquido que reveste o ideário social.

No caso brasileiro, é de se notar uma preocupação bastante recente com o fenômeno, e denotou despreparo legislativo e falta de política estratégica para lidar com o problema. Enquanto a demanda pugna por uma atuação preventiva, com vistas a frear o recrutamento e a radicalização da ideologia

vez que não há ataques propriamente, mas sim atividades de recrutamento, financiamento, publicidade, propaganda, o que também se configura terrorismo. Ainda, conforme o autor (2015, p. 56), denota-se o risco de se banalizar o instituto, utilizando-o com objetivos eminentemente políticos. A título de exemplo, a interceptação telefônica somente pode ser levada a cabo para fins de investigação criminal ou instauração de um processo penal, impossibilitando para fins de assessoramento (art. 5º, XII, CF).

islamista no país, o aparato legal existente é repressivo, o que acaba dificultando a luta contra o terrorismo.

Assim, percebe-se que há indicativos de inconstitucionalidade na novel legislação pátria, especialmente considerando a tipificação de atos preparatórios sem haver seu devido elenco, sem contar a atribuição de superpoderes ao juiz investigatório e instrutório, em um flagrante desrespeito à supremacia do sistema acusatório no paradigma democrático. Infelizmente, no Brasil a regra parece estar dando lugar à exceção, exigindo-se uma postura crítica por parte dos atores do sistema de justiça, de modo que defendam a dignidade humana em detrimento da flexibilização de direitos, e façam valer o contraditório, a ampla defesa, enfim, a concretização da Constituição.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Lei 13.260/2016 é um ato terrorista à hermenêutica constitucional**. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policia-lei-132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional>>. Acesso em: 07 nov. 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.
- _____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2016, de 2015. Altera a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, para dispor sobre organizações terroristas. **Diário da Câmara dos Deputados**. 101. ed. p. 155-156. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020150619001010000.PDF?page=154>>. Acesso em: 07 nov. 2016.
- _____. Lei nº 13.260 de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Brasília, DF, 12 de fevereiro de 2004. **Diário de Justiça**. Brasília, 22 out. 2004. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_1570_DF_-12.02.2004.pdf?Signature=7dqzDJ0oxv/JUS5GDboifhNwxV0=&Expires=1479069475&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e3fcf950a5099da56c0814eacd8c5100>. Acesso em: 13 nov. 2016.
- CRETELLA NETO, José. Em busca da definição que o mundo hesita em elaborar: terrorismo internacional. In BEDIN, Gilmar Antônio (org). **Estado de direito, jurisdição universal e terrorismo: levando o direito internacional à sério**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2009.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Terrorismes: historie et droit**. Paris: CNRS, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Michel. **Microfísica do poder**. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.

_____. Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 14ª ed. Niterói: Impetus.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução por José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUNTINGTON, Samuel. **O choque de civilizações**. 1993. Disponível em: <http://textosdehistoria.xpg.uol.com.br/unidade_V_texto_10_huntington_o_choque_de_civilizacoes.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2016.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções Críticas**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

LASMAR, Jorge Mascarenhas. A legislação brasileira de combate e prevenção do terrorismo quatorze anos após 11 de Setembro: limites, falhas e reflexões para o futuro. **Sociologia política**, v. 23, n. 53, pp.47-70, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782015000100047&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jun. 2016.

MATAIS, Andreza; MORAES, Marcelo de. Aviso da Abin com características para identificar terroristas é ironizado. **Estadão**. São Paulo, 10 jun. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/coluna-do-estadao/lista-da-abin-com-caracteristicas-para-identificar-terroristas-e-ironizada/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

MORAES, Cássio Rebouças de. **Terrorismo: mais uma lei desnecessária e defeituosa**. 2016. **Justificando**, São Paulo, 24 de junho de 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/06/24/terrorismo-mais-uma-lei-desnecessaria-e-defeituosa/>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

NEVES JÚNIOR, Edson José; MACHADO, Lauren. “Nova York Sitiada”, o terrorismo internacional e a Guerra ao Terror. In: ZANELLA, Cristine Koehler; NEVES JÚNIOR, Edson José (orgs). **As relações internacionais e o cinema: espaços e atores transnacionais**. V. 1. 1. ed. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 77-94.

PELLEGRINI, Carlos Eduardo. Operação hashtag foi acerto, mas publicidade e limite a defesa são erros. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 1º ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-01/carlos-pellegrini-operacao-hashtag-foi-acerto-publicidade-foi-erro>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Aline. Corte europeia diz que terrorismo justifica flexibilização de direitos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-14/corte-europeia-terrorismo-justifica-flexibilizacao-direitos>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

RUDZIT, Gunther. O debate teórico em segurança internacional: mudanças frente ao terrorismo? **Civitas**, v. 5, n. 2, p. 297-323, 2005. Disponível em: <<file:///C:/Users/pc/Downloads/5-7668-2-PB.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

SOUZA, Bruno Mendelski de. “A Hora mais Escura” e o discurso hegemônico da Guerra ao Terror. In: ZANELLA, Cristine Koehler; NEVES JÚNIOR, Edson José (orgs). **As relações internacionais e o cinema: espaços e atores transnacionais**. V. 1. 1. ed. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 97-117.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. A produção da vida nua no estado de guerra global. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 60, n. 1, p. 117-136, 2015. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/36715>>. Acesso em 30 ago. 2016.

DIREITO PENAL DO INIMIGO: O CONFRONTO AOS DIREITOS HUMANOS E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Letícia da Silva Nigris¹

Vinício Francisco Toazza²

RESUMO: O estudo analisa a teoria do Direito Penal do Inimigo, questionando se sua aplicação no ordenamento jurídico é um meio eficiente para a redução nas taxas de criminalidade, ao passo que determina a existência de uma parcela “inimiga” do Estado, da qual não se espera a recuperação. Problemática ainda, o ato de classificar o inimigo, que permite o encarceramento do indivíduo, com base na discricionariedade das autoridades, ferindo, explicitamente, aos Direitos Humanos. É um debate mundial sobre o fenômeno da violência, também em evidência no Brasil, onde legisladores vêm adotando a ideia do “inimigo” no combate ao crime organizado, criando punições estatais sancionadas baseadas na simples ideia do “risco”. Finalmente, a intenção de enrustir, por meio de medidas disciplinares, como o RDD, a pura ineficácia estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo; Direitos Humanos; Fenômeno da violência.

1. INTRODUÇÃO

Diante do crescente cenário de violência testemunhado diariamente por uma sociedade que clama por providências que tornem seus dias mais suportáveis, vemos surgir medidas destinadas a atender a esses mais diversos anseios. Ainda que com cunho político, se não, tão somente com esse, correntes criminais extremistas e adversas aos ordenamentos jurídicos em vigor começaram a ser adotadas, entre elas encontramos a teoria do Direito Penal do inimigo, celebrada por Gunther Jakobs e responsável, em suma, por separar a sociedade em duas classes, uma composta de cidadãos e outra de inimigos.

O conflito surge no momento em que a teoria recusa o conceito de

1. Mestranda em Direito e pesquisadora com bolsa CAPES pela UPF – Universidade de Passo Fundo – Linha de pesquisa: Relações Sociais e Dimensões do Poder. Pós-Graduada em Direito Tributário Empresarial pela IMED – 4ª Ed. – Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Luterana do Brasil. Email: leticianigris@hotmail.com
2. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, bolsista CAPES, e-mail: vinitoazza@hotmail.com.

cidadão ao definir inimigos desconstituídos de personalidade jurídica, negando para tais, direitos e garantias fundamentais, absolutos em grande parte dos ordenamentos vigentes. Assim, partindo de tal premissa, a situação problemática gira em torno da aplicação da teoria supra, que renega de forma evidente os princípios basilares da dignidade humana, como caminho passível a solucionar as falhas do sistema penal existente no seio normativo de um país.

Nesse sentido, o que se pretende é apontar a inaceitabilidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo como método permanente de combate ao crime, haja vista o desrespeito aos preceitos humanitários, utilizado não mais que no intuito de oferecer uma falsa sensação de segurança pública, o que abre, por consequência, brechas para o surgimento de sistemas totalitários e autoritários.

A investigação se justifica pela necessidade de alertar àqueles que detêm o poder, a influência, interesse na defesa jurídica e também àqueles que mesmo não sendo estudiosos do direito, mas como seres regidos pelo sistema, possuem o direito de indagar toda e qualquer medida que represente um risco para o ordenamento jurídico que os representa.

2. DIREITO PENAL DO INIMIGO E A PRESUMIBILIDADE DE RISCOS

2.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO POR GÜNTHER JAKOBS

Conforme se observa, a sociedade, de forma ruidosa, capta diariamente o aumento nas taxas de criminalidade, e isto não se deve à parcela que possui acesso aos índices que apontam tal afirmativa, mas sim, pela grande coletividade que vive sob o medo constante de um perigo que muitas vezes abstrato. Assim, neste contexto, a expansão do Direito Penal se apresenta facilmente como a maior característica da política criminal atual e até mesmo dos últimos anos em curso, destacando-se o fenômeno do surgimento de múltiplas figuras novas nas legislações penais, e até mesmo setores inteiros de regulação, bem como, reiteradas reformas de tipos penais já existentes, isso tudo, em um ritmo muito superior ao que podia ser observado em épocas anteriores, conforme explica Meliá (2005).

No momento em que se observa que um esquema normativo, por mais justificado que esteja, não consegue dar direção à conduta dos indivíduos, carece de realidade social (JAKOBS, 2005), razão pela qual, frente a esta afirmação vemos teorias como a do Direito Penal do Inimigo tomarem

campo, despertando com todo vigor aos olhos dos atuais líderes de estado, que buscam constantemente alternativas às falhas do sistema.

Nesse condão, Günther Jakobs (2005), na busca de um sistema mais rigoroso que atendesse aos anseios sociais frente à necessidade de adaptação das políticas criminais ao cenário de violência, criou a acima referida *Teoria do Direito Penal do Inimigo* no intuito de definir a sociedade em duas classes, ou seja, uma de indivíduos constituídos de personalidade jurídica, e outra composta por aqueles que deixariam de ser considerados pessoas de direito em face de determinadas condutas, os inimigos.

Em suma, esta última classe, assim seria classificada no momento em que se observasse sua extrema não inserção ao padrão de conduta social, e deles não se esperaria uma possível recuperação, devendo, então, serem tratados de maneira mais radical e direta.

A teoria idealizada foi apresentada por Jakobs pela primeira vez para a sociedade acadêmica em 1985, porém o anúncio da possibilidade e viabilidade da existência de um Direito Penal destinado ao cidadão, paradoxo ao Direito Penal do Inimigo, o tornou alvo das primeiras críticas (SOUZA, 2011).

Jakobs (2005) afirma que seria abstrato separar o cidadão e seu próprio direito, pois, em sua opinião, quando determinado cidadão se desvia da conduta que dele se espera nos parâmetros normativos, o Estado deve lhe dar a chance de equilibrar o dano e se reestruturar mediante a sociedade, mostrando que é sujeito merecedor de direitos e que está disposto a ser fiel ao ordenamento jurídico vigente. Assim, no momento em que aceita a sanção que lhe será imposta, estará preparado para respeitar a medida que o Estado irá propor para interromper seu desenvolvimento delinquente.

Neste contexto, o Direito Penal encontraria duas linhas em sua regulação, o tratamento do cidadão, por um lado, aguardando-se até o mesmo exteriorizar sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa social, e por outro lado, o tratamento com o inimigo que seria interceptado previamente, combatendo-o por sua periculosidade, aplicando, assim, uma custódia de segurança antecipada. Ou seja, o dano atual quando previsto pela norma, abriria espaço para o perigo de um dano futuro, sendo essa a própria regulação do Direito Penal do Inimigo (JAKOBS, 2005).

Em suma, coibir os direitos e garantias fundamentais do inimigo, a fim de otimizar a luta contra a macrocriminalidade, é o objetivo da teoria

proposta por Jakobs. Entretanto, o conflito surge a partir do momento em que se observa o uso de tal corrente como justificativa para negação de direitos, estratégia que vem sendo adotada atualmente nos Estados como medida inibidora da delinquência organizada (MACHADO, 2009).

A partir dessa teoria se passaria a observar o direito penal do autor, e não do fato, sua periculosidade e não sua culpabilidade. Essa aplicação geraria um direito sem garantias penais, nem processuais, o que, por outro lado, se daria de forma claramente inconstitucional, tendo em conta que a aplicação dessa corrente só é permitida em casos extremos, como estado de defesa e de sítio, consoante narram alguns autores como Gomes (2010).

Todavia, o que na verdade notamos, é que os estados de defesa e de sítio nada menos são do que medidas excepcionais, um momento de exceção, que se mal governados e estabelecidos fora de seu caráter esporádico, podem trazer grandes riscos para ordenamento que lhes dá espaço.

No entanto, na afirmativa de que a Teoria do Direito Penal do inimigo se encaixa em um cenário de descontrole da criminalidade e absorção de medidas extremas para sua contenção, estaríamos diante de uma figura que contempla um Estado de Exceção fora de seus preceitos de anormalidade? Para melhor compreensão desta indagação, faz-se indispensável desmembrar o que está por trás de um estado de exceção, tarefa complexa, tendo em vista a profundidade envolta no conceito, como veremos a seguir.

2.2. O ESTADO DE EXCEÇÃO

Teorias como a do Direito Penal do inimigo podem facilmente ser adequadas ao que hoje temos definido por Estado de Exceção, presente de diferentes formas nos mais diversos ordenamentos jurídicos detectados pelo mundo.

A flexibilização de garantias é característica pura da exceção, e conforme muito bem explica Agamben (2004), tal termo possui difícil definição, vez que situado no limite entre a política e o direito. É o oposto do Estado normal e fruto de crises políticas, e é nesse sentido que a questão de seus limites torna-se ainda mais urgente, pois se devem estar compreendidas no terreno político e não no jurídico-constitucional, as medidas excepcionais encontram-se na condição paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, fazendo com que o estado de exceção se mostre como a forma legal daquilo que não poderia, no entanto, ter forma legal (DE MARTINO 1973, *apud* AGAMBEN, 2004).

Opiniões recorrentes colocam que o fundamento do estado de exceção seria o conceito de necessidade, e a necessidade não tem lei, dessa forma, poderia ser entendida tanto por não reconhecer nenhuma lei, quanto por criar a sua própria lei. Ou seja, a teoria do estado de exceção, em ambos os casos, se resolveria no estado de necessidade, de modo que o juízo sobre a sobrevivência deste esgota o problema da legitimidade daquele. Isto porque aquele que em uma situação de necessidade age além do que está definido em lei, não está julgando a lei, mas sim o caso particular em que vê que a letra da lei não deverá ser analisada (AGAMBEN, 2004).

Dessa maneira, conforme indica Opuska (2011), no atual Estado Democrático de Direito, a exceção se dá no próprio modelo, quando os direitos fundamentais e garantias de preservação da vida não atingem uma significativa camada da população.

Nesses dizeres, o autor alude que o Estado Democrático de Direito acaba excluindo parcela populacional que se encontra à parte da norma, sob o que se chamaria de sombra da proteção jurídica, onde não incidiria qualquer proteção. Dessa forma, na afirmação do modelo de estado contemporâneo, que de forma complexa, articula o interesse econômico subjacente, que a exceção teria lugar. Defender o Estado Democrático de Direito, seria manter a exceção à determinada fatia social (OPUSZKA, 2011).

Porém, afirmar então que o Estado Democrático de Direito é o hospedeiro de um estado de exceção permanente, simplesmente pelo fato de não atender seus preceitos em sua totalidade, faz com que a atenção a ser dispensada a esta figura seja de extrema importância, visto que a partir do momento em que é aberto espaço para medidas, digamos urgentes, que tenham o condão de interromper o ordenamento jurídico e dar poderes plenos àqueles que dele possam fazer uso, também se dá espaço para a exceção existir a favor daqueles que a queiram usar para instaurar regimes totalitários e ditatoriais.

Assim, somente erguendo o véu que cobre a zona incerta do estado de exceção entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida, é que se poderá compreender um pouco mais o que está em jogo nesses paralelos. Entre os elementos que tornam difícil a definição de estado de exceção, observamos a estreita relação deste com a guerra civil. Tal afirmação é esmerada na passagem do século XX, quando uma “guerra civil legal” foi presenciada por toda humanidade após Hitler implantar o famoso Estado nazista, promulgando o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, momento em

que suspendeu as normas constitucionais relativas às liberdades individuais, fazendo surgir um estado de exceção que durou 12 anos (AGAMBEN, 2004).

Na atualidade podemos observar que os exemplos mais extremos da aplicação do estado de exceção duradouro são as medidas adotadas pelo governo norte americano desde os ataques terroristas ao *World Trade Center-Pentágono* e todo o simbolismo que acompanhou as atividades terroristas que se estenderiam de forma iminente após essa manifestação que chocou o mundo.

Nas palavras de Agamben (2004), o estado de exceção apresenta seu significado imediatamente biopolítico, em sua estrutura original, no momento em que o direito insere em si o indivíduo por meio de sua própria suspensão.

Assim, diante de tais exemplos é demasiadamente simples entender onde o Direito Penal do inimigo se encaixa e nesse sentido, vemos seus preceitos facilmente detectados em políticas que se colocam em evidência, como a *Broken Windows Theory – Teoria das Janelas Quebradas* – ou o que se pode chamar de política de tolerância zero, como se fará possível analisar à frente.

2.3. TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS – BROKEN WINDOWS THEORY

Atualmente, observa-se a tendência dos Estados, até mesmo daqueles que não possuem qualquer programa de Política Criminal, no sentido da segurança do cidadão, tolerância zero, lei e ordem, ou seja, de caráter maximalista na parte punitiva e minimalista no contexto social (WACQUANT, 2001 *apud* CALLEGARI, 2010). Assim, teorias surgem sob a luz de um direito penal direcionado ao inimigo, e de maneira clara é que encontramos a *Broken Windows Theory – teoria das janelas quebradas* – linha de pensamento norte-americano, defendida por diversos pensadores como método eficaz de eliminação da criminalidade.

Conforme articulado no artigo *The Police and Neighborhood Safety (A Polícia e a Segurança da Comunidade)* de James Wilson e George Kelling, a *Broken Windows Theory* baseia-se na ideia de que a desordem e o crime estariam, em geral, inextricavelmente ligados, numa espécie de desenvolvimento sequencial. Oficiais de polícia, assim como psicólogos sociais, concordavam que no momento em que uma janela de certa edificação está quebrada e é deixada sem conserto, as demais janelas serão quebradas em um curto espaço de tempo. Isso se daria em qualquer tipo de vizinhança, pois, conforme descrevem em seu artigo, janelas não seriam quebradas em determinada localidade

por esta ser habitada por “vândalos que quebram janelas” ou mantidas intactas porque, em outra vizinhança teríamos “amantes de janelas”, mas sim, porque no momento em que se observa que uma janela não foi consertada, temos o sinal de que ninguém se importa, de modo que quebrar outras não lhes causaria nada, ao invés, só traria diversão (WILSON; KELLING, 2011).

O que havia ocorrido anteriormente nos Estados Unidos era a ideia de que o policiamento não deveria mais dispensar sua atenção ao mantimento da ordem pública, mas sim investir esforços, tão somente, no combate à criminalidade, fazendo com que os pequenos ilícitos e a desordem fossem deixados de lado ante a necessidade de combate aos crimes mais graves (RUBIN, 2003).

Assim, em 1990, quando os americanos enfrentavam um grave problema de desordem nos metrô de Nova Iorque, William Bratton, um policial que fez carreira rápida e brilhante em Boston, foi contratado para resolver o problema que tomava grandes proporções. O que veio a colaborar com o sucesso que se noticiaria mais tarde, foi que, em período anterior, George Kelling também já havia sido chamado a integrar a equipe, contagiando Bratton com suas ideias e pesquisas. Desse modo, depois de identificados os problemas de desordem e reestruturado o departamento de polícia de Nova Iorque, mantendo como premissa os postulados da *Broken Windows Theory*, conseguiu-se pela primeira vez, em trinta anos, a diminuição da criminalidade naquela cidade (RUBIN, 2003).

A iniciativa adotada em Nova Iorque produziu de 40 a 85 mil novas prisões, tão somente, pelas “infrações menores”, em um período abrangido de 1994 a 1998, conforme aponta o Relatório da Divisão de Serviços da Justiça Criminal de 2000 do Estado de Nova Iorque (COUTINHO; CARVALHO, 2003).

Como muito bem coloca Callegari (2010), no contexto observado acima, e em tantos outros casos que podem ser noticiados pelos regimes governamentais afora, as reformas penais começaram a prescindir da doutrina penal, fazendo-se dispensável a discussão destas antes de suas aprovações, sendo mais importante, no entanto, a repercussão midiática que as seguiria, o que apresentaria o Direito Penal com um simples símbolo e retrataria os interesses políticos que estariam atrás dessas grandes repercussões, que deixariam uma impressão falsa de segurança, contudo, sem efetiva comprovação que isso, de fato, havia ocorrido.

Entretanto, essa teoria apenas se apresenta como mais uma amostra da constante tentativa de adaptação de medidas extremas no combate à

criminalidade como meio de uma pronta resposta aos anseios sociais. A resposta foi imediata, contudo, qual foi o preço que a população teve de pagar para ver seus índices de criminalidade despencarem de forma a contentar a parcela que teve seus receios amenizados?

Enquanto a política de tolerância zero se espalhava pelo mundo, começou a ser seriamente questionada em Nova Iorque, quando em janeiro de 1999, um imigrante da Guiné foi assassinado por 41 disparos de arma de fogo, dos quais 19 atingiram o indivíduo, efetuados por quatro policiais que estavam perseguindo um estuprador, no momento em que, coincidentemente, o imigrante se encontrava na portaria de seu prédio. Esse fato ocorreu depois de outro também imigrante ter sido vítima de tortura sexual em um posto policial localizado em Manhattan, o que desencadeou a mais ampla campanha de revolta e desobediência civil já vista nos Estados Unidos (WACQUANT, 2001).

Depois desses acontecimentos, as práticas agressivas dessa equipe de choque, composta por 380 homens, em grande maioria brancos, que constituíram a ponta da política de “tolerância zero”, foram objeto de diversos inquéritos de cunho administrativo e dois processos por parte de procuradores federais sob a suspeita de efetuar prisões pelo “aspecto” e de zombar de forma sistemática dos direitos constitucionais dos alvos. Conforme análise da *National Urban League*, em dois anos essa repartição, seja pelo patrulhamento em carros, seja à paisana, deteve e revistou

45.000 pessoas nas ruas, sob mera desconfiança baseada nas vestimentas, aparência e comportamento, e, acima de qualquer outro indício, pela cor da pele. Apurou-se que mais de 37.000 eram detenções gratuitas e as acusações sobre metade dos 8.000 restantes foram, pelos tribunais, consideradas nulas e inválidas (WACQUANT, 2001). Resta evidente, diante de tais dados, o resultado prático que o uso de tal teoria teve na realidade social dos americanos que a ela foram submetidos, ou seja,

a “tolerância zero” apresenta portanto duas fisionomias diametralmente opostas, segundo se é o alvo (negro) ou o beneficiário (branco), isto é, de acordo com o lado onde se encontra essa barreira de castas que a ascensão do Estado penal americano tem como efeito – ou função – restabelecer e radicalizar (WACQUANT, 2001, p. 37).

Nesse sentido, a *Broken Windows Theory* não prega uma reforma do desordeiro, mas sim uma punição, a exclusão. Julga-o por torná-lo um indivíduo que precisa ser controlado, removido e observado. Esta categoria do

desordeiro dá lugar à Tolerância Zero, e essa abre espaço para o comportamento abusivo do Estado e a barbárie do soberano. Ou seja, a desordem do Estado garante a ordem, e a violência policial é necessária, como um meio para resultar em um maior fim (COUTINHO, CARVALHO, 2003).

Ainda, nas bem colacionadas argumentações de Coutinho e Carvalho (2003), tem-se evidente o propósito da teoria supra quanto à ordem e manutenção. Contudo, afirmam que seria ingênuo imaginar que tirando o infante do semáforo e o indigente da rua, estaria resolvido o problema. Porém, o que acontece com eles depois estaria fora dos debates dos teóricos, o que, do ponto de vista intelectual, beiraria a fraude.

Assim, encaminhando-se a uma conclusão, nada mais apropriado que as articulações expostas pelos críticos da teoria, vejamos:

A saída não é tão obscura quanto parece, ou quanto querem fazer parecer: um Direito penal mínimo, verdadeiramente subsidiário e que atenda à Constituição (que segue e deve seguir dirigente); educação e saúde para todos: como exigir do mendigo que “seja educado, não atrapalhe e não feda”, se não se dá a ele sequer ensino e saneamento básico? É hipócrita dizer, afinal, que “todo mundo atem o direito de dormir embaixo da ponte”. Abalou-se, na estrutura, a ética, sem a qual em perigo está a própria democracia. (COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 28).

Cabe ressaltar, que políticas emergenciais se tornaram necessárias diante do contexto que se observa na atualidade, contudo, erram os governantes ao acharem que agindo de forma extrema na esfera punitivista, negando garantias e preceitos muito maiores previstos na Carta Magna, trarão a solução para a crescente criminalidade.

Ademais, retornando à origem da teoria e não ignorando a crescente urgência que se faz de uma política criminal renovada, questionável seria a aplicação de uma linha de pensamento que ultrapassa garantias previstas a todo ser humano, tão somente para uma maior eficácia na aplicação da lei penal que nem mesmo é garantida. Pois, quem seriam aqueles capazes de classificar inimigos e não inimigos dentro de uma sociedade, infelizmente, corrompida? Além do que, como lidar com a subjetividade inerente a tal afirmação? E, ainda, como se daria a aplicação da corrente diante de um indivíduo inocente, se no momento em que surge a nomeação como inimigo, este deixa de ser considerado pessoa de direito e não possuirá nenhuma garantia prevista na norma legal, retirando então, seu direito de provar a inocência.

Nesse sentido, de forma brilhante podemos ver como Coutinho e Carvalho (2003, p. 28) concluem o breve estudo sobre a política de tolerância zero ao afirmarem que,

Enquanto os apóstolos da Tolerância Zero não entenderem que ela deve alcançar – isso sim – a corrupção, com a má-fé e o mau uso do dinheiro público, continuar-se-á vivendo nesta terra encantada de valores e moral em que Alice nos conduz. [...] Isso eles não entendem, ou não querem entender. *Não querem perceber que quando alguém de dentro quebra as janelas, pouco resta a fazer com os que estão lá fora (aliás, a pedra cai na cabeça deles!)*. (Grifei)

No Brasil, vertentes das teorias de exceção estão em crescente aplicação na elaboração de normas, ou seja, legisladores sempre em busca, é claro, de resultados positivos diante das deficiências governamentais, utilizam-se destas para incrementarem o conteúdo de legislações que, até então, não possuíam a eficácia devida. Assim, trazendo tais teorias ao âmbito nacional, tendo em vista que essas políticas de exceção possuem um índice consideravelmente alto, e, indevido, de aceitação no Brasil, necessário se faz analisar a magnitude do problema que trazem consigo a partir do momento em que deixam expressa a negação de princípios basilares do Estado Democrático de Direito que rege o país.

3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E POLÍTICA CRIMINAL

No Brasil, após o extenso período de 1964 a 1985, em que perdurou o regime militar ditatorial, deflagrou-se o processo de democratização no país, essa transição foi lenta e gradual, permitindo a formação de um controle civil sobre as forças militares, exigindo, ainda, fosse elaborado um código que refizesse o pacto político-social, o que culminou com a promulgação da Constituição de 1988 (PIOVESAN, 2004).

Nesse momento, se observou a elevação da importância dos direitos protetores às garantias e direitos fundamentais do homem. Conforme revela Piovesan, (2004), a partir da Carta Magna de 1988, os direitos humanos ganharam relevo extraordinário, sendo a mesma, o documento mais abrangente e pormenorizado em relação aos direitos humanos já acolhido no Brasil.

No entanto, transcorridas mais de duas décadas, o que se observa no cotidiano social, é a ineficácia dos direitos previstos na Constituição, o que acaba por obrigar aos governantes e toda sua representatividade, a busca de meios para, pelo menos, tentarem demonstrar a efetivação desta, mesmo que de forma superficial e tão somente para acalmar aos anseios sociais.

De acordo com Streck (2004, p. 14), a problemática da efetivação do Estado Democrático de Direito se faz, pois,

[...] desde a promulgação da Constituição, parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam ineficazes. Essa inefetividade põe em xeque, já de início e sobremodo, o próprio artigo 1º da Constituição, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira, que, segundo o mesmo dispositivo, constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

Ou seja, os fundamentos elencados na Constituição Federal, e não somente nesta, nos tratados de cunho internacional que vigem o sistema global, estão em uma base trêmula, perigando perderem seus alicerces a partir do momento em que fiquem em paralelo às medidas de exceção adotadas na atualidade, que buscam a solução mais rápida e fácil, sem, no entanto, resolver o problema em sua origem, ferindo principalmente princípios como o da dignidade da pessoa humana e o direito a igualdade, ambos garantidos a cada componente de um ordenamento imerso sob o Estado Democrático de Direito.

Herkenhoff (1998, p. 12) em seus ensinamentos sobre a construção dos direitos humanos, apresenta como uma de suas linhas de trabalho hipóteses para o entendimento sobre o assunto, entre elas assim discorre:

[...] o que hoje se entende por Direitos Humanos não foi obra exclusiva de um grupo restrito de povos e culturas especialmente, como se propala com vigor, fruto do pensamento norte-americano e europeu. A maioria dos artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi verdadeiramente construção da Humanidade, de uma imensa multiplicidade de culturas, inclusive aquelas que não integram o bloco hegemônico do mundo; [...].

A Constituição Federal de 1988 deu grande abrangência para os direitos de cunho humanitário. Não há de se negar a tenra ligação entre direito e política (MACHADO, 2009), e em função desta o nexos com a evolução dos direitos humanos, haja vista que o interesse político no decorrer da história passou a ser estritamente dependente dos grupos sociais a que se submete. Dessa forma, adequação e aprimoramento da garantia à dignidade da pessoa humana são pressupostos para prevalência de determinado regime político.

De forma inteligente, Piovesan (2003, p. 389) assim se coloca quanto à adoção do princípio da dignidade humana:

Se no atual cenário do Direito Constitucional ocidental, pode-se depreender que a hermenêutica que mais contribui para a efetividade das Constituições é aquele que privilegia e potencializa a força normativa de seus princípios

fundamentais (a serem levados em conta desde o primeiro vislumbre da norma abstrata, até o momento da decisão dos casos concretos), imperioso é ressaltar que, dentre eles, com força deontológica predominante, está o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não podia a ilustre estudiosa expor de maneira mais específica o que se tem tentado explicar, pois, se a efetividade de uma Constituição está ligada a aplicação desta nos casos concretos para solução de conflitos, de que forma se aceitaria sua negação para a solução de problemas de maneira mais “eficaz”, aplicando-se o seu extremo inverso e trazendo à sociedade uma imagem de um governo perspicaz e agente diante dos problemas?

Onde ficaria a igualdade de tratamento também garantida como direito fundamental, conforme se desborda do consagrado artigo 5º da Constituição Federal, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 2009)?

No debate em questão, quando trazemos à tona correntes como a já apresentada Teoria do Direito Penal do inimigo, é notório que essa de longe fere o direito à igualdade. Diferencia os seres humanos de acordo com seus atos e personalidade, quando a igualdade é que deveria prevalecer e ser aplicada, de forma uníssona, a todos que são regidos pela Lei maior que a estabelece.

Nessa esfera, diante do cenário que se observa nos dias atuais, não se pode impor ao Estado-Juiz que ao se deparar com determinados casos a serem julgados, não interprete todo o contexto do agente, no intuito de chegar a uma condenação que seja eficaz dentro da realidade que a ele foi apresentada. O que ocorre na verdade, é que tal interpretação só está sendo necessária aos tribunais, tendo em vista a extrema desigualdade que verte da sociedade e força a sua população a se lançar em atos de desrespeito à lei muitas vezes por necessidade, o que acarreta em seu consequente julgamento.

Para Moraes (2006), enquanto a igualdade social for, tristemente, um direito utópico, não figurará o tratamento discriminatório no âmbito da justiça, se as diferenciações normativas tenham uma justificativa objetiva e razoável, conforme os critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, a exigibilidade deve ser aplicada em relação a finalidade e feitos da medida considerada, devendo, por isso estar presente uma relação razoável com a proporcionalidade, entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre nos conformes dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Porém, mesmo que inaceitável e, portanto, discutível, a realidade está

presente e as providências estão sendo tomadas pelos governantes, muitas vezes, sem que a população perceba a sua inconstitucionalidade, ou na verdade perceba de forma leiga, não tendo a percepção de sua ilegalidade, assentindo, assim, com todos os atos efetivados.

A existência dos princípios e direitos fundamentais é expressa em grande parte dos ordenamentos jurídicos vigentes, principalmente nos países ocidentais, entretanto, sua concretização nunca se fez tão urgente quanto se faz no momento.

O Estado, ao não atender os preceitos elencados em seus fundamentos, submete a sociedade à busca de opções, fazendo assim surgir ordenamentos informais, paralelos ao regimento governamental que tentam buscar eficácia e solução aos problemas cotidianos. Isso para se falar na maneira mais amena com que a ineficácia estatal atinge a sociedade. De forma muito mais grave, faz-se o crescimento desenfreado dos casos de violência, a banalização dos atos de crueldade e a perda do valor à vida, reflexo da proteção que se deixa de garantir a essa.

Para Anziliero e Basso (2006), esse excesso de criminalização culminou por inflacionar o âmbito judiciário, e a legislação processual e criminal que antes já não tinha a capacidade de atender à demanda e muito menos processar uma política criminal de prevenção com eficácia, se mostra agora, inadequada à realidade penal vivida.

A ameaça constante às diversas classes sociais, da menos abastada à de grande elite, culminou por fazer com que o Estado se enxergasse compelido a recuperar a descrença, mesmo que para tanto necessitasse criar novos modelos de controle menos burocráticos, mas que atendessem aos clamores públicos (ANZILIERO; BASSO, 2006).

O Estado, ao não garantir as condições mínimas de existência a um ser humano, acaba forçando-o a buscar alternativas. Estas alternativas, vez que não legitimadas, com o tempo passam a ser dotadas de benefícios para aqueles que as seguem, pois são simples meios de burlar o ordenamento para garantir o que se teria por direito. O problema ocorre quando essas alternativas deixam de ser paralelas e se dão como meio de vida escolhido por indivíduos sociais, justificando não mais a necessidade, mas sim o desrespeito ao que se tem acertado e devidamente legitimado.

A partir desta análise, o que se observa, após um imenso círculo e adequação dos novos sistemas, mesmo que discutíveis, é o Estado tentando punir

o cidadão pelo que na verdade ele mesmo deixou de cumprir. Assim, este último como vítima da ineficácia estatal, figura como o mais novo culpado pelo novo cenário criminal que se apresenta.

Com a violência inserida nos dias atuais, acaba-se por ultrapassar o que realmente é fato e o que se torna em perigo imaginário no pensamento coletivo, sendo um fenômeno alarmante no âmbito social que consome com a tranquilidade coletiva.

Dessa forma, o Direito Penal acaba por se transformar em instrumento utilizado politicamente, na busca de fins que não lhe são devidos em um Estado Democrático de Direito, quando manuseado no sentido de dar respostas ligeiras às novas formas de criminalidade, assumindo um caráter tão somente simbólico, resultando na satisfação social diante de certas figuras políticas (CALLEGARI, 2010).

Assim, as políticas criminais adotadas pelos regimes vigentes, diante deste novo cenário tendem a perder sua natureza de aplicação, ultrapassando os limites do que é defendido há séculos de humanidade. Callegari (2010, p. 43) é sensato ao afirmar que:

O problema é que a Política Criminal, enquanto expressão da política geral do Estado, responde aos fins e às metas dos governantes. E o que ocorre quando os governantes não têm fins e metas claramente propostos? A resposta só pode ser uma: legislação de emergência para determinados delitos que abalam a sociedade. No entanto, referido abalo também é impulsionado pelos meios de comunicação, criando-se um círculo de insegurança onde todos clamam pela intervenção do Estado. Nesse ponto é interessante ressaltar que aparecem “políticas” de prevenção de esquerda e de direita, propondo a solução para os conflitos sociais existentes através do já conhecido binômio: aumento de penas e incriminação de novas condutas.

Dessa forma, necessário se faz avaliar até que ponto tais medidas são legalmente aceitáveis, análise que acaba por fazer surgir conflituosos debates acerca do limite em que se encontra o poder do Estado em sua reprimenda, em contraponto às garantias fundamentais.

O sistema está em constante funcionamento a fim de dar continuidade à coação e à eficácia na punição de condutas desviadas, não havendo pausa para observação e discussão dos meios utilizados, convém ressaltar que esse mesmo sistema é composto pelas mesmas pessoas que estão sob a constante do medo, o que faz aumentar a cautela para que estes, que detêm o poder, não sejam sugados por teorias e teses que solucionem os seus problemas e os

dos demais na sociedade, mas que ultrapassem aquilo que se tem garantido por toda uma historicidade e evolução alcançada através dos séculos.

Entretanto, a cada momento observamos o enfraquecimento de tais princípios e a crescente inserção de teorias de cunho extremista nos ordenamentos internacionais, e não somente nestes, mas também no cenário nacional, o que traz grandes preocupações para aqueles que seguem alertas às formas sutis de negação das garantias e direitos fundamentais.

4. DIREITO PENAL DO INIMIGO E A LEI 10.792/03 – REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.

4.1. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NA EXECUÇÃO PENAL

O sistema de execução penal evoluiu como reflexo da consciência coletiva que se voltou para a importância da humanidade como conceito inerente à pessoa humana. Séculos se passaram desde que o ser humano possuiu como base punitiva a imposição de castigos impiedosos e desumanos. Hoje estamos regidos por um complexo sistema de política criminal repleto de condições e regras de aplicação, sempre visando garantir os fundamentos do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil.

Assim, quando falamos em um sistema de execução penal aplicado nos limites nacionais, estamos diante de duas ordens e finalidades, a primeira, a correta efetivação dos atos processuais destinados a reprimir e prevenir os delitos, e, em segundo, a disponibilização de condições para a integração social harmônica do condenado, pela oferta de meios que possibilitem este participar de forma construtiva de uma comunhão social (MIRABETE, 2005).

O problema se torna concreto, partindo do momento em que são concentrados aqueles indivíduos de maior periculosidade em um só lugar. É nessa direção que se segue para apontar os problemas teóricos que invadem o cotidiano dos estabelecimentos penitenciários, agrupamentos humanos, que só pelo fato de serem compostos por todo aquele que tem uma pré-disposição para insensibilidade social e respeito deficiente à lei, demonstram a grandiosidade da questão disciplinar, deixando à tona a problemática de sua administração, que por regra é sempre determinada por diretrizes regulamentadas por sua direção (MIRABETE, 2005).

Consoante expõe Piarangeli (2006), não há de se negar a importância

das normas de execução da pena como avanço na busca de ressocialização do detento, porém, não se deve negar também, que em certos pontos, ela ainda não deixou o papel, tendo em vista os obstáculos que encontra ao se submeter às preferências governamentais e apelos eleitorais.

Notada a falha da disciplina dos detentos, permitiu-se o surgimento de organizações criminosas comandadas por estes de dentro das casas prisionais, medidas passaram a ser exigidas pela coletividade externa, visto que, o comando exercido por uma certa parcela da população carcerária estava refletindo na continuidade delitiva exterior daqueles que se submetiam a tais redes de criminalidade.

Dessa maneira, conforme coloca Mirabete (2005, p. 149),

O regime disciplinar diferenciado foi concebido para atender às necessidades de maior segurança nos estabelecimentos penais e de defesa da ordem pública, contra criminosos que, por serem líderes ou integrantes de facções criminosas, são responsáveis por constantes rebeliões e fugas ou permanecem, mesmo encarcerados, comandando ou participando de quadrilhas ou organizações criminosas atuantes no interior do sistema prisional e no meio social. [...] Pela Lei 10.792, de 1º-12-2003, foi instituído o regime disciplinar diferenciado, [...] um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado, como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.

O propulsor deste Regime Disciplinar Diferenciado, acima citado, se deu no Estado de São Paulo no início do ano de 2001 com uma rebelião de grandes proporções que ocorreu neste estado, o movimento envolveu vinte e cinco (25) unidades prisionais da Secretaria de Administração Penitenciária e quatro (04) cadeias públicas, tornando-se alvo público devido a dois fatores. Primeiramente, a insurreição teve como propulsor, não somente as denúncias das falhas do sistema carcerário, mas ainda a revolta dos presidiários de encontro as ações do governo que buscavam desmontar a principal facção criminosa do Estado, o PCC, transferindo os líderes para locais distantes. Por fim, o segundo fator foi a grande propagação das notícias e cenas de violência, dramatizadas nos veículos de comunicação, tendo em conta que tais episódios sempre suscitavam as mais diversas reações da opinião pública (LEITE, 2011).

Não parando por aí, em dezembro de 2002, a medida também estaria sendo adotada pelo Estado do Rio de Janeiro, após noticiar a rebelião liderada por Fernandinho Beira-Mar no Presídio de Bangu I, que resultou

em quatro mortes e no consequente isolamento dos líderes em um Regime Disciplinar Especial de Segurança, na finalidade de impedir o contato com os demais presos, medida que ia ser estendida às demais penitenciárias do Estado em menos de um ano, conforme se observou em julho de 2003 (FREIRE, 2005 *apud* LEITE, 2011).

Porém, hoje quando nos deparamos com os artigos que definem o regime disciplinar diferenciado vemos seguidamente críticas no condão de afirmar que,

O recrudescimento do crime organizado, mormente dentro dos estabelecimentos prisionais, e a violência contra autoridades judiciárias demonstrando claro abalo na Segurança Pública tornou-se motivo de urgência, legitimando, com base na razoabilidade, a eliminação de direitos fundamentais, ante a instituição do RDD, explicitando um claro retrocesso no Direito Penal, sobretudo na Execução penal e na política ressocializadora, além de afrontar um dos princípios norteadores de todos os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana (SOUZA, 2011, p. 03).

Isso, porque conforme dispõe o RDD, o regime terá lugar em três situações: quando o preso pratica crime doloso que acarrete subversão da ordem ou disciplina interna; quando este oferece grande risco para a ordem e a segurança da casa penal ou da sociedade; ou, no caso de sobre o preso recaírem fundadas suspeitas de que está envolvido ou participa, a qualquer título, de organizações criminosas, quadrilha ou bando (SOUZA, 2011).

O que ocorre, conforme Carvalho (2011), é que exigir tão somente a prática de um crime doloso é algo que faz o leque de possibilidades muito amplo e injusto, visto que não há qualquer taxatividade; ademais, supor que alguém oferece risco para a ordem e a segurança na verdade é julgar a figura do autor, pois a sanção é predelitual, expondo o detendo à arbitrariedade do administrador; e, por fim, deixar àquele que não o juiz que prolata a sentença, a determinação de um cumprimento mais rigoroso da pena, se mostra totalmente contrário a preceitos como os que determinam a imodificabilidade da decisão e da impossibilidade de haver reforma em prejuízo ao condenado.

Fica evidente que o RDD adota em seus preceitos os fundamentos do Direito Penal do inimigo, a partir do momento que determina que estarão submetidos a esse regime, aqueles que representem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal a que se encontram inseridos, ou para a sociedade que os abrange, tornando-se gritante a aplicação a certas classes de autores e não aos fatos que estes cometeram, dificultando como

resposta a estada no cárcere. Portanto, não em razão dos delitos cometidos, mas sim pelo julgamento daqueles responsáveis pela administração da casa penitenciária, que afirmam ou não o possível risco social/administrativo ou suspeitas de participação em organizações voltadas ao crime o delinquente seria classificado (BUSATO, 2004).

Em consonância, Carvalho (2011) explica que, segundo o entendimento contido nas modificações da lei de execução penal, através da Lei 10.792/2003, ficou latente o combate a “inimigos” e não pessoas, não obstante ser o Brasil uma nação democrática de Direito, que deve, acima de tudo, respeitar a dignidade do ser humano, inclusive, a do ser como delinquente.

Há um grande abismo entre os nobres preceitos do sistema prisional como medida capaz de resgatar um indivíduo desviado, e o que se vê de sua realidade na prática, contudo, a metamorfose deve ser insistentemente buscada, inserção de políticas que visem atingir princípios magnos e não o afastamento destes. Torna-se muito acessível resolver o problema com medidas extremista que cortem o mal em sua origem, não o solucionando, entretanto.

No caso em questão, o problema se torna muito mais sério do que as alterações observadas na lei de execução penal, de características pouco garantistas, vão muito além da intenção de controlar a disciplina no interior do cárcere, representando, aí sim, a submissão a um modelo de política criminal que viola não só os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, mas também, prescinde da própria consideração de criminoso como um ser dotado de humanidade (BUSATO, 2004).

É nesta senda que surge um questionamento, seria a aplicação de teorias como a de um Direito Penal do Inimigo, como se percebe no caso particular do RDD, que renega veemente os princípios basilares da dignidade humana, o caminho certo para o desenvolvimento de um sistema penal eficaz?

Cabe a cada um julgar e acreditar no que a humanidade tem a perder e a conquistar quando abre espaços para teorias absolutas, porém, é importante ressaltar que a resposta está na própria história do homem e não é necessário ir muito fundo neste oceano de águas conturbadas para encontrá-la e saber os seus resultados.

5. CONCLUSÃO

Encerrada a pesquisa bibliográfica projetada, após a leitura, elaboração

e explanação dos diversos tópicos que deram fundamento ao tema escolhido, o que se percebeu, foi a realidade que aponta para a existência de um ciclo negativo, pois na medida em que a teoria é adaptada ao ordenamento jurídico, diminuindo parcialmente os anseios sociais e fazendo com que a lei penal se torne mais eficaz, suprimindo em parte suas deficiências, fere uma outra parcela, a transgressora da norma, que, mesmo apresentando condutas desviadas, carece de maneira talvez muito mais urgente de concretização de seus direitos fundamentais. Ou seja, aplicar a teoria não faz com que a inserção do indivíduo no contexto da marginalidade seja evitada e diminuída, o que seria a chave para cessar tal ciclo vicioso, mas sim, o esconde dos olhos da coletividade, que a partir do momento que não mais o vê, simplesmente ignora sua existência.

O que hoje ocorre é a evidente perda de legitimidade da figura estatal nos mais variados âmbitos de sua atuação, obrigando determinado fragmento populacional a buscar meios alternativos que garantam as condições mínimas para possuírem uma vida digna, mesmo que não autorizados em lei. Todavia, isso acontece concomitantemente à outra quota populacional que exige medidas que repreendam àquele fragmento que é o responsável pelo aumento nos índices de criminalidade, apontados diariamente pelos veículos de comunicação e observados pelo próprio cidadão que o vivencia.

Ou seja, um problema parece muito mais simples de ser solucionado do que outro. Crime e desordem podem muito bem ser reprimidos quando os responsáveis pela elaboração das normas criam meios de conter àqueles que apresentam condutas desviadas, combatendo-os de maneira prévia, ampliando o alcance das normas incriminadoras, bem como alterando a penalidade a ser aplicada nos respectivos casos. Ou seja, investir em sábias mudanças de cunho socioeconômico que evitem, em longo prazo, a necessidade, ou até mesmo a realidade compensatória da prática do crime, não é atrativo aos governantes que demonstram seu interesse apenas em questões imediatas que lhe tragam benefícios imediatos, como uma possível reeleição.

Atualmente, o discurso do combate preventivo ao crime e detenção de seus preconizadores é o mais novo e muito bem aceito rito garantidor de segurança pública, abrem-se espaços para políticas extremistas como a da tolerância zero. A sua aceitação se dá porque enquanto o trabalho policial está sendo realizado na retirada do perigo das ruas e “efetivação” do sistema penitenciário, não se expõe que, na verdade, o problema só foi descolado, ou seja, a problemática surge, mas tão logo quanto é inibida retorna, gerando

um ciclo infundável de combate superficial à criminalidade.

O que ocorre é que políticas como a da tolerância zero, apontam, bem como provocam, um aumento na sensação de segurança pública, porém não trazem qualquer solução aos problemas sociais que se encerram na explosão das mais diversas condutas criminais.

Ademais, mesmo que a tolerância zero funcionasse, presumindo-se a existência de pessoas idôneas, imparciais, sem qualquer preconceito formado, dignas de exercerem o poder discricionário e identificarem por si mesmas os perigos iminentes de uma sociedade a fim de protegê-la, além de beirar o grotesco, e saber-se ser algo impossível de acontecer na prática, não teria êxito se não fosse suportada por toda uma infraestrutura que abarcasse seus resultados.

Por outro lado, não se pode olvidar que após diversos fatos que demonstraram as atrocidades que estavam sendo praticadas em nome da política de tolerância zero, a problemática passou a ser cada vez mais difundida, indicando a facilidade com que se permitia a negação de direitos fundamentais à raça humana na medida em que seu uso era autorizado.

O Brasil passa hoje a ser mais um adepto do Direito Penal do inimigo quando, de forma implícita, acrescenta seus preceitos em sua lei de execução penal. Como se pôde ver através da pesquisa, o sistema carcerário nacional atualmente encontra grandes dificuldades, seja por sua estrutura física, seja por seu quadro funcional, seja pelo contexto do aumento desenfreado da criminalidade, o que fez com que o governo adote medidas excepcionais, estabelecendo, assim seu caráter contraditório quando normatizadas de forma permanente.

Nessa esfera, o problema se constrói quando fica aparente que o indivíduo é punido por representar riscos à ordem e à administração que, não debatendo aqui seu caráter e nem lhe emprestando o status de inocente, na verdade somente é castigado pela falta de estrutura, que é de responsabilidade governamental. Ou seja, o que se observa, é que o indivíduo que se encontra em uma determinada casa prisional, lá está no intuito de ser corrigido pelo Estado e reinserido na sociedade, porém, ao adentrar no estabelecimento e ver sua fragilidade estrutural e administrativa, faz uso da falha para manter sua característica criminosa. Assim, quando pela administração é observada a sua inadequação aos preceitos correccionais do ambiente, surge a análise particular do sujeito e sua punição, o RDD. No entanto, por trás dos métodos desumanos utilizados, o indivíduo está respondendo, no fundo, pela ineficácia

do sistema executório que, por exemplo, permite a comunicação exterior do preso, a entrada de artefatos proibidos, entre outros itens que só colaboram para o não cumprimento dos objetivos de reeducação e repressão delitiva.

Nesta senda surgem os questionários, pois mesmo tendo as políticas emergenciais se tornado necessárias diante do contexto que se observa na atualidade, erram os governantes ao acharem que agindo de forma extrema na esfera penal trarão a solução para a crescente criminalidade.

O exemplo mais claro de tal situação pode ser exposto como um pai, que após incorrer em uma conduta delituosa, é devidamente punido e cumpre a pena a ele imposta. Observa-se que o Estado foi efetivo, cumpriu seu papel. Entretanto, o que fazer com seu filho, que ao chegar em casa, muitas vezes se depara com uma mãe viciada em entorpecentes, alcoólatra, a figura do pai como delinquente já respondendo ao Estado por seus atos, nenhuma alimentação, habitação incapaz de reter a chuva ou o frio? É uma resposta de difícil conclusão, pois nesta senda, quando se observa a inserção do mesmo jovem no contexto da criminalidade, tendo a sua frente um futuro tão similar quanto o de seu pai, não há como se condenar tal indivíduo que não possui nem consciência de suas alternativas. O sistema é falho, a educação é falha. À população, é vedado o direito a uma vida digna.

Por tudo isso, retornando à origem da teoria e não ignorando a crescente urgência que se faz de uma política criminal renovada, inaceitável é a aplicação de uma linha de pensamento que ultrapassa garantias previstas às pessoas humanas, tão somente para uma maior eficácia na aplicação da lei penal que nem mesmo é garantida.

Não é cabível apontar uma resposta única como solução da problemática que o Direito Penal do Inimigo abarca, pois expostas as razões daqueles que acreditam na existência de um inimigo social e expostas as razões daqueles que acreditam na defesa de um ordenamento que não dê campo para a separação da sociedade, e sim, para o tratamento desta como um todo, fica evidente que a transformação deve ter lugar na complexa esfera socioeconômica, pois esta sim é a única razão para o aumento da criminalidade observado nacionalmente e internacionalmente.

Necessário se faz colocar em evidência as realidades que ficam ocultas nas soluções perversas apresentadas por políticos, que só querem ver multidões com bandeirinhas em suas carreatas eleitorais, o que sim é uma afronta

ao povo que deposita sua confiança em figuras que julgam ser capazes de garantir-lhes uma vida digna.

Ou seja, deixaremos a história se repetir, já que infelizmente o ser humano precisa chegar ao seu limite para exigir e procurar a criação de boas leis e instituições louváveis? Deixaremos que a tão sofrida conquista dos direitos humanos seja diminuída até o ponto extremo em que teremos que perseguir, novamente, a bondade e dignidade do ser humano? O problema da desordem e da violência não pode ser algo inerente à sociedade em níveis tão exacerbados, tal ciclo deve ser encerrado e a luta deve ser constante, para quem sabe um dia chegarmos a um plano mais elevado de convivência social em que preceitos de respeito à vida não sejam mais causa de tantos debates.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O Estado de Exceção como paradigma de governo**. São Paulo: Boi Tempo, 2004.

ANZILIERO, Dineia Largo; BASSO, Maura. **A (In)Eficiência da Informalização da Justiça no Brasil e a busca por um Novo Paradigma do Controle Social**. Em: A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de administração da Justiça Criminal. Porto Alegre: Notadez, 2006.

BRASIL. **Códigos Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal** / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo**. Em: Revista de Estudos Criminais – 14. Ano XIV. Porto Alegre/RS, 2004.

CALLEGARI, André Luis Callegari. **A política criminal de exceção como política criminal no estado de direito**. – Porto Alegre: Editora São Leopoldo: Unissinos, 2010.

CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. **O RDD como paradigma brasileiro do Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2008/RDDParadigma-RECJ-05.09-08.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2016, 19:41.

COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward. **Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro?** Em: Revista de Estudos Criminais – 11. Ano III. Porto Alegre/RS, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em: <http://www.revista.juridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em 20 jul. 2017.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos – A construção Universal de uma utopia: a dialética dos direitos humanos**. – Aparecida, São Paulo: Editora Santuário, 1998.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org e trad. André Luis Callegari; Neureu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

LEITE, Alex de Souza Estevan. **Regime Disciplinar Diferenciado: a neutralização do “inimigo”**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29188>.> Acesso em 06 jun. 2015.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim Machado. **Direito e política na emergência à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito penal do inimigo**. Em: Revista de Estudos Criminais – 33. Ano IX. Porto Alegre/RS, Abr/Jun. 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 22. ed., rev., atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção temas jurídico).

OPUSZKA, Paulo Ricardo. **Agamben e o estado de exceção: uma mediação entre o direito constitucional e o vazio**. Disponível em: <<http://ebookbrowse.com/agamben-e-o-estado-de-excecao-artigo-paulo-opuszka-pdf-d92430399>>. Acesso em: 15 mai. 2011, 18:44.

PIARANGELI, José Henrique. **Lei de Execuções Penais: Retrospectiva e Perspectiva**. Em: Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal – 36. Ano VI. Porto Alegre/RS, Fev./Mar. 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. São Paulo: M. Limonad, 2004.

. **Temas de direitos humanos**. 2. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: M. Limonad, 2003.

RUBIN, Daniel Sperb. **Janelas Quebradas, Tolerância Zero e Criminalidade**. Em: Revista do Ministério Público. Porto Alegre: Metrópole. n.º 49. Jan./mar. 2003.

SOUZA, Alcenir Gomes de Souza. **Os modernos movimentos de Política Criminal e sua relação com as Teorias da Pena**. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25865>.

Acesso em: 17 mai. 2011, 13:33.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

WACQUANT, Lóic. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. **The police and neighborhood safety: Broken Windows**. Disponível em: http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf. Acesso em: 22 mai. 2011, 22:34.

O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DISPENSADO PARA O CONTROLE DE FLUXOS MIGRATÓRIOS NA EUROPA E DIREITO PENAL DO AUTOR: A PUNIÇÃO E A SEGREGAÇÃO DE IMIGRANTES EM UM CENÁRIO DE MIXOFOBIA¹

Micheli Pilau de Oliveira²

Betina Donato Krupp³

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth⁴

RESUMO: A União Europeia busca, na contemporaneidade, repelir o ingresso de imigrantes – notadamente os que se encontram em situação irregular – em seu território fazendo uso crescente do Direito Penal, de forma a passar maior sensação de “segurança” à população. A imagem do imigrante é construída sob o aspecto de criminoso/terrorista/parasita social, fazendo com que os autóctones consintam com as leis criadas sob o pretexto securitário. Ocorre que, antes mesmo de ser alvo de medidas punitivas próprias de um modelo de direito penal de autor, o imigrante já se encontra destituído de direitos pela sua própria condição, que o faz ocupar espaços de obscuridade social. Dessa forma, exaspera-se um sentimento de desumanidade, caracterizado pelo medo de se misturar com o diferente. A construção dos imigrantes como sujeitos de risco em uma sociedade marcada pela “mixofobia” evidencia os contornos biopolíticos do controle de fluxos migratórios.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Imigração; Mixofobia; Biopolítica.

1. INTRODUÇÃO

O controle dos fluxos migratórios no âmbito da União Europeia, recorrentemente, têm se destacado pelo tratamento jurídico punitivo dispensado

1. Pesquisa realizada no âmbito do projeto intitulado “Mixofobia: a construção dos imigrantes ilegais como ‘sujeitos de risco’ e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor”, desenvolvido junto ao Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, sob a coordenação do professor Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth.
2. Aluna do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Bolsista PIBIC/CNPq. E-mail: michelipilau@outlook.com.
3. Aluna do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Bolsista PIBIC/FAPERGS. E-mail: betinaa.krupp@gmail.com.
4. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor dos cursos de graduação em Direito da UNISINOS e da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Professor do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ. Ijuí – RS – Brasil. E-mail: madwermuth@gmail.com.

aos imigrantes em situação de vulnerabilidade social, devido à sua falta de papéis (regularidade, visto de permanência) associado ao desejo europeu de expeli-los de seu território. Para tanto, faz-se uso do Direito Penal como forma de potencializar a luta contra os imigrantes, criando sanções que punem não um fato delituoso, mas a própria condição de imigrante culminado com a sua irregularidade, revelando um modelo de Direito Penal de Autor que segrega pessoas e fere preceitos internacionais de Direitos Humanos.

Dessa forma, visa o trabalho em questão a analisar as políticas as quais os governos europeus fazem uso para obterem sucesso na impermeabilização das fronteiras. Utiliza-se, para tanto, das categorias filosóficas do “estado de exceção” e do “homo sacer”, do filósofo italiano Giorgio Agamben, para descrever e, portanto, compreender, de que maneira Direitos Humanos são violados em tempos nos quais preceitos como a dignidade da pessoa humana obtêm tanto prestígio universal e, paralelamente, mostra-se inalcançável a determinados setores da sociedade: as vidas nuas, destituídas de direitos políticos e, portanto, de cidadania (mesmo a universal).

Primeiramente, o que se demonstra é uma falta de comunicação entre o Estado e a comunidade, o que permite evidenciar os elementos básicos de um direito penal de inimigo, característica que faz a derradeira separação entre “nós” e “eles”, ou seja, os nacionais e, conforme Bauman, os indesejáveis ao corpo social, quais sejam: imigrantes irregulares, que a todo custo buscam penetrar na Europa. Tal contexto revela os contornos biopolíticos que permeiam as relações migratórias na União Europeia, no momento em que se caracterizam vidas como “descartáveis”, possibilitando compará-las com a figura do direito romano arcaico cunhada por Agamben, o *homo sacer*.

As partes subsequentes do texto se ocupam de estudar as categorias usadas para que o direito penal de autor ou, de inimigo, tenha eficácia, evidenciando os chamados “delitos de solidariedade”, nos quais existe a punibilidade para cidadãos que prestam ajuda a imigrantes irregulares. Subliminarmente (mas nem tanto), através da criação desses delitos, incute-se na população a ideia de que pode ser perigoso ligar com imigrantes. Tal cenário, por fim, acaba por elucidar o termo criado por Bauman, de “mixofobia”, que transcreve o medo do diferente, a insegurança de se misturar com o desconhecido.

Por fim, diante do estudado, observou-se como possibilidade de reversão desse quadro a produção de horizontes de fusão, em que se possa criar aproximação com essas pessoas, que cujas vidas não só se encontram desassistidas pelo

Estado, mas à mercê de sanções de Direito Penal por uma situação que não se configura como delito, mas como um problema de responsabilidade mundial. São as migrações em larga escala, em embarcações sem salubridade, das quais imigrantes apenas tentam sobreviver para, quem sabe, ao alcançarem as fronteiras, terem condições para viver (o que lhes é, também, cesurado).

E, quanto à metodologia, a presente pesquisa utiliza-se do método fenomenológico, compreendido como “interpretação ou hermenêutica universal”. Por meio dele, é possível descobrir um indisfarçável projeto de analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e facticidade, em que a linguagem não é analisada a partir de um sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. No que diz respeito à técnica de pesquisa, optou-se pelo emprego de vasta pesquisa bibliográfica, utilizando-se da doutrina existente acerca da temática proposta – livros e periódicos –, do fichamento e do apontamento, bem como da legislação.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DO IMIGRANTE IRREGULAR E A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE “DIREITO PENAL DE AUTOR” NO ÂMBITO DO CONTROLE DE FLUXOS MIGRATÓRIOS NA UNIÃO EUROPEIA

A política migratória europeia contemporânea é marcada por uma posição de fechamento de fronteiras. Teme-se a todo momento uma “invasão”, seja de refugiados, imigrantes irregulares ou apátridas, pois tal situação colocaria em depreciação os valores culturais historicamente cultuados pelos europeus, bem como as condições de trabalho da população, sem contar as posições mais extremistas – ora também dominantes – que receiam o aumento da violência ou até mesmo atentados terroristas (LUCAS; SANTOS, 2016). Dessa forma, é preciso analisar os contornos jurídicos da imigração no âmbito dos Estados nacionais europeus, pois é tal legislação que irá regular processos de exclusão\inclusão dos migrantes.

Os fluxos migratórios não são bem recebidos pelas autoridades europeias, criando-se medidas e instrumentos normativos para potencializar a luta contra a chegada desses imigrantes, transformando o Direito Penal, que deveria atuar como última instância na resolução de conflitos – protegendo direitos e garantias juridicamente tutelados –, em um verdadeiro direito penal de autor, autoritário e contrário aos Direitos Humanos. Pune-se a condição de “ser” imigrante, ou seja, um estranho aos nativos.

Referido modelo estabelece um tratamento de descartabilidade de vidas, contexto no qual as dilui em meras “vidas nuas” (AGAMBEN, 2002), desprotegidas de qualquer instância política, no qual a dignidade humana deixa de ser um fator levado em consideração. O conceito de “ser redundante”, atribuível ao imigrante em relação à sua descartabilidade, segundo a perspectiva de Bauman (2005, p. 20),

significa ser extranumerário, desnecessário, sem uso – quaisquer que sejam os usos e necessidades responsáveis pelo estabelecimento dos padrões de utilidade e de indispensabilidade. Os outros não necessitam de você. Podem passar muito bem, e até melhor, sem você. Não há uma razão auto evidente para você existir nem qualquer justificativa óbvia para que você reivindique o direito à existência. Ser declarado redundante significa ter sido dispensado pelo fato de ser dispensável.

Sem qualquer meio de proteção e direitos frente à sociedade, os imigrantes irregulares passam a ser vistos como “parasitas”, diante da derrocada do Estado de Bem-estar Social. Bauman (2017, p. 42), refere que, do mesmo modo, os migrantes “são vistos como cúmplices de crimes cometidos sem a sua presença: são considerados culpados antes que qualquer crime tenha sido cometido”. Para Brandariz Garcia (2011, p. 83),

en línea de principio, em las sanciones previstas de forma específica para los migrantes, como la expulsión (administrativa y penal), el internamiento o una prisión no seguida de puesta em libertad, sino de expulsión, emerge com claridad la prevención especial negativa, esto es, la exclusión como finalidad primordial.

Trata-se de um direito penal incriminador e de segregação, que atua mediante medidas punitivas que não tem por alvo uma conduta criminosa típica, mas sim, o fato de ser um imigrante, estar em situação irregular e, portanto, estar formalmente enquadrado enquanto “ameaça”. Formulam-se essas sanções em possíveis expulsões, criando um tratamento inadequado para os imigrantes irregulares, ou seja, para os que não são socialmente desejáveis (BRANDARIZ GARCÍA, 2011).

Sin prejuicio de la fundamentación de todos estos planteamientos, parece procedente interrogarse sobre la existencia de un derecho del Enemigo en la materia también desde la perspectiva de las finalidades de las sanciones que la normativa reserva para los migrantes. (BRANDARIZ GARCÍA, 2011).

Por conseguinte, Brandariz García (2011) salienta ainda que se trata, em muitos casos, da consolidação, conforme a teoria de Günther Jakobs, de um direito penal do inimigo, eis que presentes os seus elementos básicos: a

incapacidade de comunicação entre o Estado e a comunidade, de modo que as sanções que se aplicam aos imigrantes irregulares tendem a possuir um caráter de exceção, visando a expelir o sujeito (*alien, hostis*) do corpo social.

Por outro lado, estes instrumentos jurídico-penais são criados como uma forma de intimidação e, todas as formas de controle passam a ser possíveis, evidenciando o caráter biopolítico da gerência dos fluxos migratórios que ora subjaz à realidade europeia (WERMUTH, 2011). Para tanto, criam-se também os campos de detenção (Centros de Internação de Imigrantes), espaços totalmente desprovidos de direitos e garantias, locais nos quais os imigrantes em situação irregular vivem de uma forma semelhante à que se constatava nos campos de concentração nazistas, criados sob um regime autoritário, contexto com o qual se pode auferir o quão presente resta o Estado de Exceção no Estado Democrático de Direito (AGAMBEN, 2004).

Conforme Brandariz García (2011, p. 82),

este género de consideraciones invita a indagar de forma más detenida las complejas racionalidades que subyace al control de los migrantes y, en particular a sus expresiones en materia sancionadora. Ello debe hacerse además, sin perder de vista las recientes críticas al excepcionalismo agambeniano, al que se reprocha seguramente con acierto un exceso de unidimensionalidad en el análisis de la nuda vida, y de la relación entre el poder y un sujeto caracterizado con la metáfora de homo sacer.

O conceito de “vida nua” leva a compreensão de um espaço artificial, em que as estruturas do poder excluem a proteção jurídica, e as formas de vida que não se submetem à sua ordem, jazendo um estado de exceção em que as mesmas ficam desprotegidas e, portanto, acuadas – o que faz lembrar e, portanto, permite a comparação com a figura do “muçulmano”, resgatada por Giorgio Agamben (2008) para caracterizar as vidas dos judeus de Auschwitz, ou seja, de pessoas já mortas em suas subjetividades e sem resquícios de dignidade, e que passam a existir na condição de “não pessoas”.

Tal contexto repristina lógica do campo, perfeitamente aplicável à situação atual do imigrante irregular nos Centros de Internação, nos quais atua um estado de exceção – mesmo que dentro de um estado de direito – no qual o poder soberano atua sob a vida nua, politicamente irrelevante. Para Agamben (2008, p. 62), “o muçulmano é não só, e nem tanto, um limite entre a vida e a morte; ele marca muito mais, o limiar entre o homem e o não-homem.”

Tal prisma se dá através das diretrizes legais penalmente incriminadoras,

que se transpõem às sanções administrativas – as quais também atuam – de forma a configurar ditames legais que permitem a inocuidade do indivíduo indesejável à ordem social. É preciso do apoio legal, portanto, para prosseguir com a lógica da impermeabilização das fronteiras. O Direito Penal age, neste sentido, como importante coadjuvante das políticas migratórias europeias, na medida em que atua repelindo o ingresso de imigrantes que se encontram em situação irregular no país receptor. Trata-se de um modelo que se funda em interesses autoritários, totalmente inversos aos princípios universais de direitos humanos, que deveriam nortear tal situação.

Dessa forma, causa-se nos países receptores um sentimento xenofóbico, que é alimentado pelos meios precursores de informações, e fomentado pelos discursos políticos, criando, de certa forma, um desvio de atenção aos problemas reais que existem no país, e que são de responsabilidade dos governos, como a gestão do mercado de trabalho, saúde e educação. Produz-se um foco na segurança pelo viés da inimizade, que é atraente para a população, embriagada pelos discursos xenofobos de grande repercussão, o que se intensifica pela cada vez maior insegurança social, contexto ao qual Bauman (2017) atribui o termo de pânico moral.

Alimentando o sentimento de “medo” nos autóctones e criando leis sob o pretexto securitário, o uso do direito penal atua também como forma de passar uma sensação de maior eficácia na gestão governamental através de uma falsa impressão de segurança. Isso redundará na criação de um ambiente cada vez mais permeado pela mixofobia, que é o medo de se misturar com o diferente, e as possibilidades de criar horizontes de fusões, necessárias ao desenvolvimento humano, tornam-se escassas (BAUMAN, 2017). Conforme Bauman (2017, p. 33),

os governantes não estão interessados em aliviar a ansiedade de seus cidadãos. Estão interessados, isto sim, em alimentar a ansiedade que nasce da incerteza quanto ao futuro e do constante e onipresente sentimento de insegurança, desde que as raízes dessa insegurança possam ser ancoradas em lugares que forneçam amplas oportunidades fotográficas para os ministros posicionarem seus músculos, ao mesmo tempo em que ocultam os governantes prostrados diante de uma tarefa que são fracos demais para levar adiante.

Bauman (2017) considera que a securitização é um truque de mágica, e que é previsto para ser exatamente isso, consistindo em contornar a ânsia de problemas que os governos são incapazes de combater (ou não tem muito interesse em fazê-lo). Enfastiados em torno de seguridade nos países Europeus,

ideias como a de Viktor Orbán, primeiro-ministro da Hungria de que “todos os terroristas são imigrantes” faz com que países instalem cercas ao redor de suas fronteiras, traçando horizontes de medo cada vez maiores em torno de um problema que seria de responsabilidade mundial, qual sejam, os milhares de imigrantes que precisam de auxílio (BAUMAN, 2017).

Brandariz García (2011), afirma que a expulsão de imigrantes irregulares foi introduzida no ordenamento jurídico espanhol em 1995, pelo art. 89 do Código Penal, notando que houve evidentes mudanças em sua redação originária. Porém, observa-se que vem sendo adotado atualmente de forma regular, possibilitando expulsões – arbitrárias – de sujeitos em situação irregular.

Presencia-se, na atual conjuntura de leis aplicadas ao tratamento de imigrantes na União Europeia, que as medidas de expulsão não são meramente consequência de diretrizes tomadas pela ordem administrativa, mas são instrumentos precipuamente do direito penal (BRANDARIZ GARCÍA, 2011). As medidas de expulsão criadas para “los vagos y maleantes” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011 p. 157), de 4/VIII/1993, cujo artigo 4º estabelecia como medida de segurança a crua expulsão de estrangeiros do território nacional, evidenciam o quão desumano se encontra o ordenamento jurídico no concernente ao direito penal, novamente ilustrando que as políticas migratórias são regidas por interesses autoritários.

En consecuencia, resulta evidente que la medida penal de expulsión prevista en el CP de 1995 no carece de ciertos antecedentes, en los que se manifiesta una tendencia a enterdela como una consecuencia susceptible de ser contemplada en el ordenamiento administrativo y en el penal y, en consecuencia, a aparecer como una respuesta ante la comisión tanto de infracciones administrativas como de delitos. Por lo demás, la limitada innovación del CP de 1995 en este punto se deriva también de que las medidas de expulsión de naturaleza penal están previstas en diferentes ordenamientos de nuestro ámbito de cultura. (BRANDARIZ GARCIA, 2011 p. 158).

Portanto, percebe-se que as medidas de expulsão sempre estiveram contempladas no ordenamento, seja por questões culturais ou históricas. Operando o Direito Penal como resposta às demandas migratórias, tendo previsões em diferentes campos teóricos, como assinala Brandariz García (2011), ao aferir que alguns autores sustentam que a expulsão penal do artigo 89 do CP espanhol não pode ser uma pena, uma vez que não há um delito propriamente, apenas simbólico. Outro entendimento relevante na área da doutrina seria de que a pena, assim cominada, não teria

proporcionalidade, um dos princípios do Direito Penal.

Verifica-se, a partir do exame pormenorizado das linhas principiológicas de análise da expulsão jurídico penal, que se trata de forma da sociedade buscar uma segurança – mesmo que extremada – frente ao diferente, pois ou “você é igual ou você é meu inimigo”. São ditames que estão enraizados na sociedade, numa espécie de cultura preconceituosa que se acentua frente às minorias sociais. A busca de segurança ocorre através da opressão do outro, categorizado como diferente: o imigrante.

No en vano, la vulnerabilidad y subalternidad que caracteriza a los sujetos migrantes en todo los planos de la vida social penetra también el funcionamiento del sistema penal, determinando la selectividad negativa con la que confronta los comportamientos infractores de estos sujetos. Dicho de otro modo, el racismo y la xenofobia estructuralmente insertos en la sociedad tienden a ser reproducidos, y amplificados, por el sistema penal. (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p.104).

Ou seja, conforme elucidada Brandariz García (2011), além da vulnerabilidade social, oriunda da “falta de papéis”, situação com a qual muito colaboram as instâncias legais administrativas para que o imigrante não se converta à esfera da legalidade e, assim, tenha acesso a direitos, existe também o âmbito da subalternidade, caracterizando uma inferioridade da pessoa que se reflete em todos os planos da vida social da comunidade a que visa o imigrante a se inserir. Tal cenário, transcendendo a vida social propriamente, penetra no funcionamento do sistema penal, gerando uma seletividade negativa, que vem a confrontar o comportamento dos sujeitos – imigrantes irregulares. A seletividade que, de certa forma já caracteriza o sistema carcerário, ultrapassa seus limites e convida a permanecer à margem da sociedade pessoas que deveriam ser protegidas pelos direitos humanos, mas que se encontram posicionadas como vítimas, objetos de um sistema penal de exceção.

Dita conjuntura – jurídica política – reflete com muita ênfase os valores perpetrados na sociedade, permeados pelo racismo e a xenofobia, elucidando um estado de exceção subsumido ao estado de direito, esbarrando-se violência e direito. Nesse sentido, Agamben (2008, p. 57) é categórico ao referir que

é precisamente esta paradoxal tendência que se transforma no seu contrário, tornando interessante a situação-limite. Enquanto o estado de exceção e a situação normal, conforme acontece em geral, são mantidos separados no estado e no tempo, nesse caso, mesmo fundando-se reciprocamente em segredo, continuam opacos. Mas quando passam a mostrar abertamente a

convivência entre si, conforme ocorre hoje de maneira mais frequente, iluminam-se uma a outra, por assim dizer, a partir do interior.

Neste vértice, Bauman (2017) reitera que intimar a nação a lutar contra um inimigo estabelecido proporciona um benefício adicional aos políticos, sedentos na busca por votos nas suas instâncias eleitorais. Tal apelo tende a levantar a autoestima da população, a qual se sente – falsamente – protegida, amparada por um representante, que, ao estipular medidas opressoras contra um já decidido “inimigo” do povo, torna-se um centro de gratidão do Estado, atestando uma sociedade cada vez mais corrompida politicamente. O sociólogo polonês também faz uso da expressão “válvula de escape”, termo que designa o alívio das dores de consciência das pessoas – proporcionado pelos convincentes discursos xenófobos – por aprovarem medidas que, querendo ou não, são neutralizadoras de indivíduos, ora dotados de sociabilidade, ora dotados de humanidade, ora precisando de ajuda. A mídia e o contexto social e político no qual foi inserido o imigrante ilegal faz com que o dever moral de ajudá-lo, enquanto ser humano, seja obstruído (BAUMAN, 2017).

Michel Agier (apud BAUMAN, 2017) salienta que “política migratória” designa a consolidação de uma divisão entre duas grandes categorias mundiais, cada vez mais objetivas, atuando de maneira segregacionista, quase que numa espécie de eugeniação, termo ao qual é impossível não associar a “limpeza”, característico dos regimes autoritários. De um lado, um mundo limpo, saudável e perceptível; do outro, um mundo de “sobras”, escórias, sombrio e doente.

Conforme salientam Lucas e Santos (2016), o controle social da locomoção humana sempre esteve ligado aos processos de organização dos espaços de produtividade e de como eles determinam as relações do poder. Pode-se afirmar, nesse panorama, que a velocidade com a qual se faz guerra, tem uma equivalência lógica em todas as fases históricas do desenvolvimento – e controle – social, e é individualmente evidenciada no momento atual.

Assim, não importa quais os meios usados para vencer a guerra, na batalha de expelir imigrantes indesejados, por meio da lógica de controle e poder, que, por fim, caracteriza a biopolítica: a locomoção humana sempre estará presente, mesmo configurando-se tipos penais para intimidá-la. Resta tão evidente o estigma que até mesmo se criminaliza e se busca atemorizar as pessoas que, neste cenário crítico, ainda prestam ajuda: os chamados “delitos de solidariedade” nascem na esfera penal com o intuito de incriminar a solidariedade, caracterizando como delito quem presta auxílio a imigrantes irregulares, tipificados em

alguns países da união Europeia, como França, Espanha e Itália.

Tucci (2015, p. 85), ao comparar o direito penal italiano com o francês, no que concerne à aplicabilidade de penas em relação a imigrantes, afirma que “há, portanto, dentro do sistema jurídico italiano um Direito Penal especial que se aplica a cidadãos estrangeiros, isto é, não pertencentes à União Europeia.” Sobre os delitos de solidariedade, em especial, a autora (2015) faz menção ao direito penal francês, que ora constata ser mais rigoroso que o italiano no concernente às punições de quem ajuda imigrantes irregulares, a partir do elemento subjetivo do crime. Assim, “tal norma, dada a imprecisão do elemento subjetivo e a demanda de dolo genérico, sanciona penalmente qualquer forma de ajuda, ainda que desinteressada, prestada a um estrangeiro em situação irregular.” (TUCCI, 2015, p. 86).

Ainda sobre o direito penal francês e a sua rigorosidade, deve-se observar que

esta configuração do crime de favorecimento à imigração irregular estipulado pelo ordenamento jurídico francês permitiu que viesse a ser usado desde meados dos anos de 1980 para comprimir cada espaço de solidariedade em que o “estrangeiro clandestino” pudesse se beneficiar da ação de associações, comunidades de cidadãos comuns ou mesmo de suas próprias famílias. (TUCCI, 2015, p. 86).

Tal perspectiva de punibilidade serve para exacerbar o que já resta propagado: salientar ainda mais o imigrante como um ser criminoso, incutindo nas pessoas a ideia de que é perigoso ter de lidar com os “estranhos”. O relevante é a mensagem que é transmitida e o pânico a ser propagado, com o objetivo de tornar os imigrantes irregulares ainda mais invisíveis e silenciosos, longe das alas de direitos e cada vez mais próximos de não pessoas (TUCCI, 2015).

De acordo com Lucas e Santos (2016, p. 22), mesmo as pessoas tendo informações sobre o que lhes aguarda do outro lado da fronteira, o encontro com o – sempre – diferente e o estranhamento sempre delinearão a mobilidade humana e os movimentos migratórios. Até a própria palavra “estranho”, resgatada por Bauman (2017), possibilita a reflexão para a denominação *estrangeiro*, pois se presume que são diferentes, e o medo de se aproximar desses diferentes que pedem ajuda, é o que constitui a mixofobia, sentimento que impossibilita a proximidade com o desconhecido. Assim, a homogeneização dos Estados-nação foi brutal com a diversidade, tanto dentro quanto fora dos seus limites. Reforçando-se a ideia de unidade, o Estado Moderno institucionalizou a diversidade e o multiculturalismo como ameaça e algo a ser

combatido, tendo os seus reflexos percebidos de um modo muito contundente na contemporaneidade (LUCAS; SANTOS, 2016).

3. BIOPOLÍTICA E DIREITO PENAL DE AUTOR: O IMIGRANTE COMO *HOMO SACER*

Conforme Lucas e Santos (2016), a pertença à comunidade é a condição para o acesso ao estatuto jurídico-político, o que não ocorre com o imigrante, pois se encontra fora de tal proteção por se encontrar desconectado institucionalmente de qualquer vínculo político ou jurídico, porque sustenta uma condição de irregularidade, estando, portando, à margem da lei. Outrossim, o imigrante irregular porta uma condição de não cidadão, não tendo acesso aos direitos políticos, tornando-se mera vida nua, conseqüentemente lhe restando apenas lugares de obscuridade social, aqueles aos quais ninguém quer ocupar. Assim, nesse eixo relativo à comunidade, a Europa encontra grandes dificuldades em aceitar o estranho que, como assinala Bauman (2017), bate à sua porta, vociferando em mantê-lo longe dos limites territoriais europeus.

Portanto, não só se verifica uma aplicação arbitrária do Direito Penal para o tratamento da imigração irregular, como também se percebe uma cobertura de proteção pouco atuante no âmbito dos direitos humanos em relação a esses “sem papéis”, quando não inexistente. Repara-se, todavia, que há uma exacerbação, na contemporaneidade, de discursos libertários que pautam a dignidade e reafirmam os direitos humanos, ao mesmo tempo em que, no plano real, pessoas que, de fato se encontram precisando da proteção desses direitos, unicamente pelo fato de serem humanos – como os imigrantes irregulares – , encontram-se desprotegidos de tais dispositivos normativos, tão afirmados no plano internacional, passando por situações de miserabilidade que põem em cheque as declarações universais de direitos humanos e vociferam o quanto a empatia se tornou um valor soterrado pela indiferença.

Na explicação de Lyra (2013), o que acontece é que, quando há uma separação do homem de sua cidadania, como é o caso dos imigrantes irregulares nos países receptores, a proteção jurídico-política de que lhes era inerente perece, sendo que se encontram fora da tutela de direitos no momento em que desvinculados de sua (ex) cidadania. Nesse cenário, os direitos humanos, mesmo existindo em razão da proteção dos humanos enquanto tal, encontra-se fora do alcance dos migrantes.

Como sinaliza Gorski (apud LYRA, 2013, p. 349),

cuida-se de um “racismo institucional”, no qual os direitos políticos são exclusivos da cidadania. De outra, no não reconhecimento desses direitos, que, por serem de liberdade, deveriam ser conferidos a todas as pessoas, empurra os imigrantes “sem papéis” ao limbo jurídico, isto é, à conversão em não pessoas.

No mesmo sentido, salienta Agamben (2015, p. 27) que “no sistema do Estado-nação, os assim chamados direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de toda tutela no próprio momento em que não é mais possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado.” Assim, resta muito clara a importância da discussão que faz ressurgir a dicotomia proposta na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (1789) cujo próprio nome do documento possibilita uma dupla interpretação, pois visivelmente pode preestabelecer uma diferença entre o homem e o cidadão.

Os direitos do homem são aqueles que dizem respeito a todos os direitos voltados à pessoa enquanto tal, quais sejam, os direitos fundamentais. Do outro lado, estariam dispostos os direitos concernentes ao cidadão, também conhecidos por direitos políticos, os quais agregam a pessoa-cidadão a espaços sociais de certo modo “privilegiados”. Ao haver a separação do homem da esfera política que engloba a cidadania, este perde o direito de exercer os direitos políticos, restando-lhe espaços de obscuridade social, levando os imigrantes sem papéis ao limbo jurídico, tornando-os não pessoas na esfera de direitos, exacerbando o controle biopolítico dos fluxos migratórios na contemporaneidade (LYRA, 2013). Com efeito,

os direitos do homem representam, de fato, antes de tudo, a figura originária da inscrição da vida nua natural na ordem jurídico-política do Estado-Nação. Aquela vida nua (a criatura humana), que no, Antigo Regime, pertencia a Deus e que, no mundo clássico era claramente distinta (como zoé) da vida política (bios), entre agora em primeiro plano no cuidado do Estado e se torna, por assim dizer, seu fundamento terreno. (AGAMBEN, 2015, p. 28).

Ou seja, o fundamento terreno do Estado-nação, e a estrutura da ordem jurídico-política se dá através do mesmo elemento: a vida nua, anteriormente tão distinguida da vida política, mas que atualmente se torna o seu fundamento terreno, levantando o paradoxo de que, refugiados, apátridas e imigrantes irregulares – destituídos de cidadania e, portanto, de proteção político institucional – se encontram desprotegidos dos mesmos direitos, ou seja, são as vidas nuas, que fundamentam os “direitos do homem”, indignas de serem

protegidas pelos direitos a que dão razão.

O controle biopolítico de corpos vai além do próprio – controle – em si, instituindo uma relação íntima com a nacionalidade (Estado-nação), e Agamben (2015, p. 29-30) reafirma:

É importante não esquecermos que os primeiros campos foram construídos na Europa como espaço de controle para refugiados, e que a sucessão campos de internamento-campos de concentração-campos de extermínio representa uma filiação perfeitamente real. Uma das poucas regras nas quais os nazistas se apoiaram constantemente ao longo da “solução final” era que, só depois de terem sido completamente desnacionalizados (mesmo a cidadania de segunda classe dos tribunais de Nuremberg) os judeus e os ciganos poderiam ser enviados aos campos de extermínio.

É a partir da existência da vida nua que o poder soberano pode se exercitar: matar sem haver homicídio, evidenciando um estado de exceção, no qual violência e direito se confundem, característico dos regimes autoritários e dos campos de concentração nazistas, na qual a vida humana (nua) é deixada à mercê da decisão – e do controle – do poder soberano (aquele que decide sobre o estado de exceção) (AGAMBEN, 2015).

Mesmo havendo uma cobertura internacional muito ampla no concernente aos direitos humanos, a vida dos imigrantes irregulares – e, também, dos refugiados – encontram-se, atualmente, na classificação de meras vidas nuas, objetos do biopoder. Tal contexto evidencia o quanto de autoritarismo ainda resta implícito no estado democrático de direito. Assim, “quando seus direitos não são mais direitos do cidadão, então o homem é realmente sagrado, no sentido que esse termo tem no direito romano arcaico, voltado à morte.” (AGAMBEN, 2015, p. 30).

Nos seus estudos sobre biopolítica e a ligação íntima entre totalitarismo e democracia, afirma Agamben (2010, p. 17) que

a nossa política não conhece hoje outro valor (e, conseqüentemente, outro desvalor) que a vida, e até que as contradições que isto implica não forem solucionadas, nazismo e fascismo, que haviam feito da decisão sobre a vida nua o critério político supremo, permanecerão desgraçadamente atuais. (2010, p. 17).

Portanto, nota-se uma possibilidade de aproximação dos indivíduos ora abordados, em especial, do imigrante irregular e o contexto social, político e jurídico que (não) o cerca, com a figura do direito romano arcaico, cunhada por Agamben, o *homo sacer*, cuja vida “se situa no cruzamento entre uma

matabilidade e uma insacrificabilidade” (AGAMBEN, 2010, p. 76).

Aquilo que define a condição de *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio. (AGAMBEN, 2010, p. 84).

Ou seja, o limbo jurídico no qual habita o imigrante irregular por estar desconexo de cidadania e, portanto, proteção jurídica, deixa-o isento da proteção estatal e da garantia de direitos humanos, possibilitando a comparação com o *homo sacer*, o homem sacro, também pela dupla violência a qual está exposto: a sua morte não configura homicídio (milhares de imigrantes que morrem nas longas travessias marítimas), nem configura um sacrifício, pois, já está abstraído de dignidade, que sua vida jaz em insignificância – jurídica e moral. Tal contexto faz constituir o Estado de Exceção, que se volta à lógica do campo, no qual atrocidades acontecem e o campo passa a ser “exatamente o lugar em que o estado de exceção coincide, de maneira perfeita, com a regra, e a situação extrema converte-se no próprio paradigma do cotidiano.” (AGAMBEN, 2008, p. 57).

A insignificância jurídica se revela através da omissão quanto aos direitos humanos, porém, são objeto de – muitíssima – relevância quando a seara é penal: a luta travada pela União Europeia contra a imigração irregular demonstra a proteção jurídica dispensada ao imigrante pelo seu efeito rebote: dá-se através dos eixos da expulsão, exclusão e criminalização.

4. CONCLUSÃO

Para o cenário migratório, acolher significa prover condições mínimas para que se possa viver com certa dignidade, instituto axiológico indispensável para qualquer ser humano, e é só por meio de um tratamento igualitário que será possível construir uma aproximação com os imigrantes, para solucionar o problema que vai além da falta de recepção por parte da União Europeia. Precisa-se constituir um estado social que consiga integrar, e não segregar, tal qual se observa. Atua, pois, para os imigrantes irregulares, apenas um estado penal, cujas garantias e respeito à pessoa humana a esses não se aplica. Cuida-se, primeiramente, da aplicabilidade arbitrária do Direito Penal, o qual deveria atuar sempre como a última razão, quando já esgotados outros recursos, sempre

preservando a garantia de que a pena será o último método de sancionar.

Juridicamente, não apenas se erra ao fazer uso da entrância penal como meio de dissuadir a entrada de imigrantes, como também se constrói uma fortaleza que despreza direitos humanos, no momento em que se pode concluir que o tratamento jurídico penal dispensado aos “sem papéis” promove um direito penal de inimigo, no qual a comunidade não consegue a devida comunicação com o Estado, e acaba concordando com sanções incriminadoras que evidenciam a atuação de um estado de exceção, no qual, conforme Agamben (2010), direito e violência de confundem, e o resultado é a separação cada vez mais gritante entre nacionais e estrangeiros, fazendo eclodir o sentimento de mixofobia, o qual Bauman (2017) descreve como o medo do diferente.

Tão fortemente se enaltece a esfera penal, na categoria de “direito penal de autor” que uma de suas faces se mostra grotescamente evidente: através dos delitos de solidariedade. Trata-se de um mecanismo que possibilita reafirmar a política de expulsão que os países europeus, em especial, Espanha e França, fazem uso, punindo os cidadãos que ousarem ajudar imigrantes irregulares a atravessar fronteiras ou a facilitar a sua estadia irregular. Pune-se, finalmente, a solidariedade.

Afinal, resta evidente que uma das soluções plausíveis para o quadro apresentado no decorrer do trabalho se dá por meio da necessidade de se introduzir uma cultura – começando-se no âmbito da política – de empatia e mais apreço aos Direitos Humanos, de forma a promover a emancipação de valores como a dignidade humana e o respeito pelo outro e, nuclearmente, a consideração pelo direito de ir e vir, em especial, tratando-se de pessoas que não gostariam de ter saído de onde saíram nem chegar aonde chegaram. Não desejam os imigrantes, pois, a povoar o continente europeu; os mesmos foram coagidos a sair de onde viviam por razões de força maior, como a ocorrência de guerras ou catástrofes naturais.

Por fim, nota-se que grande parte da dificuldade que o imigrante encontra é em relação aos dispositivos legais precários e retrógrados que os “acolhem” nos países de chegada. Por tal, precisa-se de leis melhores para que, por meio do direito, possa-se promover uma sociedade mundial mais justa e solidária, que resgate a dignidade humana como princípio basilar, pois a mesma impõe a irreduzibilidade de condições mínimas de vida, bem como a necessidade de proteger os indivíduos de quaisquer arbitrariedades. Conforme Bauman (2016, p. 23) “a única forma de escapar dos atuais desconfortos e sofrimentos

futuros passa por rejeitar as traiçoeiras tentações da separação”, razão pela qual “devemos procurar oportunidades de entrar num contato estreito e cada vez mais íntimo com eles – resultando, ao que se espera, numa *fusão* de horizontes, e não numa *fissão* induzida e planejada, embora exacerbante”.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci Poletti. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim**: notas sobre a política. Trad. Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.
- AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BAUMAN. **Estranhos a nossa porta**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2017.
- CAMPUZANO, Alfonso de Julios; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí, RS: UNIJUÍ, 2016.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Sistema penal y control de los migrantes**: gramática del migrante como infractor penal. Granada. Ed. Comares, 2011.
- LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Imigração, criminalização e subsistema penal de exceção**. Curitiba: Juruá, 2013.
- TUCCI, Rafaella. Os crimes criados para isolar o migrante versus os crimes destinados a punir quem luctra com a condição de irregularidade. In: KOICHE, Rafael; MORAIS, José Luís Bolzan de; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Direito dos Migrantes**. São Leopoldo: UNISINOS, 2015, p. 85-110.
- WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Direito penal (do autor) e imigração irregular na União Europeia: do “descaso” ao “excesso” punitivo em um ambiente de mixofobia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 167-204, jul./dez. 2011.

PRESÍDIOS BRASILEIROS: A REMIÇÃO DE PENA E COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA COMO INDENIZAÇÃO À OFENSA À DIGNIDADE HUMANA DO PRESO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO

Maria Gabriela Rocha Pedrialli

Rejane Alves Arruda

Vinicius Almeida da Rocha

RESUMO: Contemporaneamente, há evidente mitigação dos direitos humanos e fundamentais dos presos em razão da péssima qualidade do sistema prisional brasileiro. Em face disto, o presente estudo teve por finalidade analisar a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar patrimonialmente o preso que for submetido a condições degradantes enquanto custodiado do Estado. Para consecução da pesquisa, valeu-se do método hipotético-dedutivo com base em pesquisas bibliográficas e históricas, a fim de perceber a evolução do sistema carcerário brasileiro e os limites de responsabilização da aplicação da pena na finalidade de ressocialização. Por fim, buscou-se propor, como alternativa à indenização meramente patrimonial, a aplicação analógica da remição da pena como forma de indenização extrapatrimonial, quando o custodiado for submetido a condições degradantes do sistema penitenciário brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: sistema prisional brasileiro; indenização; remição da pena.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa apresentará um estudo acerca da condição precária dos presídios brasileiros, uma vez que o país se encontra em crise quando o assunto é prisão, e vê-se cada vez mais a necessidade de o Estado oferecer aos detentos estes uma estrutura física sadia e necessária para garantir o cumprimento da lei, bem como assistência médica, educacional, jurídica e psicológica, sem deixar de lado os direitos humanos dos presos como cidadãos.

Para a realização deste trabalho valer-se-á de pesquisas bibliográficas, analisando-se também o Código de Processo Penal, Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, bem como os tratados internacionais referentes aos direitos humanos, os quais a República Federativa do Brasil é signatária a fim de aprofundar o estudo sobre as condições em que são submetidos os detentos.

Para tanto, partir-se-á inicialmente de uma análise acerca das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais que têm como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, que garantem ao indivíduo, por exemplo, a liberdade, a vida, a igualdade, a educação e segurança.

Posto isto, realizar-se-á um estudo da situação do preso no atual sistema carcerário de nosso país, frente aos princípios garantidos na Constituição Federal. É cediço que o sistema prisional brasileiro representa violações aos direitos e garantias supracitados, o que torna, assim, esse sistema em um mecanismo de mitigação de direitos, visto que, além de o apenado já estar sendo responsabilizado pelos seus atos praticados em desfavor da lei, terá ele que conviver em um ambiente superlotado em que será descumprida a função social da prisão, qual seja a ressocialização, sendo violados direitos como a integridade física e saúde.

Adentrar-se-á, assim, a uma análise acerca da estrutura dos atuais presídios brasileiros, onde observa que o Brasil está entre os cinco países com o maior número de população carcerária no mundo, o que, somado a má administração, representa um sistema que tem cada vez mais, restringido os direitos dos cidadãos, ou até mesmo negando-lhes. Far-se-á também, um paralelo entre a atual condição desse sistema com o que determina a Lei de Execução Penal, fazendo uma distinção entre as espécies de estabelecimento carcerário, e também, sobre o que determina a referida lei quanto a presídios femininos.

Realizar-se-á uma avaliação no que tange a superlotação dos estabelecimentos carcerários do Brasil, assim como no tópico que trata a respeito das estruturas dos presídios, traçando uma comparação da situação dos detentos nos presídios com o que determina na Lei de Execução Penal, e os princípios constantes na Constituição Federal, demonstrando as violações a diversos artigos da Lei e da Carta Magna, devido à superlotação dos presídios.

Por fim, buscar-se-á propor, como alternativa à indenização tão somente patrimonial, a aplicação analógica da remição da pena como forma de indenização extrapatrimonial, quando o preso for submetido a condições indignas enquanto custodiado do Estado.

2. A APLICABILIDADE DAS NORMAS RELATIVAS ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi, certamente, um

marco enorme para o processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país, significando uma abertura do sistema jurídico para uma nova ordem que seria estabelecida doravante. Este processo possibilitou cada vez mais a intensa ratificação de consideráveis tratados internacionais e regionais, protetivos dos direitos humanos e dos cidadãos, integrando diversos novos direitos e garantias àqueles já existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Hodiernamente, no Brasil, já se encontram ratificados, aproximadamente quase todos os tratados internacionais relevantes para os direitos humanos global, tendo como exemplos a convenção internacional sobre a eliminação das formas de discriminação racial (1965), a convenção sobre a eliminação da discriminação contra a mulher (1999), a convenção sobre os direitos da criança (1989) e, ainda, a convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984).

Nesse contexto sociável e protetivo, a Carta de 1988 optou como fundamento a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos, sendo este, um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, que deve ser regido nas suas relações internacionais, estabelecendo, ainda, princípios jurídicos que têm por finalidade atribuir um suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro.

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2000, p. 54)

Como corolário desse sistema valorativo¹ que tem por base de sustentação a pessoa do homem, cumpre registrar que o legislador originário, quando da promulgação da carta constitucional, buscou assegurar a existências de direitos inalienáveis, que são descritos, principalmente por meio do artigo 5º, da Constituição Federal. Assim, considerando a importância dos princípios constitucionais, faz-se premente o estudo acerca da aplicabilidade destas normas no ordenamento jurídico.

No que concerne à aplicabilidade das normas constitucionais, insta

1. É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno (PIOVESAN, 2000, p. 92).

salientar que elas podem ser imediatas e de eficácia plena, isto é, aquelas independentes de atuação legislativa posterior para a sua regulamentação. A título de exemplo, têm-se os remédios constitucionais (artigo 5º, LXVIII², LXIX³, LXX⁴, LXXI⁵, LXXII⁶, da Constituição Federal), que são de aplicabilidade imediata e eficácia contida, de modo que o legislador originário buscou regular suficientemente a matéria, possibilitando, no entanto, ao legislador ordinário restringir os efeitos da norma constitucional.

Os direitos fundamentais são aqueles básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos que estão previstos na Constituição Federal de um estado. Por norma, eles são baseados nos princípios dos direitos humanos, garantindo a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança. Em vista disto, eles se envolvem de características que lhes são atribuídas de forma mais ou menos consensual, pela doutrina e pela prevalência das cartas políticas, tais como a universalidade, a constitucionalização, inalienabilidade, bem como a aplicabilidade imediata.

Portanto, os direitos fundamentais visam preservar principalmente a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.73), leciona que os direitos fundamentais se tratam da:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

2. LXVIII- conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. (BRASIL, CRFB, 1988)
3. LXIX- conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. (BRASIL, CRFB, 1988)
4. LXX- o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (BRASIL, CRFB, 1988)
5. LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (BRASIL, CRFB, 1988)
6. LXXII- conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. (BRASIL, CRFB, 1988)

A Constituição brasileira dispõe, no § 1º, do art. 5º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, CRFB, 1988), de modo que as garantias que configuram direitos fundamentais não dependem de atuação legislativa, posto que, a própria Carta Política lhes assegura a imediata aplicabilidade.

[...] no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição”, o que induz à afirmação de que, em certo sentido, os direitos e princípios fundamentais regem e governam a própria ordem constitucional. (SARLET, 2012, p. 246-247).

Assim, nos termos consagrados pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana⁷ é considerada como fundamento próprio da República Federativa do Brasil. Tal valor é vetor de aplicação de toda a Carta Constitucional, motivo pelo qual a efetividade dos direitos fundamentais não poderia ser deixada ao arbítrio da vontade dos legisladores, no que se refere à sua aplicação.

Celso Ribeiro Bastos possui uma interpretação que se constitui em meio termo, porquanto entende que as normas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, na medida do possível. Nesta perspectiva, a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais seria a regra, que teria duas exceções. A primeira quando a própria constituição previr a complementação legislativa, e a segunda, no caso de a aplicação imediata da garantia importar em transformar o juiz em legislador (1989, p.392-393).

Há que se considerar, ainda, que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata até onde podem, o que significa dizer que

7. A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil. Sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano. [...] Sendo a dignidade da pessoa humana um fundamento da República, a essa categoria erigido por ser um valor central do direito ocidental que preserva a liberdade individual e a personalidade, portanto, um princípio fundamental alicerça de todo o ordenamento jurídico pátrio, não há como ser mitigado ou relativizado, sob pena de gerar a instabilidade do regime democrático, o que confere ao dito fundamento caráter absoluto (SARLET, 2012, p. 178-179).

são efetivos desde que as instituições ofereçam condições para seu entendimento. Assim, sobre a eficácia e aplicabilidade das normas que prescrevem os direitos fundamentais, José Afonso da Silva aduz que:

A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma legislação integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais (SILVA, 1996, p.178-179).

Em se tratando das normas que evidenciam o valor da dignidade humana, inúmeras são as passagens na Constituição Federal que a tutela, tal qual as dispostas no artigo 5º, incisos III (não submissão a tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (vedação de penas indignas), XLIX (proteção da integridade do preso) entre outros.

Considerando que os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, de modo que os poderes públicos da república (legislativo, executivo e judiciário) estão vinculados a seu respeito, é necessário destacar um problema da administração pública que esbarra frequentemente com a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais

3. O CUSTODIADO À MARGEM DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No que se diz respeito aos presos, é incontestável a ocorrência da mitigação dos Direitos Humanos e de ofensas aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, principalmente ao da dignidade da pessoa humana,

porquanto ao fazerem parte da custódia do Estado e, conseqüentemente, se sujeitarem ao sistema penitenciário brasileiro, passam a ser subjugados não só pela decisão condenatória que os impôs o dever de responder equitativamente ao ilícito cometido, mas também, à condição de seres humanos invisíveis desmerecedores de qualquer tratamento que lhe garanta direitos.

A passageira circunstância de responder penalmente pelos atos praticados não é, por decorrência de condenação, motivo para que o Estado subjetivamente eleve a pena fixada e reduza as condições de tratamento de seus custodiados à margem da Constituição Federal, cometendo graves ofensas aos direitos e garantias fundamentais dos presos, ascendendo a finalidade da pena, que dever-se-ia tratar-se de ressocialização, à condição de castigo.

Dessa forma, ao oferecer aos custodiados condições desumanas de tratamento, tais quais celas com números de ocupantes extremamente superior ao limite pretendido (superlotação) e sujas, o Estado não está apenas deixando de cumprir a finalidade da imposição da pena, mas também, está promovendo o cerceamento dos direitos constitucionais e reduzindo o cidadão apenado à um ser desmerecedor de valor.

Em total desapontamento com as comuns situações que são obrigatoriamente colocados os apenados, Carmem Silvia de Moraes Barros acertadamente disserta que “a dignidade deve ser preservada e inalterada em qualquer situação em que a pessoa se encontre”, razão pela qual a “prisão deve dar-se em condições que assegurem o respeito à dignidade” (BARROS, 2009, s/p).

Ao assumir a condição de custodiado pelo Estado, o cidadão não perde sua condição de ser humano dotado das garantias de direitos fundamentais que são destinados à população em geral. Isto porque, não é pela circunstância do autor de um delito ter deixado de respeitar os direitos de outrem ou da sociedade em geral, que permitir-se-ia ao Estado ou aos seus iguais a justificativa de suprimir seus direitos ou, ainda, de tratá-lo da mesma maneira.

Dessa forma, considerando que constitucionalmente o objetivo fundamental do Estado nortear-se-ia no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, visando promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988, art. 3º, CF), cumpre registrar que caso haja ofensas à dignidade humana do custodiado, ainda que diretamente relacionada à deficiência crônica das políticas públicas adotadas pelo ente público, subsistirá a necessidade de reparação dos danos morais suportados pelos detentos.

3.1. ESTRUTURA DOS PRESÍDIOS

O sistema penitenciário brasileiro é um dos maiores e mais complexos do mundo, eis que dispõe de uma estrutura que não atende plenamente as finalidades da pena, consagradas no Direito Penal.

A Lei de Execução Penal dispõe em seu artigo 82 (BRASIL, LEP, 1984), os tipos de estabelecimentos penais aos quais deverão ser submetidos os presos condenados, os que sofreram uma medida de segurança, os presos provisórios, tal qual os egressos. São espécies de estabelecimentos as cadeias públicas, penitenciárias, colônias agrícolas, industriais ou similares, os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, casas de albergado e centros de observação criminológica, todos utilizados pela justiça com a finalidade de alojar os presos, provisórios ou condenados, e aqueles que estejam submetidos à medida de segurança.

Para fins explicativos, elucidam-se sobre as espécies de estabelecimentos penais. Entendem-se como cadeias públicas aquelas destinadas ao recolhimento de pessoas presas em caráter provisório, sempre de segurança máxima; enquanto que, as penitenciárias servem principalmente para o recolhimento de pessoas presas em condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado, as quais deveriam ser alojadas em celas individuais com dormitório, aparelho sanitário e lavatório que tenham salubridade e área mínima de seis metros quadrados, conforme determinação legal.

Cumpra registrar que determina o artigo 89 da Lei de Execução Penal (BRASIL, LEP, 1984), nos casos das penitenciárias femininas, a necessidade de existência de seção para gestantes/parturientes e de creches para abrigar crianças de seis meses a sete anos de idade, com a finalidade de auxiliar os menores que possuam suas responsáveis reclusas.

O Ministério da Justiça traz também a divisão em penitenciárias de segurança máxima especial e as penitenciárias de segurança média ou máxima. As penitenciárias de segurança máxima especial são aquelas utilizadas para abrigar os condenados em regime fechado dotadas exclusivamente de celas individuais, enquanto que as penitenciárias de segurança média ou máxima são aquelas destinadas a abrigar os presos condenados ao regime fechado, mas que contém celas individuais e coletivas.

Ademais, as colônias agrícolas, industriais ou similares são estabelecimentos reservados aos presos condenados que cumprem pena em regime semiaberto. Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico são

disponibilizados aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, que deverão submeter-se a exames psiquiátricos e demais exames obrigatórios. Referido estabelecimento serve para atender o artigo 26 do código penal (BRASIL, CP, 1940), que a isenção de pena restritiva ao agente que “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

As casas de albergado são estabelecimentos penais que servem para abrigar pessoas presas que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto ou pena de limitação de fins de semana.

Por fim, têm-se os centros de observação criminológica, que tratam-se de estabelecimentos penais de regime fechado e de segurança máxima onde devem ser realizados os exames gerais e criminológicos, cujos resultados serão encaminhados às comissões técnicas de classificação, as quais indicarão o tipo de estabelecimento e o tratamento adequado para cada pessoa presa.

Vale ressaltar, por fim, que existem também lugares destinados aos idosos que possuam no mínimo sessenta anos de idade ao ingressarem ou que completaram essa idade durante o cumprimento da pena.

Em que se pese toda essa sistemática e estrutura para adequar os mais diferentes tipos de preso, destaca-se que a realidade do sistema prisional brasileiro é no sentido de permitir que presos de alto risco cumpram pena junto com os de médio ou mínimo risco, englobando, ainda, nesse meio, presos provisórios.

Acerca dessa ausência de respeito não só com a pessoa humana, mas também como todo ordenamento jurídico penal, é salutar destacar as palavras de Michael Foucault, que leciona sobre o respeito de como deveriam ser as instituições carcerárias:

Ela tem que ser a maquinaria mais potente para impor uma nova forma ao indivíduo pervertido; seu modo de ação é a coação de uma educação total:

Na prisão o governo pode dispor da liberdade da pessoa e do tempo do detento; a partir daí, concebe-se a potência da educação que, não em só um dia, mas na sucessão dos dias e mesmo dos anos, pode regular para o homem o tempo da vigília e do sono, da atividade e do repouso, o número e a duração das refeições, a qualidade e a ração dos alimentos, a natureza e o produto do trabalho, o tempo da oração, o uso da palavra e, por assim dizer, até o do pensamento, aquela educação que, nos simples e curtos trajetos do refeitório à oficina, da oficina à cela, regula os movimentos do corpo e até nos momentos de repouso determina o horário, aquela educação, em uma palavra, que se

apodera do homem inteiro, de todas as faculdades físicas e morais que estão nele e do tempo em que ele mesmo está. (2013. p. 222)

A realidade brasileira é diversa da que destaca o supracitado autor, eis que as prisões deixam de cumprir a finalidade de ressocialização e, principalmente, caminham além da restrição da liberdade do custodiado e ofende também sua dignidade, saúde, integridade física e psíquica, dentre outros direitos assegurados na Constituição Federal. As penitenciárias brasileiras se transformaram em depósitos humanos e suas características passam a ser apenas de superlotação, violência e doenças, descaracterizando assim seu efetivo sentido para qual foram criadas.

3.2. SUPERLOTAÇÃO

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 85 (BRASIL, LEP, 1984), determina que as celas devam possuir lotação compatível com a estrutura do presídio e sua finalidade. Veja-se:

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Este regramento tem o intuito de controlar a população dos presídios, primando pela organização, controle e satisfação quando do cumprimento da pena. Não obstante algumas prisões sequer atender as determinações legais de construções para que sejam compatíveis com o que determina o artigo retrotranscrito, destaca-se que muitas delas já ultrapassaram sua capacidade de lotação.

Os artigos 10 e 11 da LEP prelecionam que é dever do Estado promover assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa aos presos, para que estes não reincidam na prática de crimes e para que estejam habilitados para o retorno à convivência em sociedade.

A superlotação das prisões é, possivelmente, o problema mais grave que envolve o sistema penal hodiernamente. As prisões encontram-se abarrotadas, não concedendo ao preso condições mínimas de dignidade e de higiene, visto que o reduzido espaço nas celas leva os presos a dormirem no chão, muitas vezes próximos dos locais onde fazem suas necessidades fisiológicas, por não ter um banheiro adequado disponível, ora amarrados às celas,

pendurados em redes.

Em relação à saúde do carcerário, dispõe a lei de execução penal, em seu artigo 14, que “a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”. Contudo, este dispositivo não é cumprido, posto que apenas 30% da população carcerária recebem cuidados médicos necessários, ao mesmo tempo em que os demais se encontram em situação precária. Grande parte dos presos possui algum tipo de doença, sendo as principais aquelas que atingem o sistema respiratório e as sexualmente transmissíveis, devido à insalubridade do ambiente, ao uso intenso de drogas, à promiscuidade sexual e à falta de assistência médica e psicológica.

A educação também deveria ser um direito garantido aos presos, tendo por objetivo a instrução escolar e a formação profissional deles, tentando prepará-los para a liberdade. Todavia, quando oferecida, vislumbra-se que as vagas não são suficientes a todos os internos, bem como a estrutura é muito precária, resultando na ineficiência da medida e na liberação de presos sem qualquer condição técnica de enfrentar o mercado de trabalho, razão pela qual, muitas vezes, voltam-se novamente à prática de crimes.

Da mesma maneira ocorre com o trabalho, que deveria ser obrigatório nos presídios, porém não é suficiente para o número de presos existentes. Sobre o assunto, Foulcaut (2013, p. 229-230) destaca que:

O trabalho pelo qual o condenado atende a suas próprias necessidades requalifica o ladrão em operário dócil. E é nesse ponto que intervém a utilidade de uma retribuição pelo trabalho penal; ela impõe ao detento a forma “moral” do salário como condição de sua existência. O salário faz com que se adquira “amor e hábito” ao trabalho; dá a esses malfeitores que ignoram a diferença entre o meu e o teu o sentido da propriedade – “daquela que se ganhou com o suor do rosto”; ensina-lhes também, a eles que viveram na dissipação, o que é a previdência, a poupança, o cálculo do futuro; enfim, propondo uma medida do trabalho feito, permite avaliar quantitativamente o zelo do detento e os progressos de sua regeneração. O salário do trabalho penal não retribui uma produção; funciona como motor e marca transformações individuais: uma ficção jurídica, pois não representa a “livre” cessão de uma força de trabalho, mas um artifício que se supõe eficaz nas técnicas de correção.

O excessivo número de presos torna difícil a administração dos presídios, e impossibilita o atendimento aos demais direitos e garantias destes. Além de que apenas piora os problemas que já existiam nas penitenciárias.

4. A ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM REPARAR OS DANOS MORAIS EM VIRTUDE DO SISTEMA PRISIONAL

Diante do estado de inconstitucionalidade estrutural do sistema prisional brasileiro, a fixação de uma compensação estritamente pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos existenciais suportados pelo recorrente e pelos presos em geral. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. A reparação em dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à sua dignidade, tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

Faz-se pertinente tecer algumas ponderações acerca dos direitos humanos. Como bem ensina Fábio Comparato, tais direitos tratam-se da:

(...) revelação de que todos os seres humanos, apesar das diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais. (COMPARATO, 2008, p.01).

Embora a perspectiva apontada pelo Autor seja no sentido de atribuir igualdade e necessidade de respeito aos cidadãos e ao direito da tutela de suas vontades como formas de preservação da dignidade humana, cumpre registrar que a concepção que hodiernamente ecoa por parte da população brasileira é no sentido de que os direitos humanos remeter-se-iam à proteção apenas da população carcerária. Quiçá sorte teriam se esta afirmativa estivesse em consonância com a realidade!

É necessário salientar que, não obstante paulatinamente o Estado Brasileiro caminhe diametralmente a favor da efetividade da justiça, há de se consignar que esta ainda não possui um caráter pleno. Assim, em que se pesem os sentimentos de impunidade e de ineficácia engendrados na jurisdição estatal, cumpre registrar que os Direitos Humanos possuem papel fundamental na efetivação e proteção dos direitos individuais, políticos, sociais, culturais, de solidariedade do homem.

A defesa dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana deve ser observada como prioridade pelo Estado, que exerce o múnus público de

tutelar as relações havidas no território nacional. Desta forma, considerando que o sistema carcerário e a custódia daqueles que foram condenados na seara penal são de competência do ente público, insta salientar que este deverá ser responsabilizado sempre que, por meio de atos comissivos ou omissivos, lesar a dignidade do preso.

Gilmar Bortolotto (2014, s/p) ao conferir entrevista sobre o direito penal e o sistema carcerário brasileiro, anuncia que a defesa desses direitos se torna mais difícil no Estado Brasileiro, porquanto a visão de justiça que paira sobre o sistema prisional remete-se à ideia de justiça meramente com caráter vingativo. Veja-se:

Há a crença popular no sentido de que as prisões devem ser redutos de vingança. Esse pensamento produz e reproduz a barbárie. O resto vem naturalmente. Acontece que o estado de selvageria agrava perfis delinquentes. Depois os presos vão à rua para produzir a violência que atinge o mesmo cidadão que acha que as cadeias devem ser ruins. É um ciclo difícil de quebrar, mesmo porque poucos ainda se interessam pelo que ocorre nas prisões, mesmo nas instituições que deveriam agir para evitar tudo isso.

A forma de justiça apontada pelo Autor retrocitado teve o condão de instaurar no território nacional uma crise administrativa consubstanciada na péssima qualidade do serviço prestado pelo Estado ao tratar sobre o sistema carcerário. Isto porque, cresce demasiadamente o número de condenados na esfera penal, mas não proporcional à qualidade e ao número de serviço que pode o ente público oferecer. Esta situação resulta, por exemplo, na superlotação da população carcerária e na deficiência no oferecimento de serviços básicos, tais como os de instalações de esgoto e água. “Hoje são mais de 580.000 presos no Brasil, a maioria acomodados em instalações ou prédios totalmente inadequados, superados e sem as mínimas condições de cumprimento de pena”. (LOSEKANM, 2013, s/p).

Embora o número de presos seja exponencialmente alto, preocupa-se a devida omissão por parte dos governos em relação à produção de atos direcionados ao sistema prisional. Há a ausência de políticas públicas e do manejo da legislação para dar garantia à finalidade da sanção, razão pela qual acaba por tornar o ambiente prisional não em um antro de ressocialização, mas sim de fomento à criminalidade e de castigo, que passa a ser pago não só com restrição de liberdade, direitos e com aplicação de sanção pecuniária, mas também, com as condições psicológicas e físicas⁸. Reduz-se, portanto,

8. “Na esmagadora maioria dos casos, mandar uma pessoa para o sistema prisional é submetê-la a uma

o custodiado do Estado à condição desumana. Assis (2007, p. 75) ao dissertar sobre os danos causados aos presos relata que:

Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice de hepatite e de doenças venéreas m geral, a AIDS por excelência. (...) há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, hanseníase e com deficiências físicas (paralíticos e semiparalíticos). Quanto à saúde dentária, o tratamento odontológico na prisão resume-se à extração de dentes.

O colapso prisional constitui quadro de vilipêndios aos direitos humanos e fundamentais dos homens, mormente nos princípios da integridade física e moral, da igualdade e da solidariedade, haja vista serem todos os sujeitos, independentemente do cometimento de ilícitos penais, merecedores da defesa de seus direitos. Caso não haja a defesa por parte do Estado, subsistirá o dever de indenizar, porquanto há a responsabilidade objetiva pelos danos morais causados aos presos, que não podem ser imputados pela desorganização administrativa.

A possibilidade de indenização que ora se defende, não deve ser visualizada como caráter primário, porquanto dever-se-á buscar outras formas de ultrapassar o problema do sistema prisional. Todavia, em não havendo iniciativa por parte do poder público para suprimir as ofensas aos direitos fundamentais dos homens, deverá indenizar seus custodiados, até mesmo como forma de sanção judicial ante à ineficiência administrativa do Estado.

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal Federal já entendeu que há a responsabilidade objetiva do Estado em razão de possuir o dever de proteção da integridade dos presos. Veja-se:

Diferentemente do que alegam as partes, entendo que, na hipótese em exame, a responsabilidade civil do poder público é por ação, e não por omissão. Afinal, o Estado, ciente das péssimas condições de detenção, envia pessoas a cárceres superlotados e insalubres. Ainda que assim não fosse, a definição da natureza da responsabilidade civil no caso deve considerar a particularidade de que os presos encontram-se sob a custódia do Estado. Nessa situação, estão inseridos em uma instituição total, na qual se submetem inteiramente ao controle do poder público e dependem de agentes estatais para quase todos os aspectos de sua vida, inclusive para o atendimento de suas necessidades mais básicas e para sua autoproteção. Como contrapartida, o Estado assume

pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente aplicada. Mais do que a privação de liberdade, impõe-se ao preso a perda da sua integridade, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade." Assim, conclui o Ministro, "o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente qualquer das funções próprias da pena criminal: além de não prever retribuição na medida certa, não previne, nem ressocia". (BRASIL, STF, 2017).

uma posição especial de garante em relação aos presos, circunstância que lhe confere deveres específicos de vigilância e de proteção de todos os direitos dos internos que não foram afetados pela privação de liberdade, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida (BRASIL, STF, 2017).

Como bem se extrai do supratranscrito, o Estado, enquanto agente garantidor daqueles que estão sob sua Custódia, tem o dever de oferecer condições mínimas e dignas para que os presos possam ser apenas privados do direito da liberdade, sem afetar a sua integridade física e psíquica. Todavia, sendo ineficiente na prestação do serviço público, o Estado deverá indenizar aqueles que sofrerem dano. E a proposta do Ministro Barroso não esbarra em intenção meramente patrimonial, mas propõe que a indenização pecuniária dever-se-ia ter caráter subsidiária, respeitando a ordem de preferência que, ao seu ver, observaria uma medida de reparação de dano não pecuniária:

Diante do estado de inconstitucionalidade estrutural do sistema prisional brasileiro, entendo que a fixação de uma compensação estritamente pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos existenciais suportados pelo recorrente e pelos presos em geral. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. A reparação em dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à sua dignidade, tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparadas, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que "o condenado que cumpre a pena em regime fechada ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena". Vale dizer: a cada "x" dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a "indenização mede-se pela extensão do dano", a variável "x", isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento. (BRASIL, STF, 2017).

A proposta corajosamente pretendida por Barroso, em seu voto de vista, visa a efetiva indenização ao apenado, diversa de responsabilidade meramente patrimonial que, como bem destaca, embora indenizado pecuniariamente em um valor baixo, em razão da condição desumana que o Estado impõe a ele, continuará sob custódia do ente público e, conseqüentemente, submetido à condições degradantes. Contudo, diferente sorte teria o custodiado caso a ele

fosse permitida a remição de pena, indenizando-o na razão de deduzir dias de sua restrição de liberdade, em face dos dias em que teve sua dignidade ferida.

5. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA REMIÇÃO DE PENA COMO FORMA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

A atual condição dos presídios brasileiros tem se tornado cada vez mais degradante e a cada ano que passa pouco se faz para reverter esta situação que se hoje se mostra em um nível alarmante. Tem se tornado cada vez mais comum o encarceramento de várias pessoas sem a menor estrutura para abrigá-las, tanto é verdade que têm se buscado alternativas para compensar àqueles que assumiram a situação de custodiado do Estado, como por exemplo, a remição da pena de alguns detentos, que tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Embora recentes decisões do STF caminhem no sentido de que o Estado possui responsabilidade objetiva no que concerne às condições degradantes dos presídios, entende-se que a indenização não deve representar apenas um fantasioso reparo econômico, mas sim, como bem defendeu o ministro Barroso quando do proferimento de seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252, sob relatoria do ministro Teori Zavasck, a indenização deverá representar a possibilidade de os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparadas, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal (BRASIL, LEP, 1984).

Diante do estado de inconstitucionalidade estrutural do sistema prisional brasileiro, a fixação de uma compensação estritamente pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos existenciais suportados pelo recorrente e pelos presos em geral. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. A reparação em dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à sua dignidade, tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

Casos como esse baseiam-se em decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que decidiu por cinco votos a quatro, ao julgar o caso “Brown v. Plata”, onde reputou ofensivo à 8ª Emenda à Constituição americana, o excesso populacional no sistema penitenciário do Estado

da Califórnia, que a época chegava a 200% de sua ocupação máxima, ordenando-lhe que reduzisse, no prazo de dois anos, ao índice de 137,5% a sua população carcerária.

Além do mais, o art. 126 da Lei de Execução Penal (BRASIL, LEP, 1984) prevê que “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer que nossa proposta busca que a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de um dia de sua pena.

Portanto, como a “indenização mede-se pela extensão do dano”, a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi abordado ao longo do presente trabalho um problema que assola os direitos humanos e primordiais dos presos, em virtude das más condições do sistema carcerário brasileiro. A circunstância do preso responder penalmente pelo ato ilícito praticado, não seria motivo para que o Estado elevasse a pena fixada e reduzisse as condições de tratamento de seus custodiados, ascendendo a finalidade da pena, que dever-se-ia tratar-se de ressocialização, à condição de castigo.

Constatou-se que ao oferecer aos custodiados condições desumanas de tratamento, tais quais celas com números de ocupantes extremamente superior ao limite pretendido (superlotação) e sujas, o Estado não está apenas deixando de cumprir a finalidade da imposição da pena, mas também, está promovendo o cerceamento dos direitos constitucionais e reduzindo o cidadão apenado à um ser desmerecedor de valor.

Por fim, buscou-se propor, como alternativa à indenização meramente patrimonial, a aplicação analógica da remição da pena como forma de indenização extrapatrimonial, quando o custodiado for submetido a condições degradantes do sistema penitenciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno. **A realidade atual no sistema penitenciário brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n.39, out. – dez./2007.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **Direitos do preso**. Dicionário de Direitos Humanos: Direitos do Preso [site], 09 jul. 2006. Disponível em: {HIPERLINK <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20do%20preso>}. Acesso em: 23 mai. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BORTOLOTTTO, Gilmar. **Entrevista**. Entrevistadora: Julia Faleiro Naiditch. Porto Alegre, 2014. 1 arquivo .docx (60min)

BRASIL, congresso nacional. Código Penal: DECRETO-LEI nº2848. Brasília: diário oficial da União, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL, congresso nacional. Lei de execução Penal: Lei nº 7210. Brasília: diário oficial da União, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: {HIPERLINKhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm}. Acesso em: 10 out. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580.252**. Relator Teori Zavascki, DE, 16 fev. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2008. 6ª edição.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

LOSEKANN, Luciano André. **Entrevista**. Entrevistadora: Julia Faleiro Naiditch. Porto Alegre, 2013. 1 arquivo .mp3 (60min).

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**. São Paulo, Max Limonad, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: QUANDO A APROXIMAÇÃO SE TORNA TEMEROSA

Marion Bach¹

RESUMO: O presente estudo está motivado pela notória aproximação – cada vez mais constante e intensa – entre o direito penal e o direito administrativo. Pretende-se, então e preliminarmente, reconhecer que as razões de tal aproximação transbordam o âmbito jurídico e averiguar os motivos históricos, sociais e econômicos que tornaram o direito penal *administrativizado* e o direito administrativo *sancionatório*. Intenta-se, posteriormente, elencar – exemplificativamente, não exaustivamente – consequências que a aproximação das duas instâncias acarreta no âmbito da teoria da norma, da teoria do delito e da própria política criminal. Vale esclarecer, porém e desde essas breves linhas, que o presente estudo possui menos a pretensão de esclarecer e mais a missão de provocar o leitor, tornando-o cúmplice na busca pelas (necessárias) respostas.

PALAVRAS-CHAVE: Administrativização do direito penal; Direito administrativo sancionador.

1. INTRODUÇÃO

Há algum tempo um fenômeno vem ganhando força – em extensão e intensidade: a aproximação entre o direito penal e o direito administrativo. Mais especificamente, o direito penal caminha, a largos passos, em direção ao direito administrativo, dando ensejo ao que hoje se conhece por *administrativização* do direito penal. De outro lado, o direito administrativo caminha, também a largos passos, em direção ao direito penal, se tornando cada vez mais *sancionador*².

Tal fenômeno tem origens múltiplas e consequências idem. As linhas que seguem intentarão demonstrar, preliminarmente e sem a *pretensiosa pretensão* de exaurir o tema, as razões pelas quais direito penal e direito administrativo exercem forças atrativas intensas e recíprocas. Em seguida, pretenderão revelar

1. Doutoranda em Ciências Criminais pela PUC-RS. Bolsista Capes. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora de Direito Penal na graduação e na pós-graduação da FAE e do UNICURITIBA. Professora da Escola da Magistratura do Paraná. Advogada criminal. Contato: marionbach@gmail.com
2. LOBO DA COSTA, Regina Helena. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013, p. 113.

as (problemáticas) consequências advindas de tal aproximação, seja no âmbito da teoria da norma, da teoria do delito ou da política criminal.

De início, há que se reconhecer que, tamanha a amplitude e profundidade do tema, o presente trabalho terá de se conformar com a singela apresentação – provocativa – das linhas que podem (e devem) ser posteriormente exploradas.

2. RAZÕES DA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Os motivos que conduzem o direito penal em direção ao direito administrativo – e vice-versa – possuem natureza jurídica, sociológica e política, que dificilmente serão abordados de modo exaustivo e definitivo. Alguns apontamentos, porém, se revelam possíveis.

As razões da referida aproximação guardam relação com as profundas mudanças sociais operadas nos últimos séculos. A Modernidade, não obstante seja termo que admite distintas acepções, refere ao estilo de vida desenvolvido a partir do séc. XVIII e consolidado no séc. XIX, na Europa, mas que alcançou influência mundial com os fluxos da globalização³.

A modernidade é a expressão historicista da ‘razão objetiva’. Ao invés de contemplar um mundo racional criado por um logos e ajustar-se a suas leis, o homem moderno cria um novo mundo e uma nova imagem do homem, que é definida pelo poder criativo que ele conquista quando *compreende as leis da natureza e as utiliza para fortalecer seu controle das forças naturais*.⁴ (grifos nossos)

A Modernidade, portanto, é marcada pela racionalidade do homem e pelo domínio (ou pela tentativa de domínio) desse sobre a natureza. Mas não apenas. “O processo de modernização da sociedade passa por dois vetores fundamentais, nas esferas econômica e política: a consolidação da economia capitalista em escala mundial, e a consolidação do Estado-Nação moderno como modelo de organização político-administrativa”⁵.

Os pilares sobre os quais se construiu a Modernidade, porém, produziram imprevisíveis consequências.

3. GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo. *Sociologia e Justiça Penal – Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145.
4. GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991, p. 11.
5. GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo. *Sociologia e Justiça Penal – Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 146.

A pretensão de dominar a natureza através da racionalidade atingiu patamares (contraditoriamente) irracionais, de modo a desembocar no que Ulrich Beck denominou de *Sociedade do Risco*⁶.

Os avanços científico e tecnológico abalaram, em razão da sua imponderabilidade, a almejada segurança jurídica e social, dando origem aos riscos globais, que colocam em perigo até mesmo as condições da vida humana: todos se tornam, a um só tempo, vítimas e autores potenciais de graves ilícitos⁷.

Esta sociedade mundial do risco trata-se, portanto, de uma sociedade catastrófica, na medida em que se caracteriza pelo surgimento de catástrofes nucleares, de desastres genéticos, de crises financeiras ou ameaças terroristas globais, e cuja reflexividade torna a maior parte dos aspectos da atividade social suscetíveis à revisão crônica à luz de novas informações ou conhecimentos.⁸

A consequência do advento de tais riscos globais é que campos tradicionalmente regulamentados (satisfatoriamente) pelo direito administrativo passam a clamar por um instrumento de (suposta) maior força e potência: o direito penal. E eis, então, parte da força de atração entre direito penal e direito administrativo.

Referidos campos, que assumem agora *dignidade penal*, são, regra geral, âmbito de complexa normatividade. Campos como o sistema financeiro, o sistema tributário, o meio ambiente, o setor de energia nuclear, o sistema de biossegurança, o sistema industrial alimentício e farmacológico, etc., são altamente formalizados e exigem, ao contrário do direito penal dito *clássico*, um conhecimento técnico, específico e aprofundado, que o legislador não possui.

Então, e eis que novamente a força de atração entre direito penal e direito administrativo entra em cena: o legislador (penal) busca em instâncias distintas, como por exemplo nas normativas técnicas advindas do Poder Executivo, as informações e os complementos necessários à legislação⁹.

Ademais, os setores sociais em que o direito penal passa a atuar são marcados por uma dinâmica acelerada e contínua, o que acarretaria, inevitavelmente, grave – e quase imediata – deteriorização legislativa, acaso o

6. BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.
7. KNOPFHOLZ, Alexandre. *Sociedade de Riscos e Poder de Polícia: da administrativização do direito penal ao fortalecimento do direito administrativo sancionador*. In *Revista de Ciências Criminais*, vol. 15, 2011, p. 13-36.
8. ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 46, 2004, p. 73-93.
9. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 163.

direito administrativo não viesse em socorro ao direito penal, assessorando e complementando-o.

Os outros dois (mencionados) pilares que sustentaram a Modernidade – a consolidação da economia capitalista em escala mundial e a consolidação do Estado-Nação moderno como modelo de organização político-administrativa – guardam relação entre si e possuem também consequência que reflete no tema aqui tratado. É que para Lyotard¹⁰, a globalização econômica é o que justifica, em parte, justamente o declínio dos Estados-Nação.

A globalização de transportes e comunicações, por exemplo, intensificada no final do século XX, deslocou para o ambiente corporativo privado parcelas de poder antes ocupadas pelo Estado. No Brasil – e não só -, a onda neoliberal dos anos 90 transferiu de mãos atividades respectivas a setores estratégicos da vida econômico-social – como telecomunicações, telefonia, transportes¹¹, fornecimento de água e luz, etc.. Também serviços de saúde e educação ganharam corpo no âmbito corporativo privado. Como consequência, deu-se um *enfraquecimento* do aparelho de Estado enquanto agência de poder. Recuou da posição ativa de proporcionar produtos e serviços para um novo papel: o de *gerenciar* as atividades deslocadas para a iniciativa particular, sobretudo mediante agências de controle¹².

Nova razão de aproximação entre o direito administrativo e o direito penal: o Estado, para *gerenciar* tais atividades percebe quão débil é, por vezes, o direito administrativo – escorado no poder de polícia e na autoexecutoriedade –, apelando, então, ao seu instrumento de maior força: o direito penal.

E aqui já se antecipa, apenas na intenção de demarcação, o que as linhas que seguem abordarão com maior cuidado: o apelo ao direito penal como mero reforço ao direito administrativo pode se revelar bastante problemático.

Por fim, um dos pilares constitutivos da Modernidade – a consolidação da economia capitalista em escala mundial -, reflete sobremaneira em outro ponto essencial: a combinação de industrialização, urbanização, mercado, produtividade, competitividade, individuação e individualismo, gera um ambiente social explosivo¹³.

10. LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Lisboa: Gradiva, 1989.

11. Tanto empresas públicas foram privatizadas como o próprio gerenciamento de rodovias, ferrovias, aeroportos, mediante concessões.

12. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 17.

13. GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo. *Sociologia e Justiça Penal – Teoria e Prática da Pesquisa*

Sim, pois se de um lado o individualismo faz com que o sujeito se importe menos – ou mesmo despreze – bens jurídicos alheios, o que potencializa o cometimento de condutas ilícitas; por outro, o individualismo, como o termo já evidencia, isola os indivíduos. Esse individualismo e competitividade crônicos já forjam, na Pós-Modernidade, uma verdadeira subjetividade. Já são, em outras palavras, *a nova razão do mundo*¹⁴.

E como bem demonstra Zygmunt Bauman, em diferentes obras em que retrata a *liquidez* que caracteriza os laços humanos, a sociedade e o próprio homem da atualidade, o isolamento do indivíduo fomenta o medo¹⁵. Real e imaginário. Para aplacar o medo, o direito administrativo é, aos (míopes) olhos sociais, insuficiente. Para aplacar o medo, real e imaginário, é, também aos (míopes) olhos sociais, o direito penal quem *deve* entrar em cena – pouco importa se os tradicionais princípios penais estão sendo observados e se o direito administrativo *pode* ser o meio adequado.

Essas são, sinteticamente, algumas das razões que fazem com o direito penal caminhe, a largos passos, em direção ao campo tradicionalmente pertencente ao direito administrativo e que o direito administrativo assuma, cada vez mais, a feição sancionadora, que classicamente caracteriza o direito penal.

3. CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO

São muitas as consequências – menos ou mais problemáticas – advindas da proximidade intensa e apressada entre direito penal e direito administrativo.

A *primeira* delas está relacionada à teoria da norma e afeta precipuamente o âmbito da *tipicidade*. Recentemente, por decorrência do fenômeno que se tentou explicar no tópico precedente, as leis penais têm feito constante utilização de *técnicas de reenvio*. Tais técnicas são observadas no momento da construção típica e são guiadas por razões de política criminal.

3.1. TÉCNICAS DE TIPIFICAÇÃO QUE EXPLORAM A APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO

Dentre tais *técnicas de reenvio*, merecem destaque: a) as leis penais

Sociocriminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 151.

14. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo: Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

15. BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

em branco, b) os elementos normativos do tipo e c) as remissões a atos administrativos concretos. Convém, portanto e rapidamente, diferenciar cada uma dessas técnicas¹⁶.

As leis penais em branco foram notadas, pela primeira vez, pelo penalista alemão Karl Binding¹⁷, ao analisar a Constituição do Império Alemão de 16 de abril de 1871. O autor notou que, embora fosse excepcional, por vezes a Constituição, por razões de ordem prática, transferia aos estados federados a competência para que complementassem algumas leis penais. Binding constatou que, em tais situações, as leis penais quedavam como *corpos errantes em busca da própria alma*. Leia-se: leis que mais pareciam corpos errantes em razão de vagar sem qualquer possibilidade de concretude, até que o complemento – a alma – as complementasse.

As razões de existência das leis penais em branco, como já observava Binding, são de ordem prática. O legislador opta por tipificar uma conduta através de lei penal em branco – e então já restará evidente a relação com o tópico anterior -, em razão da necessidade de flexibilização e atualização da lei penal¹⁸, eis que inserida em uma sociedade acelerada, bem como pela necessidade de conhecimento técnico, específico e aprofundado, eis que inserida em uma sociedade extremamente racionalizada.

Assim, é possível conceitua-las como leis penais incriminadoras utilizadas para regular matérias complexas, nos casos em que essa técnica legislativa se revela a única capaz de garantir a atuação do direito penal, através da flexibilização e atualização da lei penal. São leis penais incompletas, que remetem parte de seu preceito para que seja complementado por atos gerais advindos de uma instância inferior e não legislativa (em regra, Poder Executivo)¹⁹.

A segunda técnica legislativa mencionada trata-se dos chamados

16. Para aprofundamento do tema, há que se recomendar a leitura do artigo de Érika Mendes de Carvalho, “Limites e Alternativas à Administrativização do Direito Penal do Ambiente.” In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, 2011, p. 299-336.

17. ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 38.

18. “As leis penais em branco aparecem como uma necessidade para evitar o engessamento da regulamentação penal. A variabilidade de determinadas atividades, o ritmo da evolução social, técnico-científica ou econômica, converte a regulamentação de determinados tipos penais rapidamente em obsoletas e com necessidade de constantes modificações que resultam inviáveis para o lento e custoso processo de elaboração das leis orgânicas.” VEGA, Dulce María Santana. *El Concepto de Ley Penal en Blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 17.

19. Nesse ponto, há que se remeter o leitor à obra GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, na qual há a detalhada explicação das razões pelas quais não se entende correta a usual definição e classificação de leis penais em branco, adotada pela doutrina e jurisprudência.

elementos normativos do tipo. O tipo legal de crime, ou simplesmente tipo penal, remonta aos escritos de Ernst Beling, em 1906, e consiste na descrição do fato criminoso pela lei penal, através da qual é, portanto, delimitada a matéria de proibição²⁰. A proposta de Beling, – até em razão do contexto histórico e científico em que estava inserido – era de um tipo penal neutro, descritivo e avalorado (a valoração do fato típico competia à ilicitude). Estudos posteriores²¹ evidenciaram a impossibilidade de um tipo avalorado e passaram a constatar, além dos elementos descritivos, *corpos estranhos* no tipo penal: elementos normativos e elementos subjetivos do tipo.

Não obstante hoje, no Brasil, o conceito estrito de tipo penal não se distancie muito do conceito traçado por Beling, o seu caráter estritamente formal foi irremediavelmente superado. Não apenas pelo fato de ser a tipicidade a própria expressão legislativa da “negação de valores”, o que faz do tipo uma formulação normativa e teleologicamente orientada²², mas também pelo tipo penal ser constituído, segundo Fabio Roberto D’Avila, fundamentalmente, por *elementos normativos* e, eventualmente, *subjetivos* (os elementos descritivos é que são, hoje, *corpos estranhos* no tipo penal).

Os *elementos normativos* do tipo constituem termos que *admitem* – ou, mais do que isso, *exigem* – *interpretação* por parte do hermenêuta. A interpretação exigida pelos elementos normativos do tipo pode buscar subsídios em valorações ético-sociais (como é o caso do termo “ato libidinoso”, constante do art. 213 do CP) ou em valorações jurídicas (como é o caso de termos como “funcionário público”, definido pelo art. 327 do CP, e “produto”, conceituado pelo Código de Defesa do Consumidor).

Veja-se que os elementos normativos diferenciam-se das leis penais em branco, posto que essas invocam outras normas para *complementação*, enquanto aqueles buscam outras normas (ou *juízos de análise*) para *valoração/ interpretação*²³.

Por fim, a terceira técnica de reenvio trata das *remissões a atos administrativos concretos*. A lei penal, aqui, busca respaldo em atos administrativos concretos,

20. D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor. Notas conceituais e sistemáticas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 121. São Paulo. 2006, p. 99-126.

21. Por exemplo Max Ernst Mayer, a quem usualmente é atribuída a descoberta dos elementos normativos do tipo e Engisch, em 1954, com seus estudos sobre elementos normativos do tipo.

22. D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor. Notas conceituais e sistemáticas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 121. São Paulo. 2006, p. 99-126.

23. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 112.

como licenças, permissões e autorizações (diferenciando-se das leis penais em branco justamente nesse ponto, já que essas buscam complementação em atos de caráter geral, como decretos, resoluções e portarias). Tal técnica é bastante evidente, por exemplo, na legislação pertinente a crimes ambientais²⁴.

Veja-se, diante das técnicas acima relacionadas – todas elas reveladoras da *administrativização do direito penal*, posto que as leis penais buscam complementação, valoração e concretude em atos advindos do direito administrativo – trazem à tona um sem fim de problemas – que, nesse trabalho, sequer tentativas de soluções serão arriscadas.

Primeiro, no que refere ao *princípio da legalidade*, em sua vertente política (relacionada à separação dos poderes): quando a lei penal (em branco) só é concretizada ao ser complementada por uma norma advinda do Poder Executivo, há violação à exigência de que a criminalização de condutas deve ser sempre realizada pelo Poder Legislativo?²⁵

E quando elementos (normativos) constantes do tipo penal permitem ampla valoração e interpretação advinda do Poder Judiciário, há violação à exigência de que a decisão efetiva sobre a criminalização advenha do Poder Legislativo?

E quando a ausência/presença de permissão, concessão ou licença é o que determina a existência/inexistência do crime, a efetiva criminalização advém do Poder Legislativo ou está, literalmente, nas mãos de um funcionário da administração pública?

Segundo²⁶, ainda no que diz respeito ao *princípio da legalidade*, agora em seu desdobramento de lei prévia (*princípio da anterioridade*): é possível que o destinatário da lei penal *conheça*, efetiva e previamente, o âmbito da proibição, quando a lei estiver complementada por uma ou por muitas normas esparsas²⁷?

24. Para o aprofundamento desse tema, recomenda-se o artigo de Luís Greco: “A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, vol. 58, 2008, bem como o livro de Helena Regina Lobo da Costa, “Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito”. São Paulo: Saraiva, 2010.

25. Parte significativa e respeitosa da doutrina – como por exemplo Juarez Cirino dos Santos e Francisco Monteiro Rocha Junior – entende que há violação, razão que conduz à inconstitucionalidade. Na obra “Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal”, escrita em coautoria com Fábio André Guaragni, concluímos de modo diverso. As razões estão detalhadamente expostas naquela obra e, por questões metodológicas, não poderão ser aqui desenvolvidas.

26. Nesse segundo ponto é que se desdobram as cada vez mais frequentes discussões a respeito do *erro de tipo* e também do *erro de proibição*.

27. Veja-se que é possível – e usual na legislação pátria – a utilização de sucessivas remissões.

E quando o tipo penal é composto precipuamente por elementos (normativos) que dependem de valoração, o destinatário possui efetiva possibilidade de *conhecer* o âmbito de proibição, através de mera leitura típica prévia, tendo garantida sua segurança jurídica?

Terceiro, também no que refere ao *princípio da legalidade*, mais especificamente em seu desdobramento de lei certa (princípio da taxatividade): quando a lei penal remete sua complementação para atos gerais que, em verdade, são elaborados para regulamentar um setor complexo (como normas do BACEN, por exemplo) – e não para complementar uma lei penal –, é possível afirmar que tal lei será clara, exata, sem ambiguidades e sem obscuridades, como deveria ser?

Quarto, ainda no seio no *princípio da legalidade*: como fica a questão da retroatividade benigna e irretroatividade maligna quando da utilização das técnicas acima mencionadas? Há possibilidade de retroatividade benigna do complemento das leis penais em branco?²⁸ Há possibilidade de retroatividade benigna quando a valoração/interpretação sobre um elemento normativo do tipo sofre sensível alteração, em razão de evoluções sociais? Há possibilidade de retroatividade benigna quando um indivíduo obtém uma permissão para o ato, em momento posterior à execução do próprio ato (por demora do funcionário público em conceder-la, por exemplo)²⁹?

As provocações acima relacionadas, longe de esgotarem toda a problemática, apenas evidenciam os perigos decorrentes da aproximação entre direito penal e direito administrativo, quando de técnicas legislativas que lançam mão de técnicas de reenvio.

3.2. A TEMEROSA UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO REFORÇO À ATIVIDADE ADMINISTRATIVA ESTATAL

A utilização do direito penal como braço de apoio ao direito administrativo – e respectivas pretensões de controle das áreas da vida econômica – encerra perigos.

O primeiro consiste em permitir ao Estado fazer uso do direito penal *para si*, ao invés de empregá-lo para a proteção de bens jurídicos que dizem

28. Também esse ponto tivemos a oportunidade, na obra “Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal”, de analisar a doutrina favorável e contrária, bem como expor as razões que motivaram o nosso próprio posicionamento.

29. Essa e demais discussões muito interessantes são pontuadas por Luís Greco, no artigo A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa.

respeito ao indivíduo (diretamente, nos bens jurídicos individuais, ou indiretamente, nos bens jurídicos transindividuais). Há sempre um risco de autoritarismo no fato de o detentor do poder punitivo estabelecer crimes e penas para se autopreservar³⁰.

Erika Mendes de Carvalho bem explora o problema no âmbito do direito penal ambiental, sendo certo, porém, que tal celeuma abrange diversos âmbitos do direito penal:

A função do Direito Penal Ambiental, em tais hipóteses, residiria tão somente na tutela de funções próprias da Administração Ambiental. E tais funções não podem figurar como um bem jurídico desse subsistema punitivo. Se a missão do Direito Penal do Ambiente radica na proteção de um bem jurídico autônomo, aquela se veria totalmente comprometida se esse setor do ordenamento se ocupasse apenas em garantir a eficácia da normativa administrativa ou em punir os sujeitos que transgredissem o poder de planejamento e gestão ambiental da Administração Pública. O bem jurídico tutelado pelos tipos penais incriminadores assim configurados seria, portanto, ‘a capacidade de controle da Administração pública nessa matéria’³¹.

Não se olvida que o Estado possa ser sujeito passivo de crimes, enquanto titular de bens jurídico-penais, basta ver, no Código Penal, o Capítulo dos crimes *contra a administração pública*: uma máquina estatal em adequado (e honesto) funcionamento interessa a todo cidadão que se vale e necessita dos préstimos estatais sociais. Porém e evidentemente, a seleção das situações em que o direito penal deve proteger bens de Estado necessita da clara evidência de que, por trás, está presente o interesse do cidadão. Do contrário, o exercício do poder punitivo carece de legitimidade³².

O segundo perigo diz respeito à subversão do princípio da intervenção mínima. A vertente da subsidiariedade impõe que o direito penal seja utilizado sempre em *ultima ratio*, ou seja, quando outra instância de controle se revelar francamente insuficiente. Porém, ao ser constantemente chamado para reforçar o direito administrativo, o direito penal deixa de ser subsidiário a ele, para simplesmente ser um instrumento de *reforço*.

E então, não bastasse a tendência de expansão exagerada de incriminações, novamente as *funções* do direito administrativo e do direito penal passam

30. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 18.

31. CARVALHO, Erika Mendes de. Limites e Alternativas à Administrativização do Direito Penal do Ambiente. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 92, 2011, p. 299-336.

32. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 18.

a se confundir – basta ver, por exemplos, as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais atuais acerca dos crimes tributários: o direito penal, bem como o direito administrativo, possuem a idêntica (e única) função arrecadatória –, o que é absolutamente indevido e guarda relação com o próximo tópico.

3.3. A SOBREPOSIÇÃO INDEVIDA ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO: *BIS IN IDEM*?

Eis o ponto delicado com que se deseja encerrar o presente trabalho. A verdade, porém, é que tal ponto – justamente por ser bastante controverso – exige estudo aprofundado que está sendo desenvolvido (ainda em fase gestacional) em tese de Doutorado. Alguns pressupostos, porém, já podem ser firmados.

Parte-se, nesse tema, do *seguinte pressuposto*: o mantra constantemente repetido pela doutrina e pela jurisprudência de que “não há problema em cumular sanções penais e administrativas”, pois “há a independência entre as instâncias”, não mais é absoluto e incontroverso. Sim, pois no atual cenário, em que direito penal caminha em direção ao direito administrativo e direito administrativo caminha em direção ao direito penal, por vezes ambas as instâncias acabam por se sobrepor, indevidamente³³.

Assim, a teoria e a prática revelam ser necessário – e urgente – estabelecer limites mais rigorosos e claros no âmbito punitivo do Estado (que engloba, naturalmente, direito penal e direito administrativo), inserindo essa tarefa no esforço de racionalização³⁴.

Há, por parte da doutrina, a tentativa de delimitar traços distintivos entre o direito penal e o direito administrativo. Há quem realize tal tentativa através a) das *funções* das duas instâncias, b) através das *sanções impostas* por ambas as instâncias, c) através da *autoridade* que as impõem e, ainda, d) através da distinção entre o *conteúdo material do ilícito* penal e administrativo³⁵.

33. A doutrina, ainda a passos lentos, vem demonstrando preocupação com esse ponto. Veja-se, por exemplo, o recente artigo de Gabriel S. Tosi, “A Lei Anticorrupção e os limites entre o direito penal e o direito administrativo sancionador”. In *Direito Penal Econômico e Empresarial: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*. FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloisa; WUNDERLICH, Alexandre (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 213.

34. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013, p. 131.

35. Veja-se, tão somente a título de exemplo, o excelente trabalho desenvolvido por Helena Regina Lobo da Costa: *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013; do excelente artigo de Fabio Roberto D’Avila: “Direito penal e Direito sancionador.

O *segundo pressuposto* possível de firmar é: para que a distinção possa guiar o esforço de racionalização que estabelece limites ao âmbito punitivo estatal, há que descartar as distinções realizadas através das *sanções impostas*, bem como das *autoridades* que lhes impõem. E por uma simples razão: tais distinções em nada limitam a escolha do legislador, *pois dela decorrem*.

Assim, a distinção deve ser feita, a um, através da cuidadosa análise do próprio *conteúdo material do ilícito* penal e administrativo³⁶ – como fez, classicamente, Goldschmidt, em seu célebre escrito denominado ‘Direito Penal Administrativo’; e como fez, atualmente, Fabio Roberto D’Avila, no artigo ‘Direito penal e Direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença’. – Ou, a dois, através da *função* do direito penal e do direito administrativo, na esteira das correntes funcionalistas. Apenas esses dois modos de realizar a distinção é que, efetivamente, pode significar uma racionalização e uma limitação à atividade legislativa.

Terceiro pressuposto: o direito administrativo é composto por diferentes atividades. Para que se realize a análise a respeito da eventual sobreposição indevida entre direito penal e direito administrativo, é necessário que se separe a função *sancionadora* de demais atividades desempenhadas pela administração pública³⁷, inclusive a função *disciplinar*.

Há, ainda, um *quarto pressuposto*, bastante patente. A doutrina brasileira, não bastasse todas as problemáticas acima mencionadas, mas ainda confrontada com leis recentes que são evidentes exemplares de leis com *natureza penal*, mas carimbo de *natureza diversa* – como a Lei n. 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção -, deveria estar demonstrando *maior preocupação* com o tema.

O mesmo se pode afirmar quanto à jurisprudência nacional, que insiste em se apegar ao clássico – e ultrapassado – mantra de que “não há ilegitimidade na cumulação de punições penal e administrativa, pois advém de instâncias independentes”. Veja-se, também a título exemplificativo, o AgRg no AREsp 606352/SP, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça

Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença.” In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 60, 2006, p. 9-35, e o artigo produzido por Sirlene Nunes Arêdes, “Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador.” In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 129, 2017, p. 435-477.

36. A tentativa de realizar tal distinção é uma discussão clássica no direito penal. Há defensores da distinção meramente qualitativa, defensores da distinção meramente quantitativa e, ainda, defensores da distinção qualitativa-quantitativa.

37. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013, p. 235.

(STJ), lavrado pela ministra relatora Assusete Magalhães, com data de julgamento em 10.02.2016.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), por outro lado, proferiu, já em março de 2014, decisão paradigmática sobre o tema, no caso que ficou conhecido como “Grande Stevens”. No caso, o Tribunal analisou o art. 4 do Protocolo n. 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que garante o direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez pelo mesmo fato. Reconheceu, o TEDH, que, sendo admitida a natureza *sancionatória* do direito administrativo italiano, as punições advindas do direito penal e do direito administrativo, tendo como origem a mesma conduta, violam a Convenção³⁸.

Assim, sem dúvida, são muitos os pontos que, nesse tema, merecem atenção e estudo aprofundado. Por ora, há que se reconhecer quão importante e indispensável é que a doutrina e a jurisprudência brasileiras se debrucem sobre o assunto, firmando novos pressupostos e desenvolvendo os já firmados, de modo a criar um sistema punitivo mais integrado e, conseqüentemente, menos excessivo e irracional.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo, cuja intenção é mais *provocativa* do que *esclarecedora*, demonstrou, inicialmente, que há uma intensa aproximação entre direito penal e direito administrativo. À medida em que o direito penal caminha em direção ao direito administrativo, cada vez mais se torna um direito penal *administrativizado*. Por outro lado, o direito administrativo, a cada passo dado em direção ao direito penal, se torna mais *sancionatório*.

As razões de tal força mútua de atração vão muito além do âmbito jurídico e envolvem, especialmente, questões econômicas e sociais. As linhas traçadas intentaram revelar de que modo a Sociedade de Risco, o capitalismo desenfreado, o neoliberalismo e sua constituição de subjetividades, o individualismo, o enfraquecimento da figura estatal e as demais características da (Pós) Modernidade contribuem para referida aproximação.

Então, passou-se a demonstrar, de modo não exaustivo, algumas das problemáticas conseqüências daí advindas. Tratou-se das técnicas de reenvio

38. SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Européia: uma releitura a partir do caso ‘Grande Stevens’ e os impactos na defesa da concorrência. In *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 2, 2014, p. 5-22.

da lei penal que guardam estrita relação com o direito administrativo – como as leis penais em branco, os elementos normativos do tipo e as remissões a atos administrativos concretos -, para, em seguida, pontuar as controvérsias que tais técnicas, quando confrontadas com os princípios clássicos do direito penal (em especial, o princípio da legalidade), acarretam.

Por fim, se desnudou a preocupação com a deturpação da função do direito penal, que se afasta da clássica noção de (última) tutela de bens jurídicos legítimos e passa, em razão da referida aproximação, a assumir as mesmas funções que direcionam o direito administrativo. E daí decorre problema de especial relevo, com o qual o presente estudo se encerrou: a sobreposição indevida entre direito penal e direito administrativo, que gera, em razão da cumulação de ambas as instâncias, um excesso punitivo.

É bem verdade que o presente trabalho consiste apenas nos primeiros passos desse último estudo. Mas, afinal, sempre haverá de haver os primeiros passos...

REFERÊNCIAS

- ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 46, 2004.
- ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 129, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e Alternativas à Administrativização do Direito Penal do Ambiente. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 92, 2011, p. 299-336.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DARDOU, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo: Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- D’Avila, Fabio Roberto. Direito penal e Direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 60, 2006.
- D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor. Notas conceituais e sistemáticas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 121. São Paulo.

- GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo. *Sociologia e Justiça Penal – Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, vol. 58, 2008.
- GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014.
- KNOPFHOLZ, Alexandre. Sociedade de Riscos e Poder de Polícia: da administrativização do direito penal ao fortalecimento do direito administrativo sancionador. In *Revista de Ciências Criminais*, vol. 15, 2011.
- LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Lisboa: Gradiva, 1989.
- SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Européia: uma releitura a partir do caso ‘Grande Stevens’ e os impactos na defesa da concorrência. In *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 2, 2014.
- TOSI, Gabriel S. A Lei Anticorrupção e os limites entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. In *Direito Penal Econômico e Empresarial: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*.
- FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- VEGA, Dulce María Santana. *El Concepto de Ley Penal en Blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

CRIMES DIGITAIS: UM CONTRIBUTO À COMPREENSÃO DAS NOVAS AMEAÇAS NA ERA DA INFORMAÇÃO

Andrey Henrique Andreolla¹

Fernando Vechi²

RESUMO: A presente pesquisa busca, em um primeiro momento, conceituar o histórico da internet, desde o seu surgimento e a sua vinda ao país, até as primeiras ameaças digitais existentes. Logo após, estabelecendo a atualidade como a era da informação, levanta questionamentos acerca do bem jurídico tutelado no crime considerado digital, o que culmina na discussão sobre a ofensa a bens já tradicionalmente protegidos ou a criação de novos bens jurídicos, sendo eles os dados e os sistemas de informação. O trabalho expõe, ainda, o conteúdo do Projeto de Lei 84/99, o qual buscava a tipificação de diversas condutas na seara digital, chegando à contemporaneidade desses crimes em solo nacional, e apresenta a Convenção de Budapeste – documento de maior força, atualmente, no cenário internacional, no que diz respeito à repressão de crimes realizados em ambientes virtuais. Por fim, estabelece o que se tem atualmente, na legislação pátria vigente, que pode ser considerado como crime digital. Neste estudo, foi utilizado o método analítico-descritivo, por meio da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção de Budapeste; Crimes Digitais; Era da Informação; Internet.

1. INTRODUÇÃO

A internet, por meio de suas diversas possibilidades, proporciona, hoje, um novo estilo de vida aos seus usuários. Já não se sai de casa sem um computador no bolso, que, além de efetuar ligações, também calcula, entra nas redes sociais, envia mensagens, serve como despertador e realiza transações bancárias, dentre diversos outros serviços que seus aplicativos proporcionam. A tecnologia, de fato, alterou a visão de mundo, deixando tudo mais perto e

1. Bolsista Integral de Pós-Graduação *Stricto Sensu* pela CAPES. Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada – URI – Campus de Erechim. Integrante do Grupo de Estudo e Pesquisa em Criminologia (PUCRS) e do Grupo de Pesquisa em Criminologia Latino-Americana (PUCRS). Advogado Criminalista. E-mail: andrey.henrique@live.com.
2. Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Mestrando do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Membro e pesquisador do Grupo de Criminologia Crítica Latino-americana e do Grupo de estudos e pesquisa em criminologia (GEPCRIM).

ao alcance de uma mão. Entretanto, também trouxe alguns aspectos negativos à convivência humana.

A criminalidade moderna caminhou junto à evolução tecnológica vivenciada pelo ser humano nos últimos anos. Dessa forma, os dados e a segurança da informação passaram a ser aspectos de preocupação pelos legisladores penais, em escala global. O quanto vale ou significa para alguém uma determinada foto arquivada em um computador, ou como será atingida a sua imagem se determinado vídeo erótico for subtraído de seu aparelho celular e espalhado nas redes sociais? Da mesma forma, qual é o valor do prejuízo financeiro auferido por uma inoperação de apenas um dia em um sistema que interliga e controla centenas de lojas da mesma empresa, no país inteiro?

Para buscar uma resposta a essas perguntas, o presente estudo irá buscar, desde as raízes da internet, como se realizaram suas primeiras conexões e qual foi a forma pela qual se deu a sua chegada em terras verde-amarelas. Adentrando na Era da Informação, irá explanar quais foram as primeiras ameaças digitais existentes – pouco nocivas, então, e de irrelevante preocupação como objetos de tutela por parte do direito penal -, até chegar à Convenção de Budapeste, maior documento de repressão à criminalidade no ambiente virtual hoje existente, e os seus objetivos internacionalmente estabelecidos. Serão apresentados, também, os sujeitos ativos dos delitos informáticos. Por fim, se percorrerá o caminho para explicar o que se buscava tipificar no Brasil em relação aos crimes digitais, além de apresentar, para exaurimento da pesquisa, qual é a atual situação desse tipo de criminalidade na vigente legislação repressiva nacional e o debate acerca do bem jurídico tutelado.

2. O SURGIMENTO DA INTERNET: CHEGADA À ERA DA INFORMAÇÃO

O primeiro computador, denominado ENIAC (*Electronic Numerical Integrator and Computer*), foi construído no ano de 1946 (WENDT, 2012), a pedido do exército norte-americano e desenvolvido pela Universidade de More, da Pensilvânia, pesando cerca de 30 toneladas e medindo por volta de 140 metros quadrados (CRESPO, 2011). Nota-se que até os primeiros anos da década de 1950, várias máquinas foram construídas; eram todas diferentes e artesanais (MANDEL; SIMON; LIRA, 1997). Outro fato importante, nessa retrospectiva histórica, foi a construção da chamada Agência de Investigação de Projetos Avançados (ARPA), que nasceu a partir da tensão criada

pela Guerra Fria, onde o conflito ideológico entre Estados Unidos e União Soviética encontrava seu ápice, de modo que qualquer triunfo era tido como um passo à frente na disputa pela dominação global (KLEINA, 2011).

A ARPA teve como finalidade a criação de um sistema de defesa à prova de destruição e também buscou acelerar o desenvolvimento tecnológico dos Estados Unidos, além de coordenar atividades relacionadas com o espaço e satélites (WENDT, 2012), e criou uma rede chamada ARPANET, que, de início, ligou quatro universidades, permitindo o compartilhamento remoto de informações e recursos (RIBEIRO, 1998). Dando continuidade ao seu crescimento, já conectava 38 computadores em 73 (MANDEL; SIMON; LIRA, 1997), não demorando muito a realizar sua primeira conexão internacional. Ela ocorreu em 1973, interligando Noruega e Inglaterra, sendo que em 1977 a ARPANET substituiu seu protocolo de comutação de pacotes de dados de *Network Control Protocol* (NCP) para *Transmission Control Protocol/Internet protocol* (TCP/IP). Em 1980, ela se disseminou pelos Estados Unidos, entre órgãos militares, universidades e governo, sendo que em 1986 passou a ser, finalmente, chamada de internet (WENDT, 2012).

O grande salto, entretanto, na utilização da internet, ocorreu com a criação da WWW (*World Wide Web*), pelo engenheiro Tim Berners-Lee, que criou também o HTML (*HyperText Markup Language*), além do protocolo HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*), transformando, assim, a internet em um grande sistema mundial público de redes de computadores (BARWINSKI, 2009).

Chega-se, então, à chamada Era da Informação: o período após a Era Industrial, surgido após a década de 1980, com as invenções do microprocessador, das redes de computadores, da fibra ótica e do computador pessoal (CRESPO, 2011). Sabendo-se das três grandes ondas econômico-sociais descritas por Alvin Toffler (1980), muitos autores contemporâneos reafirmam a sua previsão, de que a terceira onda seria quando o industrialismo formaria uma comunidade que iria interferir na maioria dos contatos sociais, indo, inclusive, além, declarando que o presente da atual sociedade se equipara a uma quarta ou quinta onda (BRITO, 2013).

Dessa forma, vive-se hoje uma era informatizada, e a análise das mudanças e as suas consequências, aí incluída a criminalidade, deve ser formulada a partir desse contexto atual, tendo em vista a parcela da sociedade que se desenvolveu e se convencionou denominar de *sociedade da informação* (BRITO, 2013).

2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERNET NO BRASIL

A chegada da internet no Brasil se deu, inicialmente, através da Bitnet, que foi uma rede de universidades criada em 1981 e que ligava a Universidade da Cidade de Nova York à Universidade de Yale, em Connecticut (ARRUDA, 2011). Em solo brasileiro, referida rede se conectou à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), ao Laboratório Nacional de Computação Científica (LNCC) e à Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em 1988 (WENDT, 2012).

A Rede Nacional de Pesquisa (RNP) foi criada em 1990 pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, objetivando implantar uma infraestrutura com abrangência nacional para os serviços de internet; em 1992, foi implementada a primeira rede conectada à internet, interligando as principais universidades brasileiras, sendo que os usuários conseguiam apenas trocar e-mails, e, em 1995 a internet foi disponibilizada para ser utilizada comercialmente no país (WENDT, 2012). Nessa mesma época, a RNP interligava onze capitais brasileiras, sendo uma novidade no país o aparecimento de organizações que passaram a agir localmente, em nível estadual (ARRUDA, 2011).

Ainda nesse período, foi criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil, objetivando traçar os rumos da implantação, administração e uso da internet no país. Entretanto, a utilização da internet ainda era precária e restrita, passando a ter mais adeptos ao longo do ano de 1996, quando os serviços foram melhorados e houve crescimento natural do mercado (MULLER, 2008).

Em 1998, o Brasil já ocupava o 19º lugar em número de servidores de hospedagem no mundo, sendo líder na América do Sul, ficando atrás apenas de Estados Unidos e Canadá no continente Americano (ARRUDA, 2011). Consolidava-se, assim, o uso da internet no país, sendo que, em 2016, ela já era utilizada por 58% da população brasileira – o que representa 102 milhões de pessoas conectadas à rede mundial de computadores nas terras tupiniquins (BOCCHINI, 2016).

3. CAPTURE-ME SE FOR CAPAZ: AS PRIMEIRAS AMEAÇAS DIGITAIS

Avançaram, no mesmo ritmo da evolução tecnológica, as ameaças praticadas por meio do computador. Na década de 60, um grupo de programadores

desenvolveu um jogo chamado *Core Wars*, que era capaz de se reproduzir cada vez que era executado, sobrecarregando a memória da máquina do outro jogador. Seus inventores também criaram o primeiro antivírus, chamado *Reeper*, com capacidade de destruir as cópias geradas pelo *Core Wars* (PCWORLD).

Em 1971, houve a criação do *Creeping Virus* (WENDT, 2012), tendo tal ameaça invadido a ARPANET e apresentando a seguinte mensagem aos usuários: *Eu sou o Creeper, capture-me se for capaz*³. Depois, em 1982, surgiu o *Elk Cloner* (ROHR, 2011), que atacava computadores e disseminava-se por meio de disquetes infectados.

O *Brain* foi criado por dois irmãos paquistaneses em 1986, e atingia o setor de inicialização do disco, causando lentidão nas operações e ocupando valiosos espaços de memória dos computadores infectados. Entretanto, não surgiu como uma ameaça, mas sim com a finalidade de detectar o uso não autorizado de determinado *software* médico que os irmãos haviam desenvolvido (QUINTO). Nesse mesmo ano, também surgiram os primeiros cavalos de Troia, a exemplo do *PC Write*, que se apresentava como uma versão de demonstração de um processador de textos até o momento em que era executado, quando, então, corrompia os arquivos do disco rígido do computador (WENDT, 2012).

O primeiro vírus para celular surgiu em 2004, chamado *Cabir*, que tinha como objetivo descarregar toda a bateria dos celulares infectados. Ele foi aperfeiçoado posteriormente e passou a ser denominado *Lasco* (BAIO; FERREIRA, 2012);

Por fim, importante se faz a ressalva de que o termo vírus de computador ainda não era utilizado, tendo sido ele escrito pela primeira vez em 1984, por Fred Cohen (WENDT, 2012), em um artigo chamado *Experiments with Computer Viruses*, ao qual fazia referência aos programas maliciosos, nocivos ao sistema como um todo.

4. A QUESTÃO DO BEM JURÍDICO

Devido às várias interferências que as transformações vivenciadas no mundo causam ao direito penal, é de se questionar se existem novos bens jurídicos que devam ser tutelados pela legislação repressiva. O debate quanto

3. Tradução livre feita pelos autores. A mensagem original que o *Creeping Virus* apresentava era *"I'm the creeper, catch me if you can!"*.

à existência dos bens jurídicos *dado e segurança da informação* será exposto a seguir, para que se possa ter melhor esclarecimento sobre o assunto.

Crespo (2011) entende que não se pode tratar de crimes digitais que apenas salvaguardem bens jurídicos tradicionalmente protegidos; ao serem consideradas condutas ilícitas por meio da informática, verifica-se a possibilidade de lesão a outros bens jurídicos, tais como os dados e a segurança dos sistemas de redes informáticas ou de telecomunicações.

Nesse sentido, importante se faz a análise realizada por Santos (2014, pp. 88-90):

A nova realidade social proporcionada pela informática introduziu espaços de convívio e esferas de virtualização que não apenas simulam a realidade, como também a substitui em diversos casos – como é possível verificar na transformação do armazenamento de informações – criou valores então desconhecidos ao indivíduo que, ao longo dos anos, assumiram importante relevo na vida cotidiana do ser humano. A emergência do ciberespaço é uma realidade, não há como negar, e, com a importância crescente que essa realidade assume, não pode mais o direito relega-la à segundo plano. Entendemos que, em virtude das mudanças jurídico-sociais desenvolvidas pelo incremento tecnológico, com a inserção da informática e da internet e a consequente mudança dos espaços de desenvolvimento pessoais, culturais e sociais, a informática assumiu importante papel na vida do homem. [...] As informações de uma empresa armazenadas em um dispositivo informático, as fotos pessoais de uma pessoa guardadas em seu celular ou mesmo o próprio sistema que exerce as operações de uma companhia elevam-se a categoria de valores dotados de dignidade penal e com consistência axiológico-jurídico-constitucional. A informação e a internet são uma realidade e as informações, os dados e o próprio sistema representam um valor necessário de proteção que deve ser assim reconhecido pelo Direito Penal. Nesse sentido, os crimes jurídicos que consideramos próprios da matéria dos crimes de informática e como tal devem ser analisados de acordo com as suas especificidades são o dado informático e o sistema informático. Todo crime que trata especificamente da matéria deverá tutelar esses bens. Verifica-se, dessa forma, que um delito que assuma a aparência de um crime informático, mas que, em realidade, trata-se de outra espécie de crime cujos meios para a sua consumação foi a informática, estar-se-á diante de um **crime de informática impróprio**. Apenas será um **crime de informática próprio** quando o bem jurídico em questão for o dado informático ou o sistema informático. (grifo nosso).

Brito (2013) segue o mesmo entendimento. Quando crimes como o estelionato, ameaça, extorsão ou os próprios atentados à dignidade sexual de menores passam a ser cometidos pela internet, o bem jurídico nesse caso pode

variar de acordo com o resultado produzido ou pretendido; estaríamos, então, diante dos delitos informáticos mistos ou impróprios. Em contrapartida, afirma o autor que vem ganhando espaço a tese que propõe a tutela jurídica específica de um novo bem, qual seja, a segurança informática, que se refere à integralidade, disponibilidade, confidencialidade das informações no ciberespaço, nos denominados delitos informáticos puros ou próprios, praticados exclusivamente no âmbito informático.

Entretanto, em posição diversa à referida criação de novos bens jurídicos, D'Ávila e Santos (2016) apontam, quanto aos crimes digitais considerados próprios, que a moderna teoria do crime como ofensa ao bem jurídico não é compatível com tal situação, pois tais novos bens tutelados defraudariam a necessária capacidade crítica do bem jurídico-penal.

Por isso, andam bem melhor as tentativas de identificar o bem jurídico a partir do valor que expressam ou resguardam os elementos informáticos sobre os quais recaem a ação. Os dados informáticos e o sistema informático consistem, sem dúvida, no objeto da ação e podem corresponder, simultaneamente, ao objeto do bem jurídico, isto é, à materialização do valor que a norma busca tutelar, mas definitivamente não são, em si, o bem jurídico. A carta de amor, a foto de família, o vídeo erótico produzido pelo próprio casal são dados do mundo carregados de intimidade, ponto de materialização de valores como a intimidade, a privacidade e a livre disposição da própria imagem. E diferente não é quando tais realidades se expressam por meio de dados informáticos, na forma de um e-mail ou de uma foto ou vídeo digitais. Logo, tanto o acesso a esses dados, como a sua destruição, danificação, subtração, constituem crimes contra esses mesmos valores, corporificados nos referidos dados. Em contrapartida, o resguardo de dados e sistemas informáticos de valor econômico, como os dados ou sistemas de uma empresa, são melhor localizados no capítulo dos crimes patrimoniais. Ataques reiterados a determinadas empresas virtuais que resultam no denominado denial of service (DoS), retirando a empresa do ar por algumas horas ou dias, são agressões de caráter fundamentalmente patrimonial e que podem gerar prejuízos gigantescos. E o mesmo parece ocorrer quando a ação de acesso ao sistema informático tem como objetivo, v. g., alcançar um determinado segredo industrial. Embora haja um elemento de confidencialidade em jogo, é o valor econômico do segredo que se sobrepõe (D'ÁVILA; SANTOS, 2016, p. 107).

Manifestam os autores (D'ÁVILA; SANTOS, pp. 107-108) o acerto do legislador espanhol, que andou bem em dividir os problemas de acesso ao sistema, interceptação ilegítima e interferência em dados em títulos diversos, dedicados, por um lado, à intimidade e à imagem e, por outro, ao patrimônio.

5. ENTRE HACKERS E CRACKERS: QUEM SÃO OS CRIMINOSOS DIGITAIS?

Sabendo-se que alguns crimes prescindem de um conhecimento informático específico para a ação, deve-se analisar quem são os sujeitos ativos dos crimes digitais aptos a realiza-los. É o que se busca no presente tópico.

Em um primeiro momento, fala-se dos *Hackers*, uma expressão genérica, podendo suas espécies variar conforme suas práticas. Referida expressão surgiu nos laboratórios de computação do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), onde estudantes passavam noites em claro em frente aos computadores delimitando o que se poderia fazer em referidas máquinas (CARNEIRO, 2012). Podem ser divididos em *White e Black hats* (formas de se referir aos bons e maus *hackers*, ou seja, aqueles que possuem práticas voltadas para o bem e os que cometem ações delituosas; o termo provém dos antigos filmes de caubói, onde o herói trajava chapéu branco e, os vilões, chapéu preto) (CRESPO, 2011).

Os *crackers* podem ser considerados os verdadeiros criminosos da rede, pois se divertem com destruições de sites e suas repercussões na imprensa. São também ladrões, pois valem-se da internet para roubar dinheiro e informações. Eles “quebram” um sistema de segurança, invadindo (CRESPO, 2011).

Os *Carders* são responsáveis por criar, adquirir, vender e trocar os dados relativos aos cartões de crédito alheios ou gerados por programas de computador; são verdadeiros estelionatários da *web* (CRESPO, 2011).

Lammers são aqueles que se denominam *hackers*, dizendo que são *experts* em informática, apesar de não terem conhecimentos específicos sobre o assunto. São os novatos deslumbrados. Assim, são considerados imaturos e irritantes, sendo insultados e depreciados pelos *hackers* (CRESPO, 2011). Já os *wannabes* querem ser especialistas, mas não o são. São aqueles que já aprenderam um pouco sobre *hacking*, porém, não estão aptos a praticar grandes feitos. Conforme ensina Crespo (2011, p. 97), “já fazem o que aprenderam com competência. Diferenciam-se *lammers* por terem mais consciência do que são capazes de fazer”.

Os *Phreakers* são os especialistas em telefonia, e utilizam engenharia reversa do sistema telefônico de tons para rotar chamadas de longa distância gratuitas. Usam, também, geradores de tons que tinham a forma de caixas azuis, as *blue boxes* (ROHR, 2010). Não somente escutam conversas alheias, mas realizam ligações sem pagar a conta, que vai para qualquer outra pessoa com telefone da operadora que burlaram (CRESPO, 2011).

6. O 11 DE SETEMBRO E A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE

Em 23 de novembro de 2001, ocorreu a Convenção sobre o Cibercrime na cidade de Budapeste, logo após o atentado terrorista do dia 11 de setembro, nos Estados Unidos. Tal documento sugeriu a uniformização da legislação penal pelo mundo e os mecanismos e instrumentos de colaboração na luta contra a criminalidade no ambiente virtual – após investigações, descobriu-se que os terroristas comunicaram-se entre si por meio do rasquinho de uma caixa de correio eletrônico; como as mensagens não foram enviadas, não houve como o serviço de inteligência do Pentágono efetuar uma interceptação destas (BRITO, 2013).

Pode-se afirmar que o único instrumento internacional multilateral referente à legislação sobre crimes digitais é a Convenção de Budapeste. O Brasil, embora tenha vários dispositivos legais que correspondam às suas tipificações, não é signatário de tal documento, embora a pressão internacional para que o país assine a Convenção já é reconhecida pelo Poder Legislativo (BRITO, 2013).

O Conselho da União Europeia bem como os Estados signatários destacaram como principais objetivos da Convenção sobre os crimes digitais: (i) a uniformização dos tipos penais referentes aos crimes de informática pelos Estados signatários; (ii) definição dos conceitos e preceitos fundamentais, elencando as principais terminologias e uniformizando os principais conceitos para melhor interpretação e debate; (iii) tentativa de implementação de um sistema de cooperação internacional para persecução desses crimes. Referido Conselho também confirma a preocupação de que as novas tecnologias podem ser e vêm sendo utilizadas para a prática de delitos, não como uso exclusivo de pessoas bem intencionadas, além de manifestar apreensão quanto à obtenção e manutenção das provas dos ilícitos praticados nesse ambiente (BRITO, 2013).

É de se ressaltar, ainda, a recomendação, pela Convenção, da punição pela tentativa, ajuda ou encorajamento ao cometimento de determinadas condutas na seara digital.

7. O PROJETO DE LEI 84/99

Tramitava, no Brasil, o Projeto de Lei 84/99 (PL 84/99), que previa a incriminação de alguns tipos de crimes digitais. Tal projeto foi transformado na Lei 12.735/12, que, apenas, prevê de maneira genérica, em seu artigo

4º, que as polícias deveriam se estruturar para combater os crimes digitais, e em seu artigo 5º a possibilidade de, quando houver discriminação em rede nacional de atos discriminatórios, estes podem ser cessados pelo judiciário. Os principais crimes digitais que eram, então, tipificados no PL 84/99, mas que não se realizaram, serão expostos a seguir.

Por *engenharia social* ou *phishing* entende-se a utilização de um conjunto de técnicas destinadas a ludibriar a vítima, de forma que ela acredite nas informações prestadas e se convença a fornecer dados pessoais, pelos quais o criminoso tenha algum tipo de interesse (WENDT, 2012). É, portanto, um meio para conseguir informações sigilosas, mediante um artifício ardil, quando o agente persuade o usuário inocente, e este cede a informação pretendida, acreditando estar fazendo algo rotineiro como o preenchimento de um formulário (CRESPO, 2011).

Quanto ao crime de *obtenção e transferência ilegal de dados*, tem-se que o acesso ao sistema informático pode ser um meio para a prática de outros delitos, sendo um deles a obtenção não autorizada de dados ou informações. Desta forma, até mesmo por meio de um *spyware*⁴ pode se dar tal obtenção. Há, ainda, programas espíões, que podem ser encontrados por meio de diversas formas. Uma delas são os *cookies*⁵, que, usados de forma negativa, podem espionar as práticas do usuário, inclusive quanto a atividades confidenciais ou protegidas pela intimidade (CRESPO, 2011). Fala-se, ainda, no chamado Cavalo de Troia, ou *trojan horses*, programas modernos, que aparentam ter utilidade, mas trazem escondidos em si alguma função invasiva que possibilita o cometimento de atividades prejudiciais aos usuários de um computador, inclusive a coleta e envio de dados privados (CRESPO, 2011). Por fim, cita-se os chamados *keyloggers*, que captam teclas digitadas no teclado do computador ou virtual, e são de extrema valia para a obtenção de senhas de contas bancárias ou cartões de créditos, ou ainda a desnudar acesso a sistemas até então protegidos (CRESPO, 2011).

Objetivava-se, também, tipificar os *vírus*, que são programas como todos os outros, com a diferença residindo no fato de que, enquanto os programas comuns buscam um aumento de produtividade no ambiente de trabalho,

4. Programa que rastreia informações do usuário contidas em seu computador, como os sites que costuma visitar.

5. Arquivo que guarda informações trocadas entre navegador e servidor de modo a prover rapidez ao acesso informático, o que se dá pela desnecessidade de digitar alguns dados quando novamente houver acesso a uma determinada página.

eles tentam atravancar, dificultar o seu funcionamento (CRESPO, 2011).

Outra situação que encontrava descrição no PL 84/99 era o *spam*, também chamado de lixo eletrônico, que nada mais é do que os *e-mails* enviados para um grande número de pessoas, com conteúdo comercial e tendo seu aspecto direcionado a alguma propaganda; assim, *spams* estão diretamente associados a ataques à segurança da Internet e do usuário, sendo um dos grandes responsáveis pela propagação de códigos maliciosos, disseminação de golpes e venda ilegal de produtos (CERT). Era uma figura típica que coibia a divulgação, utilização, comercialização ou ainda a disponibilização de informações pessoais contidas em sistema informático, com fins distintos daquele que motive o registro. Desta forma, o objeto jurídico a ser tutelado em tal figura típica faria referência aos usuários que fazem cadastros nas mais variadas páginas da rede e que não queiram o abuso dessas informações, legitimando, assim, a intervenção penal (CRESPO, 2011).

Por fim, existia a figura do *dano informático*, dando-se no sentido de que os dados informáticos podem ser danificados basicamente de duas formas: com a destruição ou danificação da mídia que os arquiva ou com o uso da informática. No primeiro caso, há o crime de dano, conforme o artigo 163, do Código Penal vigente; entretanto, sendo a danificação causada por meio informático, como a contaminação de vírus ou algo semelhante, não se falaria no uso do Código Penal, e essa nova tipificação viria a suprir o espaço deixado por essa lacuna (CRESPO, 2011).

8. CRIMES DIGITAIS NO BRASIL: CLASSIFICAÇÃO CONFORME A DOCTRINA MAJORITÁRIA

8.1. CRIMES DIGITAIS IMPRÓPRIOS

Tais crimes são aqueles já tipificados no ordenamento pátrio, praticado, porém, com um *modus operandi* diverso.

A *ameaça*, prevista no art. 147, do Código Penal, por exemplo, pode se dar ao “enviar e-mails ou publicar em redes sociais dizeres como ‘vou te pegar’, ‘pode reservar uma vaga no cemitério’” (CRESPO, 2011, p.88), dentre outros tipos de formulações que visem intimidar alguém.

A *participação em suicídio*, prevista no art. 122 do *Codex* repressivo, pode se dar da por meio de pessoas que criem comunidades em redes sociais com dicas e fórmulas de como tirar a própria vida, ou, ainda, quando relacionam-se

com outras e empregam expressões como “o mundo seria melhor sem você” (CRESPO, 2011). Um exemplo recente dessa situação é o chamado jogo da Baleia Azul (SILVA, 2017), onde a pessoa se vê diante de 50 desafios, que culminam em seu suicídio na última etapa das provas que deve realizar.

A *incitação e apologia ao crime* (artigos 286 e 287 do Código Penal) também se mostra em comunidades onde pessoas destinem o conteúdo de forma a criar preconceitos mediante agressões a outras pessoas, ou mesmo que induzam ao consumo e/ou tráfico de drogas (CRESPO, 2011).

Falsa identidade e falsidade ideológica, podem se realizar por meio de perfis falsos, conhecidos por *fakes*, ou seja, pessoas que se passam por outras. Entretanto, o simples perfil baseado em personagens ou avatares não tipifica o crime, apenas se tal situação se dê em vista de prejudicar outrem (CRESPO, 2011).

Também, pode-se falar acerca da *violação de direitos autorais, uso indevido de marcas e piratarias de softwares*. Nesse sentido,

Aqui é que se encontra a pirataria, que é o ato de copiar ou vender produto não autorizado pelo detentor dos direitos. Não só a pirataria, mas também o uso de marcas e documentos encontrados com auxílio da internet pode configurar o crime. [...] Não é o fato de algo estar disponível na internet que signifique que seja público e que possa ser usado por qualquer pessoa, sem citação da fonte, do autor. Assim, é crime violar direitos de autor de programa de computador, bem como a venda, aquisição, exposição à venda, o depósito ou a ocultação, para fins de comércio, de original ou cópia de programa de computador. É o que dispõe a lei 9.609/98 (CRESPO, 2011, p. 89).

Além do mais, os *crimes contra a honra*, previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal, são comuns no ambiente da internet. A calúnia, pode se realizar em um *chat*, espalhando e-mails ou publicando em redes sociais determinados abusos sexuais de uma pessoa contra outra, ou mesmo um alguém determinado desviou verbas da empresa que trabalhava (CRESPO, 2011). Já a difamação se dá, por exemplo, quando, “em ambiente de rede social ou espalhando e-mails alguém diz que é comum ver determinada pessoa drogando-se ou prostituindo-se” (CRESPO, 2011, p. 91). E, por fim, acerca da injúria, esta também pode ser dar por envio de e-mails ou até mesmo comentários em redes sociais descrevendo ou comentando características de outra pessoa, chamando-a de gorda, vaca, babaca, etc. (CRESPO, 2011).

Quanto à questão do crime de *racismo*, este é previsto pela Lei 7.716/89, referindo-se, tal documento, à prática, indução ou incitação de discriminação

ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, mas de forma geral, não individualizada. Além do mais, a lei também prevê condutas como o impedimento de acesso a lugares públicos, empregos, meios de transporte, bares, restaurantes, etc., quando, também, por conta de preconceito de raça, cor, religião ou procedência nacional. Logo, comunidades que disseminem tal ideia podem se enquadrar nos crimes da mencionada lei (CRESPO, 2011).

8.2. CRIMES DIGITAIS PRÓPRIOS

Primeiro, passar-se-á a analisar as tipificações previstas no Código Penal.

O artigo 153 do *Codex* repressivo, em seu parágrafo 1º-A, censura a conduta de divulgar informações sigilosas ou reservadas, de forma física ou ainda em sistema de informação.

Já os tipos contidos no artigo 154-A, do Código Penal, foram introduzidos ao referido diploma legal por meio da Lei 12.737/12, conhecida também como Lei Carolina Dieckmann (OLIVEIRA JUNIOR, 2012). Para que se realize o tipo contido no artigo 154-A, é necessária que a invasão ocorra em dispositivo alheio, com alguma espécie de mecanismo de segurança e sem o consentimento do proprietário, além do agente dever possuir o dolo com especial fim de obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações, não se admitindo a forma culposa (SANTOS, 2014).

O parágrafo 1º do artigo em discussão equipara ao crime em tela a produção, oferta, distribuição, venda ou difusão de dispositivo ou programa de computador, ou seja, um crime vinculado à conduta originária que se dá, também, por meio da invasão mediante violação indevida de mecanismo de segurança (BITENCOURT, 2016). Destarte, todas essas condutas tem o objetivo comum de possibilitar a prática da conduta definida no *caput*, mas a criminalização se justifica porque visa coibir a utilização do dispositivo ou programa com o intuito de permitir a ação. Logo, não só a invasão do dispositivo informático constitui crime, mas também todos os comportamentos mencionados, porque têm o objetivo de facilitar essa invasão e, de uma forma mais sofisticada, isto é, com a utilização de dispositivo ou programa de computador que, logicamente, facilita a invasão criminalizada (BITENCOURT, 2016).

O parágrafo 2º traz uma majorante prevista somente às figuras descritas no *caput* e no parágrafo 1º, quando ocorre prejuízo econômico, limitando, assim, a natureza do prejuízo que majora a pena aplicada. Conforme Bitencourt (2016), tal limitação é válida, uma vez que o prejuízo moral, afetivo e

íntimo são decorrências naturais das condutas tipificadas, representando sua própria consequência.

Já o parágrafo 3º do ainda em estudo artigo 154-A traz as figuras qualificadas do crime em tela, de acordo como resultado que este produz. Qualifica-se o tipo quando da invasão resultar obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas ou ainda o controle remoto não autorizado de dispositivo invadido. Tais situações são majoradas pelo parágrafo 4º, o que ocorre sempre que houver a divulgação, comercialização ou transmissão a terceiros, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos, se o fato não constituir crime mais grave. Na visão de Bitencourt (2016), tal majorante constitui o simples exaurimento do crime qualificado.

Aos crimes previstos no artigo estudado (154-A), as penas aumentam-se de um terço à metade em caso do tipo ser praticado em detrimento de autoridades públicas.

A lei 12.737/12 acrescentou ainda, ao artigo 266, do Código Penal, dois parágrafos, pretendendo, de tal forma, resguardar o serviço telemático ou de informações de utilidade pública. Conforme Santos (2014, p. 27), “o objeto de proteção desse delito, diferente do crime de interferência de dados, não é a integridade dos dados informáticos em si, mas o seu adequado processamento”. Explicam, ainda, Vianna e Machado (2013), que a integridade dos dados permanece inviolada; o sistema, porém, torna-se inoperante, não sendo mais possível acessá-lo. Por fim, quanto às alterações relevantes da lei supracitada, impõe-se necessária a observação quanto à alteração por ela feita do artigo 298, do Código Penal, a qual tipifica a conduta da falsificação do cartão de crédito ou débito.

Importante, ainda, para fins de exaurimento do presente tópico, relacionar os crimes funcionais ligados à seara digital.

Neste sentido, o artigo 313-A, do Código Penal, tipifica a conduta que deverá ser praticada por funcionário autorizado que vise obter vantagem ilícita ou causar dano, quando inserir ou facilitar a inserção de dados falsos em sistemas de informações, ou ainda alterar ou excluir referidos dados. O dispositivo seguinte, 313-B, traz a modificação ou alteração dos dados por funcionário, sem mencionar, entretanto, a palavra *autorizado*, mantendo em aberta tal questão sobre qual seria o funcionário que poderia praticar determinado

crime. Além do mais, percebe-se a semelhança entre os dois em sua descrição, mas a diferença da pena de ambos, uma vez que o primeiro chega ao patamar máximo de doze anos, enquanto o último, ao de três.

Ainda, o artigo 325, do mesmo Diploma Legal, trata da violação do sigilo funcional, sendo que, na mesma pena de seu *caput*, incorre quem permite ou facilita o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informação ou banco de dados da Administração Pública, ou, ainda, se utilize indevidamente do acesso, quando restrito.

Já no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente -, pode-se observar o desdobramento dos artigos 240 a 241-D.

No artigo 240, está tipificada a conduta de quem produz, reproduz, dirige, fotografa, filma ou registra, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente. Em seu parágrafo, equipara tal conduta a quem agencia, facilita, recruta, coage ou intermedeia a participação da criança e do adolescente em referidas cenas.

O artigo 241-A, nos incisos de seu parágrafo 1º, incrimina a conduta de quem oferece, troca, disponibiliza, transmite, distribui, publica ou divulga, por qualquer meio, qualquer registro contendo cena pornográfica ou de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes, equiparando, no mesmo tipo, quem armazena ou assegura os meios para tanto e, inclusive, quem assegura o acesso, de forma dolosa, a determinado intento. O parágrafo 2º, por conseguinte, incrimina a conduta de quem, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso a tal conteúdo. Ou seja, as empresas de internet não respondem, conforme o entendimento do referido parágrafo, de forma objetiva; é necessária a notificação e, na inércia, haverá o crime.

O artigo 241-B tipifica a conduta de quem adquire, possui ou armazena, por qualquer meio, qualquer forma de registro envolvendo cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo crianças ou adolescentes. Em seus parágrafos, estabelece uma causa de diminuição, quando o material é de pouca quantidade, e afirma que não há crime se os registros apreendidos forem com a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência dos delitos dos artigos 240, 241, 241-A e 241-C do ECA, mas apenas se tal comunicação for feita por pessoas específicas (agente público, membro de entidade com o fim de recebimento e encaminhamento dos crimes referidos no parágrafo 2º, do art. 241-B, ou representantes legais de provedores de acesso ou de serviços

de rede de computadores até o recebimento do material pela polícia, pelo Ministério Público ou pelo Judiciário). Conclui informando a necessidade de sigilo sobre tais materiais.

O artigo 241-C tipifica a conduta de simular a participação de criança ou adolescente por meio de adulteração, montagem, modificação de foto, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual. Pune, por exemplo, o *mangá*⁶, quando ali insere a criança e a pornografia infantil.

O artigo 241-D, por fim, traz o aliciamento, assédio ou constrangimento, por qualquer meio de comunicação, de criança ou adolescente com o fim de com ela praticar atos libidinosos. Seus incisos equiparam a conduta ao que facilita ou induz o acesso da criança aos materiais contendo cenas de sexo explícito ou pornografia infantil, com fim de com ela praticar atos libidinosos, assim como quem pratica as condutas do *caput* com o intento de induzir a criança ou o adolescente a se exibirem de forma sexualmente explícita.

Também, encontram-se diversos crimes digitais em leis esparsas.

A Lei 12.735/12 aprovou, em seu texto legal, apenas quatro artigos. Torna-se relevante, ao presente estudo, a exposição dos artigos 4º e 5º. No artigo 4º, há a garantia de que as polícias deveriam se estruturar para combater crimes digitais. No 5º, está a possibilidade de, quando houver crime de preconceito ou discriminação e tal se der em grande procedência, sendo veiculado por meio de transmissões televisivas, eletrônicas, radiofônicas ou publicações por qualquer outro meio, o judiciário ordenar a cessação de referida atividade.

A Lei 8.137/90 incrimina a conduta de quem tem, tem ou divulga que possui um programa de processamento de dados que auxilie na realização de Caixa 2. Entretanto, a lei não incrimina a conduta de quem cria o referido programa.

Já no artigo 195, inciso II, da Lei 9.279/96, é tipificada a fraude para desviar a clientela de outras pessoas, ou seja, o crime de concorrência desleal por meio da falsa informação, com o fim de obter vantagem sobre outrem.

Conhecida como Lei das Eleições, a Lei 9.504/97, em seu artigo 72, nos incisos I, II e III, traz como crimes puníveis a obtenção de acesso a sistema de dados a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos, o desenvolvimento ou a introdução de algum programa de computador que apague, elimine,

6. Mangá é o nome dado para as histórias em quadrinho japonesas, que são caracterizadas por serem lidas da direita para a esquerda, ao contrário das convencionais HQ's ocidentais.

altere, grave ou transmita alguma instrução que modifique o resultado final, e, também, a ocorrência de dano proposital a equipamento usado na votação ou na totalização dos votos ou de suas partes.

A inviolabilidade das comunicações em geral é direito fundamental, estabelecido pela Constituição Federal. Entretanto, tal inviolabilidade não é absoluta, e a Lei 9296/96 regulamenta as interceptações telefônicas, autorizando, ainda, a interceptação de comunicação em sistemas de informática e telemática. Assim sendo, ela prevê no seu art. 10, como crime, o fato de alguém realizar a interceptação telefônica, telemática ou informática sem autorização judicial ou em desconformidade com a lei (CRESPO, 2011).

Assim sendo, a coibição à conduta de interceptação ilegal de dados em sistemas informáticos ou telemáticos se dá em vista de que cada vez mais utiliza-se e depende-se daqueles meios de comunicação para as relações diárias, pessoais ou profissionais. Em referido caso, o bem jurídico tutelado pela norma é o *dado informático*, entretanto, nota-se, de forma diversa do artigo 154-A do Código Penal, quanto ao acesso dos dados, este ocorreu durante “sua transmissão/transferência, de um sistema informático para outro. Não há acesso indevido ao sistema propriamente, nem violação de qualquer mecanismo de segurança” (SATOS, 2014, p. 25).

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto inicial para que se realizassem os primeiros avanços tecnológicos no sentido do presente trabalho se deram em vista da Guerra Fria, entre Estados Unidos e União Soviética. Não demorou a aparecer a ARPANET e as primeiras conexões que com ela se fizeram, culminando, em 1980, no que passou a se chamar de *internet*.

Nesse período, se deu a entrada da sociedade na Era da Informação, e a criminalidade avançou com ela, no mesmo ritmo de cada avanço tecnológico realizado pelo ser humano. O que antes eram ameaças irrelevantes para o direito penal, passou a ser objeto de maior preocupação ao longo do tempo, visto os prejuízos que era potencialmente capaz de causar. Passaram a aparecer em cena as várias ramificações dos criminosos digitais, ou seja, aqueles sujeitos com habilidades específicas que possuem o potencial necessário para realizar certos tipos de crimes no meio virtual.

Em vista desse novo cenário, houve a criação da Convenção de

Budapeste, documento internacional de maior força, atualmente, ao combater à criminalidade praticada pelos meios informáticos. Em que pese o Brasil não seja signatário da Convenção, muitos dispositivos existentes na legislação repressiva nacional coadunam com o que é tipificado em referido documento.

Entretanto, há dissenso na doutrina brasileira quanto à questão do bem jurídico: se, de fato, a Era da Informação traz novos paradigmas capazes de ensejar uma proteção por meio do direito penal, tendo o dado e o sistema de informação como bens jurídicos penalmente tuteláveis, ou se estes são meros objetos de bens já tradicionalmente protegidos, como a honra, a intimidade, a imagem e o patrimônio.

Ao findar o presente estudo e expor um panorama acerca da atual situação dos crimes digitais, uma coisa é certa: há preocupação, tanto no cenário nacional, quanto no internacional, relacionada a esse novo meio pelo qual a criminalidade pode executar seus feitos e atingir seus objetivos. Um agente mal intencionado, em qualquer país, pode causar prejuízos materiais ou pessoais a um terceiro que se encontre há milhares de quilômetros de distância. A resolução para o problema? Percebe-se, de maneira comum, uma resposta semelhante: o aumento da legislação repressiva em face desse tipo de criminalidade que cresce dia a dia, alcançando níveis globais de abrangência.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA, Felipe. 20 anos de internet no Brasil: aonde chegamos? **TecMundo**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/internet/8949-20-anos-de-internet-no-brasil-aonde-chegamos-.htm>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.
- BAIO, Cintia; FERREIRA, Lilian. Primeiro vírus para celular é de 2004 e vem das Filipinas. **UOL Tecnologia**. Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/proteja/ultnot/2008/01/23/ult2882u35.jhtm>> . Acesso em: 24 de abril de 2017.
- BARWINSKI, Luísa. A World Wide Web completa 20 anos, conheça como ela surgiu. **TecMundo**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/historia/1778-a-world-wide-web-completa-20-anos-conheca-como-ela-surgiu.htm>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa**. 16. ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOCCHINI, Bruno. **Pesquisa mostra que 58% da população brasileira usam a internet**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2016-09/pesquisa-mostra-que-58-da-populacao-brasileira-usam-internet>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.
- BRITO, Auriney. **Direito Penal Informático**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARNEIRO, Adenele Garcia. Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529>. Acesso em 25 de abril de 2017.
- CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

- D'ÁVILA, Fábio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Direito penal e criminalidade informática. Breves aproximações dogmáticas. In.: **Revista Duc In Altum** – Cadernos de Direito, Faculdade Damas, vol. 8, nº 15, mai-ago. 2016.
- KLEINA, Nilton. A história da internet: pré-década de 60 até anos 80. **TecMundo**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/infografico/9847-a-historia-da-internet-pre-decada-de-60-a-te-anos-80-infografico-.htm>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.
- MANDEL, Arnaldo; SIMON, Imre; LYRA, Jorge L. Informação: Computação e Comunicação. **Universidade de São Paulo**. Disponível em <<https://www.ime.usp.br/~is/abc/abc/abc.html>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.
- MULLER, Nicolas. O começo da internet no Brasil. **Oficina da Net**. Disponível em: <https://www.oficinadonet.com.br/artigo/904/o-comeco_da_internet_no_brasil>. Acesso em: 24 de abril de 2017.
- OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. **Jusbrasil**. A nova lei Carolina Dieckmann. Disponível em: <<https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823244/a-nova-lei-carolina-dieckmann>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.
- PCWORLD. **A epidemia via internet**. Disponível em: <<http://www.cin.ufpe.br/~rdma/documentos/revistaPCWORLDseguranca.pdf>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.
- QUINTO, Ivanilton. A história dos vírus de computador – Pragas virtuais completam 25 anos. **Rotina digital**. Disponível em: <<http://rotinadigital.net/a-historia-dos-virus-de-computador-pragas-virtuais-completam-25-anos/>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.
- RIBEIRO, Ligia Maria. **A história da internet**. Disponível em: <<http://paginas.fe.up.pt/~mgj97018/historia.html>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.
- ROHR, Altieres. Conheça os especialistas em 'brincar' com a telefonia, os *phreakers*. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2010/05/conheca-os-especialistas-em-brincar-com-telefonia-os-phreakers.html>>. Acesso em: 25 de abril de 2017.
- ROHR, Altieres. Primeiro vírus de PCs, "Brain" completa 25 anos. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/01/primeiro-virus-de-pcs-brain-completa-25-anos.html>> . Acesso em 24 de abril de 2017.
- SANTOS, Daniel Leonhardt dos. **Crimes de informática e bem jurídico-penal: contributo à compreensão da ofensividade em direito penal**. 2014. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre: 2014.
- SILVA, Claudia Carvalho. **Público**. O que é, afinal, o jogo suicidário Baleia Azul? Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/04/28/sociedade/noticia/perguntas-respostas-sobre-o-jogo-suicidario-baleia-azul-1770413>>. Acesso em: 30 de abril de 2017.
- TOFFLER, Alvin. **A terceira onda: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.
- VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. **Crimes informáticos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- WENDT, Emerson. **Crimes cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação**. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL COM O TPI: LIMITES CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS PARA A ENTREGA (*SURRENDER*)

Eduardo de Oliveira Soares Real¹

Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa²

RESUMO: *Surrender* é um mecanismo de cooperação penal internacional instituído pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), que é a entrega de uma pessoa por um Estado Parte do Estatuto ao TPI, em substituição ao tradicional procedimento de extradição. O objetivo do presente artigo é explorar, introdutoriamente, as limitações constitucionais e convencionais ao instituto da entrega, uma figura singular no âmbito da cooperação internacional em matéria penal que usualmente sequer é tratada dentre as hipóteses de auxílio mútuo. Em sua primeira seção, o estudo salienta que as medidas de cooperação penal internacional em matéria penal estão circunscritas por limitações de ordem constitucional e convencional, e que além disso devem respeitar as normas de *ius cogens*. Neste particular, joga um papel fundamental um conceito central em relações interjurisdicionais: a reserva de ordem pública. A segunda seção apresenta o instituto da entrega e sua concepção como um mecanismo de cooperação vertical, assim concebido internacionalmente para distinguir-se da extradição, um tradicional mecanismo de cooperação horizontal. Como referencial de ocorrência dessa modalidade de cooperação para o Brasil, é apresentado o Caso Al-Bashir, o qual demonstrou ser necessário discutir diversas questões relacionadas a entrega no contexto do sistema de fontes que vinculam a jurisdição brasileira. Em sequência, a terceira seção demonstra a necessidade de o instituto da entrega respeitar a uma espécie de teoria geral da cooperação internacional, que condiciona o seu exercício a um conjunto de fontes, nacionais e internacionais, de diferentes intensidades normativas, sem as quais não se estabelece validamente o seu exercício. Por fim, conclui-se que a entrega, a despeito de concebida em um sistema de cooperação vertical, especialmente para “driblar” o instituto da extradição, não está materialmente desvinculada de um conjunto de garantias que condicionam o exercício do poder punitivo estatal sempre que houver a intervenção da jurisdição brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: *surrender*; entrega; cooperação penal internacional.

1. Mestrando em Direito e Justiça Social no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Membro do Grupo de Estudos de Política Migratória e Direitos Humanos da Universidade Católica de Pelotas (GEMIGRA).
2. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG) e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (PPGDJS/FURG).

1. INTRODUÇÃO

Não se deve menosprezar a potencia teórica do instituto do *surrender* (entrega) a despeito de sua ainda incipiente ocorrência no contexto dos atos de cooperação penal internacional, especialmente para o Brasil. É que o *surrender* foi concebido como um mecanismo “mais direto” de cooperação, para “driblar” eventuais barreiras de um processo extradicional, e se aplica a crimes muito graves, somente aqueles de competência do Tribunal Penal Internacional – TPI. Por isso, conhecer a que condicionantes fundamentais se submete o *surrender*, no contexto do conjunto de fontes que orientam a cooperação em matéria penal no Brasil, é relevante não só porque constitui um esforço de identificação dessa espécie de relação cooperativa, mas também – e especialmente –, porque joga luz sobre todos os demais mecanismos de cooperação.

Surrender é um mecanismo de cooperação penal internacional instituído pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), que consiste na entrega de uma pessoa por um Estado Parte do Estatuto de Roma ao Tribunal Penal Internacional, para fins de processo e julgamento ou execução penal internacional.

O objetivo do presente artigo é explorar, introdutoriamente, as limitações constitucionais e convencionais ao instituto da entrega, uma figura singular no âmbito da cooperação internacional em matéria penal que usualmente sequer é tratada dentre as hipóteses de auxílio mútuo.

A primeira parte do artigo irá trazer o conceito de cooperação jurídica internacional em matéria penal, as diversas correntes sobre a obrigação de cooperar, as diversas maneiras de se classificar a cooperação internacional jurídica em matéria penal e a aplicação dos direitos humanos e fundamentais. Neste particular, explorar-se-á um conceito central em relações interjurisdicionais: a reserva de ordem pública.

A segunda parte do artigo tratará da origem do instituto da entrega e as suas características peculiares: um mecanismo de cooperação vertical, assim concebido internacionalmente para distinguir-se da extradição, um tradicional mecanismo de cooperação horizontal. Também serão apontadas questões esboçadas pela jurisprudência brasileira acerca do instituto da “entrega” no Caso Al-Bashir.

A terceira parte do trabalho abordará a necessidade de o instituto da entrega respeitar a uma espécie de teoria geral da cooperação internacional,

que condiciona o seu exercício a um conjunto de fontes, nacionais e internacionais, de diferentes intensidades normativas, sem as quais não se estabelece validamente o seu exercício. Além disso, será debatido a questão da regulamentação do instituto da entrega no Brasil.

2. ESTRUTURA FUNDAMENTAL DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

2.1. COOPERAR OU NÃO COOPERAR? EIS A QUESTÃO

A cooperação jurídica internacional em matéria penal é um instrumento de grande relevância para o Direito Penal Internacional, podendo-se conceber que se trata de uma condição *sine qua non* de sua própria existência. Enquanto a jurisdição territorial desenvolve-se naturalmente sem cooperação – requerida somente em exceção –, no caso da jurisdição internacional sua funcionalidade está vinculada à cooperação, porque ela é não territorial por definição.

A cooperação internacional é usualmente descrita e compreendida como “o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um *Estado estrangeiro*” (ARAÚJO, 2008, p.278, grifamos). Nesta linha, mas já com foco em matéria penal, Denise Abade das Neves (2013) a compreende como o conjunto de medidas e mecanismos pelos quais os *órgãos responsáveis dos Estados* requerem e fornecem auxílio mútuo para efetivar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que importem à jurisdição estrangeira no âmbito criminal. Essa é, também institucionalmente, o modo como a cooperação é compreendida pelos órgãos brasileiros que conduzem centralmente a cooperação no Brasil. Em sua Cartilha sobre cooperação jurídica internacional, a principal Autoridade Central brasileira, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI do Ministério da Justiça, ao responder “O que é cooperação jurídica internacional?” aponta ser “o instrumento por meio do qual *um Estado pede a outro* que execute decisão sua ou profira decisão própria sobre litígio que tem lugar em seu território.” (BRASIL, 2012, p.7, grifamos)

Observe-se, por importante, que na própria definição de cooperação internacional em matéria penal entra, em geral, a noção relativa ao relacionamento *entre Estados*, não figurando entre os exemplos de cooperação internacional, neste tratamento doutrinário padrão, a entrega, é dizer, o

mecanismo de cooperação que se desenvolve não entre Estados, mas entre um Estado e um Tribunal Internacional. Os exemplos típicos de cooperação internacional são a carta rogatória, a extradição, a transferência de processos ou de pessoas condenadas e o auxílio direto, jurisdicional ou não, entre órgãos de persecução penal dos Estados, tudo em regra intermediado pelas Autoridades Centrais respectivas.

De fato, a cooperação se estabelece ordinariamente entre Estados e é instituída, no domínio penal, para ampliar o alcance do sistema de justiça criminal estatal para além das fronteiras territoriais, o que induz a normas jurídicas internacionais que regulamentam o auxílio mútuo, normalmente tratados de extradição (*Extradition Treaties*) e tratados de auxílio mútuo em matéria penal (*Mutual Legal Assistance Treaties – MLATS*), embora, na ausência desses, a cooperação se possa estabelecer com base na promessa de reciprocidade. Como salienta-se de modo recorrente, “a tutela judicial transnacional é uma exigência dos tempos atuais, em que constantemente as relações jurídicas, sob diversos aspectos, ultrapassam as fronteiras”. (GRINOVER et al, 2009)

O resultado dessa exigência, no domínio penal, é a organização de redes de cooperação internacional com o objetivo de tornar mais efetiva, *desde a perspectiva estatal*, a persecução penal dos Estados relativamente a delitos com conexões transnacionais, estabelecendo-se um conjunto de conexões globais, regionais e locais tendentes a maximizar o alcance do poder punitivo. (CORREA, 2016) Nesta perspectiva, vale o registro, extremamente relevante, de que esse esforço de dinamização da cooperação é claramente conduzido no âmbito das *razon d'état*, do que é evidência o fato de ser absolutamente a regra em sede cooperacional que os tratados de auxílio mútuo em material penal não prevejam mecanismos acessíveis pelos indivíduos, mas somente pelas forças estatais.

Uma premissa fundamental relativamente ao domínio cooperacional diz respeito à natureza da relação que se estabelece entre os Estados, para fins de cooperação. Fundamentalmente, o debate se desenvolveu em torno de saber se há um dever de cooperação, ou se a cooperação se estabelece sem uma obrigação jurídica.

De um lado, argumenta-se que, na hipótese de cooperação jurídica entre Estados, inexistente norma internacional geral que imponha os Estados a cooperar. Estes, os voluntaristas, que apontam inexistir dever de os Estados cooperarem entre si, sendo esta uma decisão soberana dos Estados, concebem a cooperação como fundada na *cortesia internacional*, a *comitas gentium*.

(ARAUJO, 2008. NEVES, 2013)

De outro, sustenta-se a existência de uma obrigação de cooperar, derivada do atual estágio de institucionalização e juridificação das relações internacionais, e que no domínio cooperacional conduziria a um dever de cooperação derivado dos princípios gerais de Direito Internacional, de um costume internacional inspirado na Resolução 2.526 (1970) da Assembleia Geral da ONU e também pelo cumprimento às normas genéricas de cooperação entre Estados da Carta da Organização (ARAUJO, 2008. NEVES, 2013).

No atual estado da arte, entretanto, a cooperação tende a ser encaminhada como juridicamente fundada e, inclusive, uma medida indispensável ao próprio exercício da jurisdição estatal. Essa compreensão tem, como um de seus marcos, a própria fundação da Organização das Nações Unidas (ONU). Conforme a Carta de São Francisco, a ONU consiste em uma associação de Estados que têm, entre outras finalidades declaradas, o propósito de “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos” e “ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos” (NEVES, 2013). Não é fundamentalmente diverso o objeto e fim da Organização dos Estados Americanos (OEA), cuja Carta fundacional o direito internacional, a solidariedade, a intensificação da colaboração e a ação cooperativa como valores fundamentais.

De fato, em um quadro normativo que se instaurou a partir do segundo pós-guerra, e mais marcadamente, após o final da Guerra Fria, sustentar que não exista um *compromisso internacional entre os Estados para a cooperação* não parece ter sólidas bases no direito internacional (CORREA, 2017). A ideia de cooperação entre Nações é algo que se consolida, não apenas em âmbito internacional, mas também nas Constituições dos Estados, a partir da última terça parte do século XX, dando origem ao que Haberle designou de Estado Constitucional Cooperativo. A partir deste modelo, que predomina ao menos no Ocidente, a própria autoimagem do Estado Constitucional transformou-se, passando a compreender a referência ao externo como um semelhante de si mesmo. Assim, a referência ao mundo e à humanidade passa a constituir o próprio conceito de Estado Constitucional (HABERLE, 2003). Isto não irá significar, como será oportunamente abordado, que a cooperação, no que aqui importa, de natureza penal, não se deva submeter a uma série de

condicionantes, que são aliás condicionantes que disciplinam *toda e qualquer* atuação do poder público brasileiro.

2.2. QUESTIONAR OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Questionar a incidência de direitos humanos e fundamentais na cooperação internacional poderia parecer um truísmo. Mas não é.

A discussão acerca da incidência dos direitos humanos e fundamentais em todos os ramos do ordenamento jurídico é um assunto relativamente recente no Brasil e surge com o reconhecimento, tanto no Direito Constitucional quanto no Direito Internacional dos Direitos Humanos, do poder expansivo ou efeito divulgador desses direitos a todo o ordenamento jurídico (NEVES, 2013). Como se sabe, a Carta de 1988 é que permitiu não somente a instauração de um quadro de direitos e garantias fundamentais a nível interno, mas também possibilitou a inserção brasileira no processo de internacionalização dos direitos humanos, de modo a permitir a incorporação, no quadro normativo que tutela direitos e garantias fundamentais, de um conjunto de referenciais internacionais a que o país foi paulatinamente se vinculando (PIOVESAN, 2017).

Todavia, o reconhecimento da incidência de um conjunto de direitos de natureza essencial não equivale a sua efetiva concretização, de modo que os déficits de aplicação devem ser sempre denunciados. A questão ganha em complexidade quando se trata de duas ordens jurídicas em conexão, no âmbito das quais poderá haver diferente regulação relativamente a direitos materiais e processuais, especialmente os de densidade jusfundamental.

A temática tem expressiva caracterização em sede cooperacional, por que neste domínio jurídico há em regra potencial conflito espacial de normas jurídicas, tendo em vista que, por definição, o caso envolvendo o pedido de cooperação mantém contato com pelo menos mais de uma ordem jurídica, conseqüentemente, com mais de um modelo de regulação. Quando a este potencial conflito se inserem os diversos tratados a que um e outro Estado estão vinculados internacionalmente – para além do tratado de cooperação que eventualmente têm em comum – a complexidade assombra. No caso do relacionamento com a jurisdição internacional a situação não parece ser substancialmente diferente: se o país está vinculado a esta jurisdição por um tratado (no caso da entrega, pelo Estatuto de Roma), não se desvincula, por

outro lado, dos demais tratados a que está igualmente obrigado na seara internacional, nem à sua própria Constituição.

Seguindo sistematização de Neves, três respostas são encaminhadas para o problema do conflito e eventuais violações de direitos humanos e fundamentais no âmbito cooperacional, tendo em vista especialmente o modo de compreensão desses direitos no Estado requerido. (NEVES, 2013)

Uma primeira resposta recusa simplesmente que os direitos fundamentais sejam capazes de ter alguma função nos temas cooperacionais, limitados às relações diplomáticas entre Estados. Chega-se à situação de seguidores dessa corrente compreenderem inconstitucional (por desrespeito à separação de poderes) a inclusão da temática dos direitos em tratados cooperacionais. Trata-se da teoria do *non-inquiry* integral, fortemente defendida nos Estados Unidos. A compreensão é tipicamente formalista, e insere a cooperação intensamente no âmbito do político, das relações exteriores, de modo que se abstém da emissão de juízo acerca de uma ordem jurídica estrangeira, independentemente do que se possa praticar ou se pratique em sede cooperacional relativamente a direitos e garantias do indivíduo implicado ou mesmo da ordem jurídica do Estado requerido.

A segunda resposta recusa a chance de o Estado requerido apreciar o pleito cooperacional fora das regras do tratado ou das leis internas. Não se recusa a expectativa de sustentação dos direitos fundamentais nos pedidos de cooperação jurídica internacional, porém obriga-se que a forma e a intensidade desta aplicação ocorram de maneira restrita, respeitando as disposições dos tratados ou, no máximo, da lei interna geral de cooperação. Cuida-se de uma mitigação da doutrina radical de não ingerência, e admite, nos circunscritos limites do pacto voluntarista dos Estados, e especialmente para casos flagrantes de violação, que se possa levar em consideração eventual violação de direitos.

A terceira possibilidade é reconhecer a concepção interna (do Estado requerido) de direitos fundamentais aos pleitos cooperacionais na sua totalidade ou em parte (conteúdo imprescindível), reivindicando-se que o Estado requerente se adeque sob pena de indeferimento da cooperação requerida.

2.3. RESERVA DE ORDEM PÚBLICA E A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

É próprio da complexificação das relações na sociedade contemporânea que as tradicionais “disciplinas” jurídicas não deem conta da alteração

da paisagem. No caso da cooperação internacional, é importante perceber que envolve domínios jurídicos distintos como direito internacional público, direito internacional dos direitos humanos, direito internacional privado, direito constitucional, direito penal e direito processual penal.

Por isso, naturalmente haverá trânsito de categorias antes reservadas a “disciplinas” distintas, para lidar com essa específica problemática jurídica. A formação do jurista e especialmente dos Tribunais, bastante formatada por estas quadraturas das “disciplinas”, parece não dar conta da complexidade. Também é relevante perceber como categorias ganham ressignificação em um novo contexto fático-normativo. Dentre estas categoriais encontra-se um antigo conceito de direito internacional privado, a reserva de ordem pública.

Inserida ordinariamente no direito internacional privado para lidar com o conflito espacial de normas, alocada dentre as “limitações à aplicação do direito estrangeiro”, a ordem pública é considerada um dos mais importantes princípios desse tradicional ramo do direito. Como anota Dolinger, a exceção de ordem pública “impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina.” (DOLINGER, 1997, p.349) Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, que em sua tradição pretende refletir a filosofia sócio-político-jurídica de todo um ordenamento estatal (DOLINGER, 1997).

Neste quadro, independentemente de outras digressões e possíveis inserções de conteúdos no conceito de ordem pública, não pode haver espaço para dúvida de que há uma *zona de certeza positiva* neste conceito jurídico indeterminado: direitos fundamentais consagrados na Constituição do Estado e direitos humanos consagrados nos tratados internacionais de que o Estado seja signatário. Parece desnecessário fundamentar com maior profundidade porque esse conjunto de direitos traduzem, sem sombra de dúvidas, preceitos essenciais da ordem jurídica de um Estado, representativos, portanto, de sua filosofia sócio-político-jurídica.

Em virtude dessa natureza fundamental, a reserva de ordem pública não necessita vir expressamente positivada em um tratado internacional de auxílio mútuo em matéria penal como causa obstativa da cooperação. Não é o tratado de cooperação a única fonte normativa a que se vinculam as autoridades estatais envolvidas em um pleito cooperacional, nem é ele sequer a fonte mais importante relativamente aos conteúdos encartados neste conceito indeterminado.

Contudo, embora não necessite de expressa previsão em tratado cooperacional para ser invocada, eventualmente sua previsão é expressa. A modo de exemplo, o Tratado de Auxílio Mútuo entre Brasil e Suíça estabelece dentre os “Motivos para Recusar ou Adiar a Execução do Pedido” a hipótese de “o Estado Requerido julgar que a execução do pedido pode atentar contra a sua soberania, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais do Estado, conforme determinados por sua autoridade competente;” (BRASIL, 2009)

Em um dos mais relevantes casos envolvendo cooperação internacional no Brasil, a assim-chamada Operação Lavajato, a exceção de ordem pública, embora *contra pedido brasileiro de cooperação*, foi invocada por um dos mais importantes constitucionalistas do mundo, Gomes Canotilho. O constitucionalista português sustentou a invocação da exceção de ordem pública como limite ao auxílio judiciário penal, no caso da Operação Lava Jato, tendo em vista pedido de cooperação penal ativa solicitado pelo Brasil à Portugal.

O autor buscou esclarecer as graves incompatibilidades do conteúdo dos acordos de colaboração premiada realizados na Operação Lava Jato, em relação à legislação brasileira que regula tal instituto, a Lei n.º 12.850, e à própria Constituição Federal. Canotilho ressalta que tendo a operação Lava Jato sido construída principalmente com base nesses acordos, os vícios que os atingem não poderão ser ignorados na apreciação da admissibilidade das prestações de auxílio judiciário que ao Estado português sejam solicitadas pelo Estado brasileiro na sua esfera, especialmente sob a perspectiva do princípio da ordem pública (CANOTILHO, 2016).

Segundo o autor, o consenso acerca da imprescindibilidade da cooperação judiciária internacional para o processamento penal, já existe há muito tempo. Porém, é importante lembrar, que a sua concretização deve se dar dentro dos limites previstos nos instrumentos legais nacionais e internacionais. Os atos interestatais de cooperação devem estar de acordo com as normas imperativas de direito internacional público (*ius cogens*), nelas estendendo os direitos humanos como limites ao auxílio (CANOTILHO, 2016).

Além disso, a cooperação deve respeitar também o ordenamento jurídico dos Estados cooperantes. Segundo Canotilho, é nesta segunda hipótese que o caso da Lava Jato se enquadra.

Em teor menos abstratos e tendo diretamente em vista o regime de cooperação em matéria penal, a efetivação de direitos estrangeiros pelos órgãos jurisdicionais e pelas entidades investigativas tem de ser primeiramente

enfrentada e controlada através da aplicabilidade e validade imediata e direta de normas jusfundamentais (CANOTILHO, 2016).

Assim, a utilização de direito estrangeiro pode ser entendida como exercício do poder estatal nacional que, de maneira indireta, na aplicação do direito estrangeiro, não pode desvincular-se dos resultados concretos apurados segundo a sua compatibilidade ou incompatibilidade com o direito constitucional nacional, especialmente do núcleo imprescindível de direitos, liberdades e garantias.

Por este ponto de vista, os direitos fundamentais são nacional e internacionalmente “constitucionalizados” como medida da ordem pública. Se os direitos liberdades e garantias e os direitos constitucionais judiciais densificam a ordem pública, isso quer dizer que a efetivação de direito estrangeiro não pode deixar de ser excluída quando conduzir a resultados insustentáveis no plano da ordem pública jusfundamental (CANOTILHO, 2016).

A percepção é enfatizada em doutrina nacional, ainda que não especificamente vinculada ao mesmo caso concreto. Com efeito, Araujo sublinha a necessidade de se “assegurar os direitos fundamentais protegidos no âmbito da Constituição e dos Tratados internacionais de direitos humanos” (ARAUJO, 2008, p.279) no âmbito da cooperação internacional, registrando, com precisão, que esta é uma obrigação que supera as relações interestatais e diz respeito a vínculos indisponíveis que se estabelecem *entre indivíduos e o Estado* nos quais estejam submetidos a um pleito cooperacional.

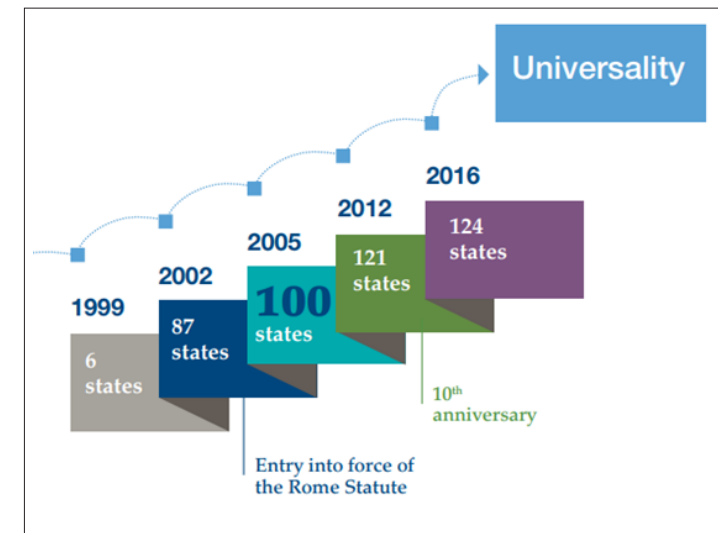
3. A COOPERAÇÃO COM O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: A QUESTÃO DA ENTREGA

3.1. O ESTATUTO DE ROMA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional (TPI) é uma instituição permanente com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão), conforme o seu Estatuto (Estatuto de Roma), e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo Estatuto (art. 1º do Estatuto de Roma).

O número de países que têm reconhecido a jurisdição do Tribunal Penal Internacional tem crescido cada vez mais, conforme mostra a Figura abaixo:

Figura 1 – Crescimento do número de Estados que reconhecem a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (1999-2016)



Fonte: International Criminal Court

O Brasil é um dos Estados Parte do Estatuto de Roma, o tendo incorporado no ordenamento jurídico interno através do Decreto nº 4388/2002. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o §4º ao art.5º da Constituição Federal, para afirmar, constitucionalmente, que o Brasil reconhece a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Para Mazzuoli (2009), o Estatuto de Roma teria se integrado ao direito brasileiro com *status* de norma materialmente constitucional. Pelo menos três questões, relativamente a essa assertiva, precisariam ser melhor especificadas. Primeiro, todas as normas do Estatuto têm natureza constitucional? Isto considerando que o Estatuto contém centenas de disposições de diferentes níveis de regulação, alcançando direito penal internacional material, processual e de execução. Segundo, essa “qualidade” teria o condão de superar normas constitucionais brasileiras, de natureza jusfundamental, que lhes são antecedentes? Terceiro, considerando a compreensão – do autor – de que os tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção Americana e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, também integram esse bloco de constitucionalidade, na hipótese de conflito entre o conteúdo normativo das disposições desses tratados e o Estatuto de Roma, o que prevalece?

Já tivemos a oportunidade de sustentar que, em virtude de sua responsabilidade na cooperação, compete aos juízes nacionais arbitrar o relacionamento entre os diversos tratados internacionais de que o Estado é signatário, para além do dever que têm de garantia da Constituição. Isto lhes impõe um olhar que não se circunscreve – como é comum ocorrer – a um único tratado internacional que estejam eventualmente aplicando – no caso sob investigação, o Estatuto de Roma -, mas sim a uma teia bastante complexa de compromissos normativos nacionais e internacionais que vinculam a sua atuação. Em regra, e não parece ser diferente o caso do Estatuto do TPI, os tratados têm dado origem a conjuntos normativos autorreferentes, que não se preocupam em dialogar com outros conjuntos normativos a que os Estados estão também vinculados internacionalmente, e cuja exegese progressiva e construtiva, especialmente quando houver Tribunais internacionais para esse labor interpretativo. Somente os juízes nacionais têm – ou deveriam ter –, por isso, essa dimensão e perspectiva de diálogo entre o conjunto de fontes que incidem sobre o ordenamento jurídico nacional, para perscrutar, no momento em que se defrontam com um pedido de cooperação, qual o estado da arte das diversas obrigações internacionais que vinculam, concorrentemente, sua atuação, podendo promover uma cooperação dialógica (CORREA, 2017).

3.2. CARACTERÍSTICAS DA “ENTREGA”

O Estatuto de Roma prevê no seu Capítulo IX mecanismos de cooperação e auxílio judiciário entre o Tribunal Penal Internacional e os seus Estados Parte. Dentre estes mecanismos previstos pelo Estatuto está a “entrega” ou *surrender*, que é objeto de nossa atenção.

Göran Sluiter (2003) analisa a eficácia e conveniência do regime de “entrega” do TPI e seu impacto nos direitos individuais. Em particular, aborda o alcance da obrigação que incumbe aos estados de prestar assistência em prisões que resultem em rendições efetivas e expeditas e em que medida o regime de rendição protege os direitos humanos dos criminosos de guerra.

O art.102 do Estatuto de Roma traz os conceitos de “entrega” e “extradição”. O primeiro consiste na entrega de uma pessoa por um Estado ao TPI, nos termos das normas do Estatuto. O segundo consiste na entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsão em tratado ou no direito interno.

Segundo Sluiter (2003), o objetivo desta distinção seria garantir que a

lei tradicional de extradição não seja aplicável, *mutatis mutandis*, ao regime de rendição especial. A aplicação da lei tradicional de extradição cria uma série de obstáculos à captura efetiva e expedita de criminosos internacionais. Cuida-se de estabelecer uma disciplina especial, fazendo com que os Estados Partes sejam regidos pela disposição de assistência jurídica estabelecida no Estatuto do TPI, que devem ser cumpridas de boa-fé. Como o art. 120 do Estatuto do TPI proíbe que os Estados incluam certas reservas após a sua ratificação do Estatuto, eles se aplicam de forma idêntica a todos os Estados Partes. Por outro lado, para o Estado não-parte, a aceitação voluntária da jurisdição do TPI exige a aceitação incondicional de toda cooperação ao abrigo do Estatuto.

As características distintivas das normas de cooperação do TPI estariam em que elas tem caráter vertical, diferentemente da cooperação estabelecida entre Estados, que tem caráter horizontal. Semelhante ao debate entre o uso dos termos extradição ou rendição, presume-se que o TPI é superior aos estados. Esse pressuposto resultou na caracterização desses modelos de cooperação como “vertical” ou “supranacional” (SLUITER, 2003).

Essa relação hierárquica é justificada pela natureza dos crimes dentro da jurisdição do TPI e pela participação da comunidade internacional e apoio a esse empreendimento de jurisdição internacional. Contudo, compreender o significado desse “verticalismo” e se o TPI realmente se encaixa nesta descrição é ainda questionável (SLUITER, 2003).

Seria importante atentar, no que aqui é objeto de nossa atenção, para uma característica distintiva importantes atribuídas ao regime de cooperação do TPI: os motivos da recusa.

Numa relação de cooperação a que se atribuí a condição de vertical, mediante a qual um tribunal penal internacional requer assistência, os motivos de recusa dos tratados de assistência jurídica interestaduais não seriam aplicáveis ao mesmo grau que os fundamentos contidos nos regimes de cooperação do TPI. O regime de entrega do TPI eliminou a maior parte dos motivos tradicionais de recusa, tais como a exceção de ofensa política, o requisito de dupla incriminação e a recusa de extradição de nacionais (SLUITER, 2003).

3.3. O CASO AL BASHIR

Mediante pedido dirigido ao Governo brasileiro, o Tribunal Penal Internacional enviou ao Brasil pedido de cooperação para que o Brasil adotasse medidas destinadas a garantir a detenção e a posterior entrega de Omar Hassan

Ahmad Al Bashir ou Omar Al Bashir ou Omar Al-Bashir ou Omer Hassan Ahmed El Bashire ou Omar Al-Beshir ou Omar El-Bashir ou Omer Albasheer ou Omar Elbashir ou Omar Hassan Ahmad El-Béshir, Presidente da República do Sudão, em razão da suposta prática, por referido Chefe de Estado, de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade previstos nos Artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma (STF/Petição 4625-1 da República do Sudão).

O Tribunal Penal Internacional na fase preliminar do procedimento penal instaurado contra o Presidente da República do Sudão, por vislumbrar satisfeitos os requisitos e as condições a que se refere o Artigo 58 do Estatuto de Roma, expediu uma ordem de detenção e entrega de mencionado Chefe de Estado, encaminhando-a a todos os “Estados Partes do Estatuto de Roma” e dirigindo-se, para tal fim, ao Embaixador do Brasil no Reino dos Países Baixos, para solicitar, ao Estado brasileiro, a execução do pedido de cooperação em causa.

Cabe ressaltar que este é o primeiro pedido de detenção e entrega de Presidente da República de outro Estado soberano, em pleno exercício do seu mandato que o Brasil recebe do TPI (Petição 4625-1 da República do Sudão). Desta forma, tornou-se necessária a discussão de diversas questões que surgiram com este pedido, tais como: o reconhecimento da competência originária do Supremo Tribunal Federal para analisar estes pedidos; a possibilidade de entrega da pessoa reclamada, pelo governo brasileiro, considerando a ordem constitucional vigente (art. 5º, XLVII, b), nos casos em que o Estatuto de Roma admite a prisão perpétua (art. 77, n.1, b); a imprescritibilidade de todos os crimes do Estatuto (art. 29); a impossibilidade de invocação, por Chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição em face do Tribunal Penal Internacional (art. 27 do Estatuto); a questão pertinente às relações entre o Estatuto de Roma (que descreve os denominados “core crimes”), complementado pelo Anexo referente aos “Elements of Crimes”, adotado em 09/09/2002, e o postulado constitucional da reserva de lei formal em matéria de definição (que há de ser prévia) de tipos penais, bem assim das respectivas sanções, notadamente em face da indeterminação das penas por parte do Estatuto de Roma, eis que não foram por ele cominadas de modo específico e correspondente a cada tipo penal; o reconhecimento, ou não, da recepção, em sua integralidade, do Estatuto de Roma pela ordem constitucional brasileira, considerado o teor do § 4º do art. 5º da Constituição, introduzido pela EC nº 45/2004. O Min. Celso de Mello, Relator da Petição, suscitou as tensões que o pleito cooperacional suscitava, potencialmente, com o ordenamento

jurídico brasileiro, o que carece de decisão da Corte.

Ainda que Al Bashir não se encontre no Brasil, o mandado em princípio não resta prejudicado, ao menos por perda de objeto, tendo em vista que mesmo expedido para todos os Estados-partes do Estatuto, Al Bashir não foi entregue por quem teve a oportunidade de fazê-lo, países africanos nos quais o procurado ingressou sem que a ordem fosse atendida. Mais recentemente, em julho de 2017, o Tribunal Penal Internacional declarou que a África do Sul descumpriu suas obrigações internacionais ao receber Al Bashir ao não o prender e entregar quando o recebeu entre 13 e 15 de junho de 2015, impedindo a Corte de exercer suas funções e poderes estabelecidos no Estatuto de Roma. O argumento daquele Estado-parte para o não atendimento do mandado internacional – a imunidade, segundo o direito internacional consuetudinário, dos Chefes de Estado –, foi afastado pela decisão, que entendeu que essa qualidade não afasta a jurisdição do Tribunal, tendo em vista o disposto no art. 27 do Estatuto (ICC, 2017).

Resta pendente o enfrentamento do tema pela jurisdição brasileira.

4. ORDEM PÚBLICA E “ENTREGA”

Conforme dito anteriormente, o Estatuto de Roma trouxe os conceitos de “extradição” e “entrega”, no seu art. 102, com a finalidade de não submeter o instituto da “entrega” às restrições impostas à extradição. Porém, isto não significa que se possa dizer que não há limitações para o instituto da entrega. Em um e outro caso, cuida-se da remessa ao exterior de um indivíduo para submissão a intervenção penal. A gravidade dos crimes imputados no caso da entrega e o fato de tratar-se de remessa à organismo internacional não parecem ter densidade suficiente para recomendar uma distinção tão rigorosa de ambos os institutos.

Fugindo as “denominações” e formalismos jurídicos, *materialmente* os atos tem conteúdo e finalidade comum: remessa ao exterior de um indivíduo sob jurisdição de um Estado requerido para submissão a intervenção penal. O dever de garantia de que essa remessa observe parâmetros de preservação do patrimônio jusfundamental do implicado é equivalente.

A gravidade do crime imputado não guarda relevância. É que o Brasil é signatário de pelo menos dois tratados internacionais de direitos humanos que consagram a presunção de inocência: a Convenção Americana de

Direitos Humanos e o Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos, que consagram a presunção. Portanto, até a formação da culpa, são igualmente inocentes o acusado de lesões corporais e o acusado de crimes contra a humanidade. No direito brasileiro, com base em interpretação de nossa cláusula constitucional que a assegura, é assentado o entendimento de nossa Corte Suprema de que a gravidade em abstrato de uma imputação não pode dar ensejo a prejuízo ao acusado.

Segundo afirmamos na seção 2 deste artigo, não pode haver espaço para dúvida de que há uma *zona de certeza positiva* neste conceito jurídico indeterminado: direitos fundamentais consagrados na Constituição do Estado e direitos humanos consagrados nos tratados internacionais de que o Estado seja signatário.

O art. 88 do Estatuto de Roma estabelece que os Estados Partes devem assegurar que o seu direito interno preveja procedimentos que atendam as formas de cooperação penal internacional. A ausência de disposições de direito interno tem o condão de ativar a jurisdição do Tribunal, que é complementar. O Brasil não possui uma lei geral de cooperação jurídica internacional em matéria penal, muito menos norma que regulamente a cooperação brasileira com o TPI. A regulação contemporânea de alcance mais amplo em termos cooperacionais é o Código de Processo Civil – CPC. A lei processual civil, aplicável na ausência de tratado específico, encontrou uma razoável formulação linguística para versar a exceção de ordem pública, determinando, em seu art.26, §3º, a inserção em seu conteúdo das “normas fundamentais que regem o Estado brasileiro”, assim: “*Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.*”

Outra relevante incorporação dessa que pode ser considerada a norma que consagra de maneira mais atual um conceito de ordem pública no direito brasileiro, é a regra que veda a cooperação não apenas quando o ato contraria facialmente, e por si só, as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro, mas também daqueles que promoverão essa violação no plano fático. Daí a dicção legal vedar a produção de *resultados incompatíveis* com essas normas fundamentais.

Essa compreensão está de acordo com a redação e justificativa explicitada na exposição de motivos do Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-America. A precisão dos termos justifica a citação:

A cláusula da ordem pública está associada à observância dos princípios fundamentais do Estado em cujo território se pretenda a eficácia de qualquer ato estrangeiro ou se pretenda praticar ato em favor da prestação jurisdicional perante Tribunal estrangeiro (art.2, inc.I). Dessa maneira, o poder público de um Estado não deve emanar atos contrários aos seus princípios fundamentais, e tampouco atos que sirvam à prestação jurisdicional, noutro Estado, que também seja incompatível com aqueles mesmo princípios. Em decorrência dessa cláusula, não se admite nem mesmo a prática de atos administrativos, tal como o registro de uma certidão de divórcio estrangeiro, ou a prática de atos judiciais ordinatórios que visem a uma prestação jurisdicional incompatível com os princípios fundamentais do Estado do qual se reclama tais atos. A associação entre ordem pública internacional e princípios fundamentais, inspirada na legislação alemã, austríaca e portuguesa, diminui o grau de imprecisão do conceito indeterminado de ordem pública, afasta da compreensão desta a simples contrariedade a leis infraconstitucionais ou constitucionais e a eleva ao patamar de princípio fundamental, expresso ou não em uma constituição (GRINOVER et al, 2009, pp.13-14)

Novamente a zona de *certeza positiva* da cláusula de ordem pública exsurge: não há como não incluir entre as “normas fundamentais que regem o Estado brasileiro” direitos fundamentais consagrados na Constituição do Estado e direitos humanos consagrados nos tratados internacionais de que o Estado seja signatário, que trazem garantias penais e processuais penais, bem como salvaguardas contra a remessa de indivíduos a outras jurisdições.

Já no direito processual penal pátrio, nosso antigo e vigente Código de Processo Penal, pouco afeito ao modelo neoconstitucionalista e à normatividade alcançada pelos tratados internacionais de direitos humanos – bem assim, evidentemente, aos supervenientes novos modelos de cooperação – em seu art. 781 ainda usa a expressão “ordem pública” e “bons costumes” para expressar hipótese de negativa de execução a cartas rogatórias e homologação de sentenças estrangeiras. Uma regulação obsoleta que carrega o conteúdo moralista que impregnou e ainda eventualmente impregna, a noção de ordem pública.

A mais recente norma brasileira que envolve o domínio cooperacional, a Lei de Migração (Lei 13.445/17), em seu art.82, traz um conjunto de hipóteses que vedam o deferimento da extradição, não incluindo, dentre elas, surpreendentemente, a reserva de ordem pública ou qualquer outra formulação que sugira o instituto.

Especificamente em relação do direito penal internacional, existem dois projetos de leis que tratam deste tema: o PL 301/2007 e o PL 4038/2008. Ambos os projetos inovam ao prever os crimes contra a humanidade e os

crimes de guerra, que hoje são atípicos na legislação interna brasileira. O PL 301/2007 diz que a lei irá definir condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelecerá normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dará outras providências.

O art. 24 do PL 301/2007 prevê que:

Art. 24. Para os fins desta lei, a cooperação da República Federativa do Brasil com o Tribunal Penal Internacional envolverá todos os atos necessários para a investigação, persecução, julgamento e aplicação de penas referentes aos crimes sob jurisdição do Tribunal Penal Internacional (BRASIL, 2007).

O art.26 do mesmo Projeto diz respeito a impossibilidade de negar a cooperação, sob o fundamento de inexistência de procedimentos internos que regulamentem a execução da medida. Já o art. 27 prevê que se o pedido de prisão e entrega feito pelo Tribunal Penal Internacional atender os requisitos do art.91 do Estatuto de Roma, as autoridades brasileiras deverão expedir o mandado de prisão (BRASIL, 2007).

Contudo, também tramita na Câmara dos Deputados o PL 4038/2008. Este projeto de lei dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências (BRASIL, 2008).

O art.99, inciso I, prevê o instituto da entrega: “Art. 99. A cooperação com o Tribunal Penal Internacional independe de homologação ou *exequatur* e compreende os seguintes atos: I – prisão preventiva e entrega de pessoa [...]”.

O capítulo II do projeto trata da prisão preventiva e da entrega. O art.108 do projeto prevê que o STF verificando que a requisição da prisão preventiva e entrega atende os requisitos do art.91 do Estatuto de Roma e à Regra nº 187 do seu Regulamento Processual, expedirá mandado de prisão, que conterà os motivos da ordem e será instruído com cópia da requisição originária.

Caso ocorra concorrência entre a requisição de entrega ao Tribunal Penal Internacional e o pedido de extradição de um Estado, a requisição de entrega deverá prevalecer sobre a extradição, nos termos do art. 90 do Estatuto de Roma (art.110, PL 4038/2008).

Segundo a justificativa do PL 4038/2008, o objetivo do projeto é possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro e viabilizar

a cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Garantindo-se que, em nenhuma hipótese, uma pessoa ou crime internacional sujeito à jurisdição penal brasileira seja encaminhado ao TPI, pois o Brasil estaria dotado de instrumentos jurídicos necessários ao cumprimento de suas obrigações internacionais (BRASIL, 2008).

No modelo do Estado Democrático de Direito, que não resta alterado no particular pela sua qualificação como Cooperativo (Häberle), não existem instâncias sagradas. A natureza dita vertical da cooperação com o TPI não altera a oponibilidade da reserva de ordem pública aos pleitos cooperacionais provenientes do Tribunal. A questão não pode ser versada como se o TPI “não cometesse” ou “não fosse capaz” de cometer violações a direitos humanos e fundamentais, uma sacralização da jurisdição internacional que não tem qualquer razão de ser. A adesão brasileira à jurisdição internacional não é, nem poderia ser, com prejuízo a normas fundamentais – de origem nacional e internacional – que condicionam a validade da atuação do Estado brasileiro. Como qualquer Tribunal, e como em qualquer espécie de cooperação, a entrega não está autorizada a violar essas normas fundamentais.

Por isso, a leitura do art.59 do Estatuto, que estabelece que, no procedimento da entrega, a autoridade judiciária competente do Estado requerido deverá observar se “os direitos do detido foram respeitados”, deve ser lido sob a luz da tradicional cláusula de reserva de ordem pública, ressignificada e atualizada para o modelo de Estado Constitucional Cooperativo. Isto quer significar um Estado aberto à cooperação internacional, evidentemente, inclusive em relação aos crimes internacionais positivados ou não no direito interno – em virtude de sua natureza consuetudinária. Todavia, um Estado que, conquanto cooperativo e comprometido ao enfrentamento desses crimes, não pratica ou permite a prática de atos violadores de sua Constituição ou de outros tratados de direitos humanos a que esteja vinculado, valores fundamentais que está nacional e internacionalmente obrigado a preservar, mesmo que o sujeito passivo da intervenção estatal seja um criminoso de guerra, genocida ou praticante de crimes contra a humanidade.

5. CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi analisar introdutoriamente limites constitucionais e convencionais ao instituto da “entrega” previsto no Estatuto de Roma. Compreendeu-se que apesar da “entrega” não ser uma espécie de

extradição, sendo, portanto, um instituto independente, *materialmente* os institutos tem conteúdo e finalidade comum: remessa ao exterior de um indivíduo sob jurisdição de um Estado requerido para submissão a intervenção penal. O dever de garantia de que essa remessa observe parâmetros de preservação do patrimônio jusfundamental do implicado é equivalente.

Sendo assim, embora exista um amplo e necessário espaço de regulação da cooperação internacional com o TPI, inclusive para evitar a jurisdição complementar do Tribunal e sinalizar o efetivo compromisso brasileiro com o sancionamento daquelas graves violações de direitos humanos que são objeto de sua competência, há uma zona de certeza positiva que assegura que essa regulação não poderá atingir normas fundamentais que regem o Estado brasileiro, nestas incluídos direitos e garantias fundamentais encartados em nossa Constituição – por isso não suprimíveis sequer via emenda constitucional – e todo o complexo de normas internacionais de proteção aos direitos humanos que o Estado está obrigado a observar.

Esta zona de certeza não é substancialmente diferente da que circunscreve outras modalidades de cooperação internacional, tendo em vista que, em qualquer caso, conforma um espaço indisponível ao legislador, inclusive o constituinte derivado brasileiro.

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. Prosecuting International Crimes at the National and International Level: Between Justice and Realpolitik. In: KALECK, W.; RATNER, M.; SINGELNSTEIN, T.; WEISS, P. (Eds.) **International Prosecution of Human Rights Crimes – part II**. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 2007. p. 55-68.
- ARAÚJO, Nadia de. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos – matéria penal**. Brasília: Ministério da Justiça, 2008. p. 39-55.
- ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 4ªed. São Paulo: Renovar, 2008.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça (SNJ). **Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Org. Ricardo Andrade Saadi, Camila Colares Bezerra. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.
- BRASIL. Decreto nº 4388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 307 de 6 de março de 2007. Define condutas que constituem crimes de

violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, 6 mar. 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=439581&filename=PL+301/2007>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4038 de 23 de setembro de 2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, 23 set. 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1FC847978BFF0F2BFEA8C207B3FF52E6.proposicoesWebExterno2?codteor=600460&filename=PL+4038/2008>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Decreto 6.974 de 7 de outubro de 2009. Promulga o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, celebrado em Berna, em 12 de maio de 2004. Disponível na internet em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/d6974.htm. Acesso em 30 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 4625-1 da República do Sudão. Requerente: Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma). Requerido: Omar Al Bashir. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 17 jul. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato”. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, Ano 146º, nº 4000, p.16-38, set./out. 2016.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juares. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORREA, Eduardo Pitrez de Aguiar. **Política Criminal Transnacional na Sociedade em Rede: regimes de proibição global, margem de apreciação, princípio da norma mais favorável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CORREA, Eduardo Pitrez de Aguiar. **Conexión Derecho Penal: La Reconfiguración Subjetiva, Normativa y Funcional de La Política Criminal en la Sociedad Red**. In Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional. Org. Ana Isabel Pérez Cepeda. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp.36-71.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GRINOVER et all, **Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América: Comissão de Revisão da Proposta de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América: Exposição de Motivos**. Revista da EMARF, Rio de Janeiro, v.11, n.1, p.1-304, mar.2009.

HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2003.

ICC. **The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Pre-Trial Chamber II. Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir. ICC-02/05-01/09-30206, July 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Denise Abade das. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos**. São Paulo: Saraiva, 2013. 363p.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRADEL, Jean; CORTENS, Geert. **Droit penal européen**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

SLUITER, Göran. The Surrender of War Criminals to the International Criminal Court. **International and Comparative Law Review**, Los Angeles, v. 25, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol25/iss3/8>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

CRIMES INFORMÁTICOS: O SEQUESTRO DE DADOS E INFORMAÇÕES ELETRÔNICAS PARA A PRÁTICA DE EXTORSÃO DIGITAL

Abner da Silva Jaques¹

Arthur Gabriel Marcon Vasques²

Orientadora: Patrícia Martinez Almeida³

RESUMO: O avanço tecnológico permitiu não só que duas pessoas em polos distintos do globo pudessem se comunicar por meio de um clique, mas também auferiu a possibilidade de práticas de crime em meio às redes tecnológicas. A indústria do crime passou, portanto, a atuar não só no sequestro, roubo ou furto de bens físicos, mas também sobre informações e dados eletrônicos, cometendo frequentemente a extorsão digital. Desta forma, o presente trabalho tem por finalidade averiguar por meio de uma análise comparada de direito como os principais países do mundo adequaram suas legislações para segurança de dados e informações para o combate da extorsão digital. Para consecução da pesquisa, valer-se-á do método hipotético-dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica e estudos teóricos, históricos e documentais, a fim de concluir, ainda que parcialmente, sobre a necessidade da instituição de sistemas que operam com poder de polícia para a prevenção e repressão de crimes informáticos.

PALAVRAS-CHAVE: extorsão digital, crimes informáticas, direito penal, sequestro de dados, sequestro de informações.

1. Graduando do 9º semestre do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. Campo-Grande, MS. Assessor na Procuradoria Geral do Estado, setor da Procuradoria de Assuntos Tributários – PGE PAT/MS; Presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul – CAED OAB/MS; Pesquisador Voluntário de Iniciação Científica – PIBIC (2015-2016); Bolsista de Iniciação Científica pela UCDB (2016-2018) no projeto “Cultura digital em uma universidade intercultural: relações entre tecnologias, professores e alunos”, coordenado pela professora Dr^a. Maria Cristina Lima Paniago, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Arlinda CanteroDorsa. E-mail: abnersjaques90@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4301394075729145>.
2. Graduando do 7º semestre do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. Campo-Grande, MS. Presidente do Diretório Acadêmico Clóvis Beviláqua (DACLOBE-UCDB). Membro da Comissão de Acadêmicos e Estagiários, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul – CAED OAB/MS; Pesquisador Voluntário de Iniciação Científica – PIBIC (2015-2016); Bolsista de Iniciação Científica pela UCDB (2017-2018) no projeto “A eficácia e a restrição dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal”, coordenado pela professora Dr^a. Rejane Alves de Arruda. É membro diretor do Grupo de Pesquisa Jurídica Aplicada Vespasiano Barbosa Martins. Tem experiência na área de Direito Penal e Constitucional. E-mail: arthurmarconvasques@gmail.com / Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5544781766175587>
3. Mestra em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, especialista em Direito Constitucional com ênfase em Direitos Humanos pelo Centro de Pós-Graduação UNINOVE. Professora de Direito Civil na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Advogada. E-mail: profa.civil@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente vive-se em um período onde os avanços tecnológicos passaram a integrar a essência dos seres humanos, tanto que estes instrumentos assumiram papel importante na área dos direitos humanos e fundamentais, revestindo-se em uma espécie do gênero direitos humanos de quarta dimensão.

O dimensionamento paulatino do direito, preocupado no acompanhar dos avanços das relações sociais, possui tarefa fundamental na tutela da pessoa humana. Assim, para afirmar o compromisso com os direitos fundamentais, é necessário que haja a busca da responsabilização daqueles que se valem das novas tecnologias da informação e da comunicação para cometerem práticas delituosas.

Não será toda conduta, ainda que cause um mal estar na vítima, que será objeto de reparação. O ato precisa estar tipificado e a conduta delituosa devidamente comprovada. Isto porque, se o direito se preocupasse com todas as informações alçadas à aldeia global e reprimisse-as sob a alegação de risco no cometimento de algum ilícito, estaria por usurpar sua competência e, conseqüentemente, cometeria ofensas aos direitos humanos, principalmente ao da liberdade de expressão.

Assim, sendo imperioso o estudo acerca da responsabilização criminal cometidos em meio à aldeia global, cumpre registrar que no capítulo 2 do presente artigo buscar-se-á evidenciar a discussão sobre o avanço e a instrumentalização das tecnologias em meio à sociedade, bem como buscar observar a forma com que há abusos à liberdade de freqüentar o ambiente virtual para o cometimento de crimes e ações que causem dano a outrem.

Por conseguinte, considerando que o tema do presente estudo caminha no sentido de verificar a responsabilização pelos crimes cometidos na *internet*, o capítulo 3 tratará sobre os a conceituação desses crimes, para que, ao fim, no capítulo 4, proponha um debate acerca do crime que mais vem sendo noticiado e comumente assusta toda a comunidade virtual, o sequestro de dados eletrônicos para a prática de extorsão digital, e por fim trazer a cooperação internacional como potencial solução.

Para a consecução do trabalho, valer-se-á do método de pesquisa hipotético-dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas, históricas e documentais para que, como hipótese inicial, adote-se uma postura de preservação da

dignidade da pessoa humana frente à facilidade de cometimento de crimes e danos por meio dos instrumentos tecnológicos.

2. O EXCESSO DE LIBERDADE NA INTERNET E A FACILIDADE NO COMETIMENTO DE CRIMES E DANOS

A partir da possibilidade dos seres humanos estarem conectados imediatamente uns com os outros em razão dos efeitos da globalização e do avanço das Novas Tecnologias, insta salientar que todas as áreas da sociedade sofreram uma revolução sem precedente, de modo que os instrumentos tecnológicos passaram a ser considerados como imprescindíveis na vida do homem, reinventando, assim, sua essência.

A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. (ARENDRT, 2003, p. 17)

As novas tecnologias da comunicação e da informação fizeram com que o mundo material e territorial fosse contraído, permitindo, assim, que embora fisicamente estejam os homens separados, possam estar juntos em virtude da atuação de ambos em meio à aldeia global. Neste sentido, Pérez Luño (2003, 11) já considerava que a atual era que vivemos – a da informática – representa uma convicção de que o hábitat humano é o da aldeia global. Veja-se:

A era da informática e telemática tem contribuído para que se chegue a convicção de que o habitat cívico do presente é o da “aldeia global” ou, mais exatamente, da “casa global”; na medida em que hoje, com o acesso à internet, cada cidadão pode estabelecer, sem sair de sua residência, uma conversação em tempo real, sem limites de espaço ou número de participantes.

Nesse mesmo sentido Bauman (1999, p. 19) já lecionava que “as distâncias já não importam, ao passo que a ideia de uma fronteira geográfica é cada vez mais difícil de sustentar no mundo real”, porque, segundo o próprio autor, a distância seria apenas “um produto social; sua extensão varia dependendo da velocidade com a qual pode ser vencida”.

Contudo, em que se pesem os efeitos positivos oriundos dos avanços tecnológicos, é importante destacar que, no mesmo passo que no meio social surgem conseqüências que podem ser positivas aos seres humanos, poderá, também, decorrer situações negativas. Beck (2010, p. 61) denomina essa situação como sendo o ‘princípio a latência’. O autor (BECK, 2010, p. 61)

leciona que referido princípio atua como efeito colateral de determinada ação, possibilitando, assim, que algo anteriormente considerado como inofensivo revele-se, posteriormente, como perigoso.

Esses efeitos colaterais decorrentes das novas tecnologias podem ser vistos, agora, materializados na condição de crimes cometidos em meio à aldeia global. O que em outras épocas tutelava o direito apenas sobre condutas voluntárias praticadas no âmbito social material, agora, mais fácil ainda, podem ser praticadas por agentes virtuais.

PerézLuño (2003, p. 12) é incisivo ao afirmar que “no seio de sociedades interconectadas, a garantia dos direitos cívicos está em conexão direta, para o bem ou para o mal, com os processos que definem sua instalação tecnológica”. O que pretende o autor é demonstrar que na dinamicidade das sociedades houve a mudança no conceito de cidadania, apontando, principalmente, para uma ausência de estabelecimento de limites aos exercícios dos direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido, ao tratar sobre uma expansão da liberdade em meio às sociedades tecnológicas, Sen (2010, p. 9) ressalva que conquanto as pessoas estejam mais conectadas se comparadas às outras épocas, subsiste ainda problemas tais quais os antigos:

(...) as diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram, não só nos campos de troca, do comércio e da comunicação, mas também quanto à ideias e ideais interativos. Entretanto, vivemos igualmente em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com antigos.

A internet, quando considerada terra de ninguém e sem limites administrativos que permitisse a aplicação de uma jurisdição, assemelhava-se ao estado de natureza. Isto porque, os cibercidadãos se valiam dela (dolosa ou culposamente) da forma que bem entendiam, apenas em defesa de seus próprios interesses, sem se preocuparem com a ordem coletiva.

Justamente por isso, as relações havidas nos meios informáticos demandaram a tutela do direito para, acompanhando os avanços sociais, regularem também as condutas praticadas em meio à aldeia global. Essa demanda se deu, muito pelo que explica Pérez Luño (2003, p. 26-27), ao afirmar que “cidadania, direitos fundamentais e Estado de direito, não são somente categorias jurídico-políticas que emergem de um mesmo clima histórica, mas são realidades que condicionam e se implicam mutuamente”.

É sabido que em razão do pacto social – situação em que os homens em

comum acordo concederam poder a uma pessoa jurídica de direito público para tutelar as relações sociais – o Estado de direito condicionou-se a acompanhar, ainda que paulatinamente, as demandas sociais. Portanto, não significa dizer que a partir de uma nova situação social o direito imediatamente atuará no ordenamento jurídico para regulamentá-la.

Embora o estudo acerca da globalidade e globalização não faça parte do presente trabalho, cumpre registrar que seus efeitos são, principalmente, decorrentes dos novos instrumentos tecnológicos, de modo que é interesse dar ênfase aos ensinamentos de Beck (1999, p. 49), que destaca como sendo a globalidade:

(...) o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidades entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais.

Em relação às novas formas de poder e de concorrência existentes no mundo globalizado, onde há milhões de pessoas conectadas e expressando seus pensamentos frequentemente e, em sua maioria, umas contrárias às outras, é inegável a ocorrência de danos à pessoa humana, porquanto como bem destaca Giddens (2007, p. 16) “o campo de batalha do século XXI irá opor o fundamentalismo à tolerância cosmopolita”.

Bauman (1999, p. 8-9), quando do estudo acerca das consequências humanas oriundas do fenômeno da globalização, asseverava que no se refere às relações pessoais no âmbito da aldeia global. “o que para uns parece globalização, para outros significa localização; o que para alguns é sinalização de liberdade, para muitos outros é um destino indesejado e cruel”.

Complementarmente à ideia do autor supracitado, afirma-se que há uma coalisão entre a liberdade e os danos decorrentes daquilo que para alguém foi considerado indesejado e cruel. Melhor explicando, a liberdade dos cidadãos, principalmente de expressão, opõe-se aos interesses de uma ordem coletiva, quando utilizada para causar danos.

Essa oposição repousa sobre a situação de que nenhum direito, por mais valioso que aparente ser, é absoluto. Por isso, decorre que o exercício da liberdade, praticada nos limites territoriais ou na aldeia global, deve ser limitada, não como instrumento para censura ou ofensa aos direitos basilares de um cidadão, mas sim como forma de proteção e ordem de uma sociedade coletiva.

Sobre essa necessidade de haver limitações ao exercício da liberdade

humana, Thomas Hobbes (1984, p. 48) , quando de seus escritos acerca da teoria contratualista (pacto social), afirmava que “enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver”.

Essa alerta, muito embora escrita em uma época que desconhece dos avanços tecnológicos, perpetua e transpõe os tempos e as sociedades com a principal mensagem de que “a condição do homem é um condição de guerra de todos contra todo, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão”.

Por ser o excesso de liberdade praticado em meio à aldeia global um problema para o ordenamento jurídico, resultando constantemente em ofensa aos direitos fundamentais de outros cibercidadãos e em crimes, Pérez Luño (2010, p. 101) com toda sabedoria que lhe é de costume aponta que “um dos desafios mais importantes de nossa época consiste em estabelecer uma equação exata, correspondente às restrições do tempo, sobre as relações entre os avanços tecnológicos e a proteção das liberdades”. Em outras palavras, para a proteção social e efetiva defesa dos direitos e garantias fundamentais é necessário que haja a restrição da liberdade e do uso da *internet*, principalmente por meio da cooperação internacional e de normas rígidas que visam impedir a subversão do avanço tecnológico.

3. CRIMES INFORMÁTICOS

Como alhures descrito, não obstante a *internet* tenha representado avanço positivo e integrado a essência do ser humano, tornando-se, inclusive, um dimensionamento dos direitos humanos, seu advento possibilitou também sua subversão para a prática de danos e crimes. Aqueles crimes que anteriormente eram passíveis de tipificação apenas nas relações pessoais havidas de forma presencial, doravante configuram-se a partir do uso dos instrumentos tecnológicos.

Sem qualquer pretensão de se fazer uma análise acerca dos aspectos conceituais do crime e adentrar ao âmago do direito penal e processual penal, é salutar, contudo, para uma primeira conceituação dos crimes informáticos e de sua tipificação no ordenamento jurídico, compreender que crime, poder-se-ia advir de três aspectos de conceito: formal, material e analítico.

Sob o conceito formal, ter-se-ia que crime seria, conforme o magistério

de Maggiore (1951, p. 189) qualquer ação punível, tratando-se, assim, de uma conduta contrária ao Direito, repudiada em lei e que a ela seja atribuída pena (PIMENTEL, 2007, p. 81). Em uma explicação mais acentuada, Capez (2004, p. 106) o descreveria como sendo crime o resultado da “mera subsunção da conduta ao tipo legal”, de modo que, a infração penal caracterizaria como aquilo que o legislador descreveu, sem observar, contudo, seu conteúdo.

Para a teoria do crime sob o aspecto material, Noronha *apud* Mirabete e Fabbrini (2007, p. 82) aduz que “crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”. Referido conceito outrora também já compartilhado por Asúa (1951, p. 61), a qual explica que:

(...) crime é a conduta considerada pelo legislador como contrária a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado e lesiva de bens juridicamente protegidos, procedente de um homem imputável que manifesta com sua agressão perigosidade social.

A definição de crime na visão da teoria analítica, por sua vez, ainda é conturbada em meio à doutrina, eis que possibilita a discussão a partir da concepção bipartida⁴, tripartida⁵ e tetrapartida⁶. Para qualquer efeito, o presente trabalho adota a concepção tripartida, que, conforme os ensinamentos de Hassemer (1984, p. 255), crime seria “a definição segundo a qual o ato punível é a ação típica, ilegal e culposa”⁷. Desta forma, o conceito de crime na teoria analítica seria:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou anti-jurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável. (TOLEDO, 1999, p. 30).

A partir desta concepção analítica de crime, a qual repousa sua base de caracterização do delito sobre os pilares da tipicidade, culpabilidade e ilicitude, é capaz de analisar o crime a partir do fenômeno da globalização e do

4. Para essa corrente crime seria todo fato típico e ilícito.

5. Diferentemente da concepção tripartida, entende-se como crime a existência da ação típica, ilegal e culposa.

6. Embora menos adotada, entendem os adeptos a essa corrente que crime seria todo fato típico, ilícito, culpável e punível.

7. “La definición según la cual el hecho punible es la acción típica, antijurídica y culpable”.

advento das novas tecnologias.

Destaca-se, prefacialmente, que não há uma definição uníssona acerca do que seriam os crimes informáticos. Contudo, conforme exposto até o presente momento, é possível extrair que um crime informático ou virtual decorreria, a partir de uma interpretação lógica, de uma conduta típica, ilícita e culpável, cuja sua prática deu-se em meio à atuação do agente na aldeia global. Este entendimento, inclusive, é o mesmo compartilhado por Rossini (2004, p. 110), que leciona que:

(...) o conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade.

Do conceito proposto pelo autor supracitado é capaz extrair duas acepções importantes para o presente trabalho e para a classificação dos crimes informáticos, que é a caracterização do crime próprio e impróprio. Em poucas palavras, ter-se-á um crime informático de classificação própria quando a conduta do agente for praticada diretamente em desfavor de um sistema informática; enquanto que, será de maneira imprópria quando o ato do agente culpável por contra outros bens jurídicos, mas valendo-se de um sistema informático para a sua prática.

Ademais, insta salientar que há, por derradeiro, a possibilidade da classificação do delito ser mista, ou seja de classificação própria e imprópria concomitantemente, que configurar-se-á a partir da complexidade do crime, envolvendo mais de um bem jurídico tutelável, sendo eles de natureza diversa.

O presente trabalho chama atenção especial em relação a classificação mista, eis que o objeto do estudo – análise do crime de sequestro e extorsão de dados digitais – configura-se a partir do uso de um sistema informático para a caracterização dos verbos nucleares dos tipos penais de sequestro e extorsão de dados, afetando diretamente o bem jurídico que, neste caso, tratar-se-á da inviolabilidade dos dados e informações digitais para auferir vantagem.

Apresentado breve conceito acerca do que seriam os crimes informáticos, bem como da classificação e das teorias que norteiam esta pesquisa, faz-se pertinente o estudo acerca dos delitos de sequestro e de extorsão digital a fim de visualizar alternativas preventivas para a aplicação de sanção às suas práticas.

4. SEQUESTRO DE DADOS ELETRÔNICOS PARA A PRÁTICA DE EXTORSÃO DIGITAL E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL COMO POTENCIAL SOLUÇÃO

Para o cometimento da conduta de sequestro de dados eletrônicos, os agentes, doravante denominado de *hackers*, valem-se principalmente de *ransomwares*, que são *softwares*, criados justamente com a finalidade de infiltrar em equipamentos eletrônicos e em sistemas, de modo despercebido, para bloquear o acesso a eles. É de difícil percepção, eis que podem ser alocados por meio de simples acessos em redes sociais ou em *downloads* de arquivos. A verdade é, como já mencionado no trabalho, que são efeitos negativos de um ato.

É por esse caráter de revestir-se em, muitas vezes, coisas de interesse público, que *ransomware* há tempos é objeto de preocupação de autoridades policiais e de estudiosos pelo mundo, eis que podem afetar qualquer dispositivo tecnológico que possua um sistema operacional, seja ele de cidadãos, empresas ou de órgãos de governo. Depois de alocado, o instrumento tecnológico invasor atuará no silêncio, até completar o ciclo de instalação de seus arquivos para que, posteriormente, informe ao dono do aparelho/sistema o bloqueio e, conseqüentemente, apresente um pedido de bloqueio.

Independentemente da forma com que se revista o *ransomware*, é inegável que dele pode se extrair a prática de inúmeros delitos, uma vez que serve como objeto de espionagem, sabotagem, fraude, furto ou roubo (a depender da extensão da interpretação de violência ou grave ameaça, como, por exemplo, inutilizar o aparelho/sistema eletrônico), sequestro; podendo, ao final, não só representar um acesso sem autorização e ofensa aos direitos e garantias do homem, como também em divulgação de material ofensivo e, principalmente, estelionato.

Cumpra salientar que a lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, ao dispor sobre a tipificação criminal dos delitos informáticos, alterou o código penal brasileiro, incluindo o artigo 154-A, passando a prever sanção para o agente que invadir sistema/dispositivo eletrônico de outro, mediante violação indevida (BRASIL, CPP, 1940). Veja-se:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

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

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I – Presidente da República, governadores e prefeitos;

II – Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III – Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV – dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Embora a prática de invadir dispositivos/sistema eletrônicos seja abominada no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se do dispositivo retrotranscrito que não há o reconhecimento da importância de referidas condutas, porquanto se denota que a norma penal é branda se comparada aos efeitos possíveis do crime.

Guerra (2004, p. 112) ao tratar sobre os desdobramentos da invasão de privacidade em meio telemáticos, destacou que a invasão afeta “o direito de controle e acesso aos registros informáticos bem como o direito de retificação e anulação de dados armazenados”, mas primou em pontuar que o maior problema, e por isso a crítica à norma branda se impõe, é que as condutas ora narradas representam “intromissões de qualquer natureza na vida privada da pessoa humana, na reserva por razões ideológicas, em divulgações que ofendam a imagem e/ou impliquem em sua utilização indevida”.

Não obstante seja branda a norma penal que trata sobre o assunto,

pondera-se que o maior problema repousa não só identificar quem é o agente praticante da conduta, mas principalmente em aplicar a legislação brasileira ao caso concreto, eis que na maioria dos casos os *hackers* são de outros países. Assim, por estarem em limite territorial e jurisdicional distinto de onde foi praticado o crime, dificulta-se a aplicação das normas brasileiras, porquanto ela só é aplicada no exterior em casos excepcionais.

De igual modo atuará os demais países na aplicação de leis, ressalvados os casos de acordos internacionais para punir os agentes transgressores, uma vez que também são submetidos ao dever de respeitar a soberania dos demais países.

Dessa situação, é possível extrair duas soluções. A primeira, de ordem coletiva, e a segunda, de ordem pessoal. Em se tratando da ordem coletiva, entende-se como potencial solução a cooperação internacional no combate ao *ransomware*. Frise-se que esta cooperação já deu início a partir de uma atuação entre a polícia nacional holandesa, a *europol*, a *intelsecurity* e a *Kaspersky*, dando início ao projeto *no more ransom*, que trata-se de iniciativa que já localizou um servidor central utilizado por *hackers*.

A cooperação internacional que ora se propõe é no sentido de viabilizar órgãos específicos responsáveis pelo combate aos crimes informáticos. Um deles ficaria incumbido no dever de investigações, enquanto outro funcionaria como a casa de leis internacional para que, a partir da atuação de um terceiro órgão internacional, realizasse a função julgadora. Desta forma, poder-se-iam ter leis universais que aplicar-se-iam aos agentes transgressores, desde que os países onde residem os agentes e praticaram-se os crimes fosse signatários.

De outro norte, partindo-se de uma solução de ordem individual, pauta-se a proposição na responsabilidade dos cidadãos, no sentido de adotarem medidas básicas de segurança, de cunho preventivas, tais como *back-ups*, o uso de antivírus, a desconfiança e o receio de sites que aparem não serem seguros, entre outros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, os instrumentos tecnológicos têm possibilitado que os crimes e danos anteriormente praticados apenas por meios materiais agora sejam realizados também em uma sociedade digital, sem limites territoriais e carentes de efetiva legislação que permita a atuação do Magistrado na busca da reparação dos danos morais.

O homem, embora não esteja mais em um estado de natureza, ainda busca formas de manter a sua supremacia e utilizar sua liberdade em detrimento dos demais, de modo que seus atos, ainda que realizados sem culpa, sejam comumente exercidos em favor de seu benefício.

São esses atos quando praticados e resultam danos à dignidade da pessoa humana que merece atenção especial do Estado de Direito, bem como aqueles que possuem sua efetiva tipificação penal. A internet, por permitir que todos os cidadãos estejam conectados a todo tempo e em todos os lugares, acaba por ser o refugio daqueles que querem praticar crimes.

É inegável que o direito brasileiro deu um largo avanço quando da preocupação sobre a regulamentação das relações havidas na aldeia global, instituindo o Marco Civil da Internet. Contudo, a legislação não representouse de toda efetiva, uma vez que, na verdade, acabou por criar também uma instabilidade quanto à aplicação da norma. Isto porque, às relações pessoais na aldeia global, quando realizadas sob a jurisdição brasileira, aplicar-se-ão as normas de direito brasileiro.

Todavia, a maior preocupação repousa sobre a responsabilização do agente que praticou a conduta, o provedor de internet onde se alocou o fato delituoso ou aquelas pessoas que contribuíram com o compartilhamento do fato estejam fora dos limites da jurisdição brasileira, dificultando assim a aplicação da norma brasileira. Por exemplo, em um caso onde o agente praticante da conduta resida nos Estados Unidos, será inaplicável as normas relativas ao Marco Civil da Internet e ao código penal, porque a jurisdição brasileira não possui competência para adentrar os limites de outra federação e, por consequência, aplicar uma sanção ao agente.

Se essa situação fosse de toda possível, seria inegável uma instabilidade na soberania das federações, principalmente porque criaria uma insegurança jurídica para o direito nacional e internacional.

A verdade é que os agentes infratores que utilizam da internet para o cometimento de suas ações deverão ser responsabilizados, desde que, seguindo o devido processo legal, se conclua ter havido o crime e ser ele o responsável pela conduta. A tarefa do Magistrado na aplicação da legislação e consequentemente da sanção será árdua, contudo, não se pode esquecer que em uma colisão entre os avanços tecnológicos, o direito à liberdade de expressão e à pessoa humana, é claro que esta última deverá se sobrepor, porquanto o valor de sua dignidade é inestimável ao ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- ARENDETT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. Pós-fácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas** (M. Penchel, Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34; 2010.
- BRASIL, Presidente da República. **Código Penal**: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília: Diário oficial da união, 1940.
- GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrol**. 6ª Ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. – 6ª Ed. – Rio de Janeiro: Record, 2007.
- HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Col. Os Pensadores. São Paulo:Ed. Abril, 1984.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **¿Cibercidadaní@ o ciudadaní@.com?**. Barcelona: Gedisa, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución. Décima edición**. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 2010.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das letras, 2010.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde; Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: casa editorial Boch – Urgel, 51 bis. 1984
- ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.
- ASÚA, Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. v. 3. Buenos Aires: Losada. 1951.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. *In* Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 82.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 106.
- MAGGIORE, Giuseppe. **Direito Penale**. v. I, 5ª ed. Bolonha: Nicola Zanelli. 1951. p. 189. 20
- PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime e a Pena na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. *In* Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 81.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, São Paulo: Saraiva: *In* Fernando Galvão e Rogério Greco, **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.

INCREMENTO DO RISCO E CRIMES CULPOSOS

Diego Alan Schöfer Albrecht¹

Marcos Afonso Johner²

1. INTRODUÇÃO

A teoria da imputação objetiva tem por objetivo delinear as situações em que o comportamento humano cria um risco juridicamente desaprovado – desvalor de ação – e quando tal risco se materializa no resultado lesivo – desvalor de resultado –, desde uma perspectiva do tipo objetivo. O desenvolvimento de seus postulados teóricos se deu, sobretudo, no âmbito dos crimes culposos, infrações que, por sua própria gênese, demandam uma valoração normativa pelo Poder Judiciário.

Um dos assuntos – senão o – mais controvertido no estudo da imputação ao tipo objetivo diz respeito à teoria do incremento do risco, mormente naquelas situações em que se indaga acerca da possibilidade de imputar o resultado quando este teria sido evitado por uma conduta alternativa conforme ao Direito, não com segurança, mas, apenas, provável ou possivelmente.

Diante disso, nos crimes culposos, quais devem ser os critérios de imputação nas hipóteses de incremento do risco? Para responder ao problema, parte-se de três hipóteses a) se a conduta alternativa conforme ao direito conduzir com segurança ao mesmo resultado, este não deve ser imputado ao agente; b) se a conduta alternativa conforme ao direito evitar o resultado, este deve ser imputado ao agente; c) se o processo não comprovar, com o devido grau de certeza, que a conduta alternativa conforme ao direito evitaria o resultado, este não deve ser imputado ao agente.³

1. Doutorado (2016-) e Mestre (2011) em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2008). Coordenador e Professor do Curso de Direito e Membro do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da FAI Faculdades de Itapiranga/SC.
2. Bacharelado em Direito pela FAI Faculdades de Itapiranga/SC. Pesquisador do grupo Ciências Criminais na Contemporaneidade: diálogos entre criminologia, dogmática penal e política criminal, da FAI Faculdades de Itapiranga/SC.
3. O presente estudo é fruto das pesquisas parciais realizadas como requisito de aprovação no Projeto do

Para desenvolver o presente trabalho, será abordada, num primeiro momento, ainda que resumidamente, a visão geral dos crimes culposos. Depois, verificar-se-ão os critérios de criação de um risco e sua desaprovação jurídica, bem assim da realização de tal risco no resultado, espaço em que se tecerão breves comentários a respeito da teoria do incremento do risco. Por fim, buscar-se-á definir, obviamente sem cunho exaustivo, quais critérios de imputação podem orientar o intérprete ao se deparar com hipóteses de incremento do risco.

2. OS CRIMES CULPOSOS

Durante longo período a dogmática penal se preocupou com o estudo dos crimes dolosos, relegando aos culposos posição secundária na teoria do crime.⁴ No entanto, as inovações tecnológicas das últimas décadas proporcionaram o surgimento de “novos e complexos conflitos sociais”⁵, com cargas de riscos outrora desconhecidas, o que ensejou um especial interesse na pesquisa de tais espécies delitivas. Atento a isso, Carlos Fiore observa que “il reato colposo, a lungo confinato in una zona quasi marginale del sistema penale, da tempo ormai occupa, viceversa, soprattutto nella prassi, uno spazio di crescente importanza”⁶.

Com efeito, de acordo com o direito positivo brasileiro, diz-se que o crime é culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, II, do Código Penal); não se trata de conceito, mas de *fórmula casuística*.⁷ Diante disso, costuma-se afirmar que os tipos culposos são *abertos*, na medida em que “não existe uma definição típica completa e precisa para que se possa, como acontece em quase todos os delitos dolosos, adequar a conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei”⁸, razão pela qual o intérprete deve recorrer “a uma disposição ou norma de caráter geral que se encontra fora do tipo”⁹.

Entretanto, a teoria dos tipos abertos traz o inconveniente de que o injusto típico “perderia a sua característica indiciária da ilicitude (*ratio*

Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário FAI, datado do segundo semestre de 2017.

4. Conforme se pode extrair de TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 36-37.
5. Idem, p. 37.
6. FIORE, Carlos. **Diritto Penale**, Parte Generale, I. Torino: UTET, 2000, p. 244.
7. NORONHA, Edgard Magalhães. **Do crime culposo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 91.
8. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, vol. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 212.
9. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 442.

cognoscendi), de modo que apenas o texto legal, na ausência de um elemento objetivo para completar o tipo, não seria capaz de distinguir uma conduta típica de uma atípica”¹⁰, circunstância que “levaria à necessidade de suprir essa lacuna por meio de elementos positivos da antijuridicidade”¹¹.

Devido a isso, Jescheck e Weigend asseveram que a teoria dos tipos abertos deve ser rechaçada, “pues si el tipo es entendido como tipo de injusto sólo puede ser concebido de un modo ‘cerrado’, porque de lo contrario le faltaría precisamente su cualidad de tipo”¹². Assim sendo,

el tipo debe contener sin excepción la totalidad de los elementos determinantes de injusto de una modalidad delictiva y que la cuestión relativa a la antijuridicidad sólo puede ser determinada en un sentido negativo”, isto é, “en el sentido de su exclusión por la intervención de causas de justificación”¹³.

Portanto, os tipos culposos, apesar de genéricos, não são abertos. A exigência de uma ponderação normativa realizada pelo Poder Judiciário serve para concretizar a tipicidade do comportamento descuidado, mediante a análise de seus elementos constitutivos. Afinal, tendo em vista que “um elemento é essencial a um objeto quando este, sem aquele, deixa de existir como tal”¹⁴, é possível concluir que a atividade judicante é positiva em relação aos caracteres da tipicidade da infração culposa, e não de sua ilicitude. A propósito, veja-se o arremate de Juarez Tavares:

Assim, a complementação pelo juiz de elementos normativos, contidos no tipo dos delitos culposos, isto é, da comprovação acerca da conduta perigosa, da violação do risco autorizado, da lesão aos deveres de cuidado e da imputação, não significa um juízo positivo da ilicitude, mas exclusivamente uma tarefa relativa à confrontação entre tipo e normas permissivas, que figuram como elementos objetivos de valoração. Isto, evidentemente, não conduz à conclusão de que se trate de tipos abertos, os quais o julgador se encarregaria de complementar segundo seus próprios critérios. *Trata-se de tipos fechados, nos quais há, primeiramente, uma previsão legal sobre a forma de sua realização, se dolosa ou culposa; depois, a demonstração acerca da desautorização da conduta, aliada à verificação empírica de uma condição para a sua afirmação, resultante da análise das normas de cuidado e dos critérios normativos de imputação que delimitam a conduta perigosa* (grifo nosso)¹⁵.

10. D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 111.
11. TAVARES, op. cit., p. 298.
12. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 264.
13. Idem, ibidem.
14. NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 96.
15. TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 299-300.

Diferenciar as modalidades de culpa mencionadas no *códex* – imprudência, negligência e imperícia – apresenta “pouco ou quase nenhum resultado prático”. É que, “tanto na *imprudência* quanto na *negligência* há a inobservância de cuidados recomendados pela experiência comum no exercício dinâmico do cotidiano humano”, assim como na imperícia, que “não deixa de ser somente uma *forma especial* de imprudência ou de negligência” (grifos do autor)¹⁶. Desse modo, o que realmente interessa é verificar se a conduta humana criou um risco juridicamente desaprovado e se tal risco foi o que se realizou no resultado lesivo.

3. IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Imputar algo a alguém significa dizer que este alguém é responsável por aquele algo, isto é, que determinado sucesso se lhe pode atribuir como obra sua.¹⁷ O nexo de imputação é *normativo*, não se confundindo com a *relação de causalidade*, tampouco a excluindo ou a substituindo.¹⁸

Desse modo, num primeiro momento é necessário verificar se o comportamento humano pode ser considerado causa, desde a perspectiva da *teoria da causa como condição conforme as leis naturais*. Nesse viés, “para que una acción adquiriera la cualidad de condición sólo depende de si ésta ha producido realmente el resultado sobre la base de una ley causal determinada conforme a nuestro conocimiento experimental”¹⁹.

Concluída a primeira etapa, é imperioso analisar se o comportamento do agente *criou um risco juridicamente desaprovado* e tal risco se *realizou no resultado*. Pode acontecer que determinada conduta seja considerada causa, todavia, não seja juridicamente desaprovada, do mesmo modo que a superveniência de um resultado não implica no seu automático desvalor.

16. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 389. Mirabete reconhece que são imprecisos os limites distintivos das modalidades de culpa e, à semelhança de Bitencourt, afirma que as três podem coexistir no mesmo fato; para tanto, conferir: MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 136.
17. Semelhante: WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, sem informação de ano, livro digital, formado PDF, p. 58. Luís Greco, de outro lado, prefere não utilizar a expressão “obra sua”, ao argumento de que tal “caracterização é mais própria do conceito de ação do que de uma teoria que quer determinar não o que é a ação em si, e sim o conteúdo de uma norma de proibição” (GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 34).
18. Como, equivocadamente, chegou a afirmar BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**, v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 185-186.
19. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 303. Fábio D’ávila exemplifica com “o caso da influência da talidomida na deformação de recém-nascidos, cuja relação causal-naturalística somente pode ser apreciada por especialistas da área médica” (D’AVILA, Fábio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 34).

Dessa forma, além da relação causal, deve existir um *nexo normativo* entre o risco não permitido criado e a sua produção no resultado.

3.1. A CRIAÇÃO DE UM RISCO JURIDICAMENTE DESAPROVADO

Para saber se um risco foi criado, faz-se um *juízo de adequação* com base na *prognose póstuma objetiva*, fruto herdado da *teoria da causalidade adequada*.²⁰ Com efeito, deve-se indagar se um observador objetivo, situado no momento da prática da conduta, julgá-la-ia perigosa: se sim, criou-se um risco; se não, a resposta é contrária. É uma prognose, porque se partem dos dados existentes naquele instante (*ex ante*); objetiva, porque se substitui o sujeito concreto por um homem prudente; e póstuma, porque ao juiz cabe a tarefa de ponderar se o homem prudente praticaria aquela conduta, numa perspectiva *ex post*.²¹

Existe certa controvérsia a respeito de se se devem levar em consideração os *conhecimentos especiais* de que dispunha o autor. À míngua de exemplo, presentear alguém com uma viagem de avião não cria risco algum; porém, ainda se reputaria não perigosa a conduta do sujeito caso ele soubesse que naquele voo ocorreria um atentado terrorista? Se se partisse, apenas, dos dados conhecidos pelo homem prudente, a resposta seria positiva. Dessarte, com o objetivo de evitar tal inconveniente, alguns autores incluem os conhecimentos especiais do agente que efetivamente atuou.²² Outros, por sua vez, não permitem que eles influam na imputação, a exemplo de Jakobs, para o qual “um conhecimento sem o respectivo dever de conhecer seria um elemento não jurídico do delito, ao estar definido de maneira totalmente psicológica”^{23, 24}

Além do mais, não há criação de risco naquelas condutas que o

20. ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 367.
21. GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 34. Martínez Escamilla também reconhece que “la primera característica que ha de presentar un comportamiento para que sea posible la imputación del resultado es que se trate de un actuar peligroso, que, adelantamos, cree un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido” (MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. **La imputación objetiva del resultado**. Madrid: Edersa, sem informação de ano, p. 61).
22. Assim: ROXIN, op. cit., p. 360 e 367; GRECO, op. cit., p. 36-39.
23. JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 51. No entanto, o autor admite a inclusão dos conhecimentos especiais quando estes se entrelaçam com os conhecimentos relativos ao papel do autor, relativamente aos âmbitos da concorrência por organização e da concorrência institucional; a fundamentação se encontra nas páginas 51-53 da obra citada nesta nota. Além disso, importante lembrar que Jakobs não divide o desvalor da ação em criação do risco e desaprovação jurídica do risco criado, porquanto sua análise dos conhecimentos especiais é realizada juntamente com o instituto do risco permitido, enquanto critério geral de imputação.
24. Não se tecerão maiores comentários a respeito dos conhecimentos especiais, pois fogem do objetivo do trabalho. No entanto, acredita-se que eles devem ingressar na prognose póstuma objetiva.

diminuíam, isto é, quando o sujeito modifica o curso causal de tal modo a melhorar a situação do objeto a ser atingido.²⁵ Exemplo: “A”, no exato instante em que “B” manejava uma arma para disparar contra “C”, consegue mover o braço de “B” levemente para cima; o tiro atinge “C” apenas de raspão. Sem a intervenção de “A”, provavelmente o projétil acertaria uma região mortal do corpo de “C”. Portanto, a ação de “A” não pode ser considerada perigosa, justificando-se a não punição “porque seria absurdo proibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido”^{26, 27}.

Verificado que o comportamento é criador de risco, deve-se investigar se este é *juridicamente desaprovado*. Nessa senda, “o risco permitido é exatamente aquele proveniente de comportamentos tolerados apesar de arriscados” (grifo do autor)²⁸, apresentando-se como conceito formal, “no sentido de apenas fornecer uma denominação comum para todos os casos em que, apesar de se criar um risco, ele não acaba sendo desaprovado pelo ordenamento jurídico”²⁹. Afinal,

[...] não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão de outro. [...] É que a sociedade não é um mecanismo cujo único fim seja oferecer a máxima proteção aos bens jurídicos, mas que está destinada a possibilitar as interações, e a proibição de qualquer colocação em perigo, de qualquer índole que seja, tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social, incluindo também os comportamentos de salvação.³⁰

Assim as coisas, para constatar se um risco excede os níveis do permitido, num primeiro momento é preciso verificar se a conduta viola alguma *norma de segurança*, a exemplo daquelas que regulam os limites de velocidade mínimo e máximo para o tráfego de veículos automotores ou estabeleçam padrões técnicos de construção civil.³¹ Entretanto, “deve ficar claro que a

25. ROXIN, op. cit., p. 365.

26. ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 366.

27. Os casos de diminuição do risco não se confundem com os casos de *substituição do risco*. Se, no exemplo apresentado, “A” empurrasse “C”, para evitar seja ele alvejado, e este vem a sofrer escoriações em partes de seu corpo, a conduta seria típica, porém justificada pela legítima defesa de terceiro, sendo o fato, portanto, lícito. As consequências são distintas: nas hipóteses de diminuição, sequer há criação de risco – o fato é atípico; nos casos de substituição, o risco é criado e pode ensejar o aparecimento de um fato típico, desde que observados os demais critérios de imputação, mas justificado pelo Direito – o fato é típico, não obstante seja lícito.

28. SANTOS, Humberto Souza. Co-autoria em delitos culposos? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 56, p. 9-32. São Paulo. Setembro/Outubro de 2005, p. 23.

29. GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65-66.

30. JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 25.

31. As normas de segurança podem ser *jurídicas* ou *não jurídicas*, respectivamente ao exemplo do parágrafo. Quanto às últimas, Luís Greco observa que apresentam um *déficit* de legitimidade democrá-

inobservância de normas regulamentares *tem caráter apenas indiciário* da produção de um risco não permitido, na medida em que a norma generalista não tem *valoração vinculante*” (grifo do autor)³².

Ademais, é necessário verificar se, além da violação à norma de segurança, a conduta do agente também tenha violado o *princípio da confiança*, cuja lógica informa que as pessoas, ao agirem, não precisam se preocupar “com a possibilidade de que outra pessoa possa se comportar erradamente e com isso concorrer para a produção de um resultado indesejável”³³, pois, “quando o comportamento dos seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente a todos os demais; de outro modo, não seria possível a divisão do trabalho”^{34, 35}.

Por fim, e não menos importante, deve-se retornar ao *homem prudente*. Nesse momento, será preciso questionar se, além de reputar a ação perigosa, ainda assim agiria.³⁶ Destarte, se o observador objetivo também praticasse a conduta do sujeito efetivo, pode-se concluir que o risco não é juridicamente desaprovado; do contrário, se ele se abstivesse, a resposta seria inversa.

3.2. REALIZAÇÃO DO RISCO NO RESULTADO

Nos crimes que exigem a ocorrência de um resultado, como é o caso dos culposos, além da criação de um risco não permitido é imprescindível averiguar se tal risco foi o que efetivamente se realizou no evento danoso. Dessa forma, não basta a simples relação causal; é indispensável estabelecer um *nexo normativo* entre a conduta e o resultado, mediante uma etapa autônoma de

tica – não é o Poder Legislativo que as elabora – e, por isso, não têm o mesmo grau de relevância conferido às normas jurídicas. Entretanto, pondera que “não se pode desconhecer que as normas técnicas continuam a ser o ponto de partida para o exame do caráter juridicamente desaprovado da ação perigosa” (GRECO, op. cit., p. 56-59).

32. D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 50. Assim também GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

33. GRECO, op. cit., p. 59.

34. JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 26. O autor citado se refere ao “papel do cidadão”: a expressão se deve ao fato de que Jakobs constrói sua teoria da imputação na ideia de que cada componente da sociedade é portador de um *papel social*, definido como “um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas” (JAKOBS, op. cit., p. 20). Com efeito, não se trata de (des)valorar a ação do sujeito em si, mas a ação do portador de um papel, com base na orientação normativa correspondente à função exercida pelo indivíduo na sociedade. Além disso, Jakobs transforma o princípio da confiança em *critério geral de imputação* (ao lado do risco permitido, da proibição de regresso e do âmbito de responsabilidade da vítima), e não em etapa da desaprovação jurídica do risco. Mesmo assim, reputou-se possível a inserção da referência no texto, uma vez que o sentido dado à base de apreciação é semelhante.

35. É bem verdade que o princípio da confiança não é absoluto, admitindo restrições. Para tanto, conferir: GRECO, op. cit., p. 62-63; D’AVILA, op. cit., p. 50-51.

36. GRECO, op. cit., p. 63-64.

imputação, a da *realização do risco*.

Com efeito, “a realização de um risco não depende daquilo que teria acontecido sem esse risco, mas sim daquilo que aconteceu com ele”³⁷; ou seja, “um risco não permitido realiza-se quando, para esclarecer o dano, necessita-se de todas aquelas informações acerca do evento das quais deduz-se o caráter não permitido do risco”. Sendo desnecessária uma dessas informações, “a relação não permitida não se realizou”³⁸.

Por conseguinte, diversos problemas que atualmente são tratados como *causas supervenientes relativamente independentes* (art. 13, § 1º, do Código Penal) passam a ser resolvidos no âmbito da realização do risco. É o famoso exemplo da vítima baleada que, socorrida por uma ambulância, é levada ao hospital, cujo edifício incendeia, vindo a falecer em decorrência do fogo, e não dos fatos que motivaram sua internação. Aqui, não é a conduta *ex ante* perigosa que se realizou no resultado, impedindo seja este imputado ao agente, que responderá pela tentativa do tipo penal que visou praticar, podendo, ainda, restar impune, caso sua atuação tenha sido culposa.

Alguns autores pretendem resolver determinadas questões a partir do chamado *nexo de proteção da norma de cuidado*. Para tanto, deve-se questionar se aquilo que posteriormente ocorreu era o que anteriormente justificava a proibição. Trata-se de um juízo eminentemente teleológico, que não carrega consigo maiores problemas, segundo aponta Luís Greco:

No que se refere ao nexo do fim de proteção da norma, a realização do risco não coloca qualquer problema novo: basta que concretizemos o risco *ex ante* juridicamente desaprovado, apontando tanto o bem jurídico, como os cursos causais a que ele se refere, e que depois perguntemos se, *ex post*, o que efetivamente ocorreu – curso causal e afetação de bem jurídico – foi aquilo que *ex ante* justificava a proibição. Se a resposta for positiva, o risco estará realizado, caso contrário, não.³⁹

É o exemplo do motorista que, no ponto “X” de determinada rodovia, conduz seu veículo a 120 km/h, sendo que no local a velocidade máxima permitida era de 80 km/h, e, no ponto “Y”, quando já dirigia observando a norma de segurança, portanto, nos limites do risco permitido, vem a atropelar um transeunte que surge repentinamente na estrada. Poder-se-ia

37. JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 322.

38. Idem, p. 325.

39. GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 105.

argumentar que, se, desde o início do curso causal, o condutor tivesse observado as regras de cuidado devidas, chegaria posteriormente ao local do acidente, evitando o resultado. Todavia, a finalidade da norma é evitar que aconteçam danos no momento em que a conduta perigosa está sendo praticada, e não posteriormente. Destarte, no exemplo fornecido – que, a nosso ver, sequer representaria a criação de um risco juridicamente desaprovado – o resultado ocorrido não se encontra no âmbito de proteção da norma de cuidado.⁴⁰

3.2.1. Teoria do incremento do risco

Talvez o mais problemático dos problemas relativos à imputação objetiva “se refere a la cuestión de si se debe imputar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a Derecho el mismo hubiera sido evitado, no con seguridad, sino sólo probable o posiblemente”⁴¹. Roxin exemplifica:

El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm. del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de cortocircuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico.⁴²

Dois teorias surgiram para enfrentar o problema. A *teoria do incremento/aumento do risco*, defendida por Roxin, “não considera necessário que o comportamento hipotético conforme ao direito evitasse o resultado, mas apenas que ele o tornasse menos provável”. Dessa maneira, “se o comportamento proibido implicar um risco mais elevado em relação ao comportamento correto, se o comportamento proibido piorar a situação do bem jurídico, retirando-lhe chances de sobrevivência, ter-se-á de imputar o resultado ao autor”⁴³. Com efeito, no exemplo anteriormente fornecido,

[...] es obligada la imputación, porque una conducción correcta habría salvado la vida del ciclista, cierto que no con seguridad, pero sí posiblemente, y por tanto la superación del riesgo permitido por no guardar la distancia de separación lateral ha incrementado de modo jurídicamente relevante la

40. Conferir, dentre outros: GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 102-103.

41. ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General: Tomo I. Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 379.

42. Idem, ibidem.

43. GRECO, op. cit., p. 120-121.

posibilidad de un accidente mortal.⁴⁴

De outro lado, a *teoria da evitabilidade*, predominante na jurisprudência alemã e na doutrina em geral, orienta que “só se justifica a punição por delito consumado se o autor não apenas tiver causado a lesão através do comportamento antijurídico, mas também se o comportamento correto acabasse seguramente por evitá-la”⁴⁵. Caso restem dúvidas, ou o agente é punido tão só pela modalidade tentada, se atuou dolosamente, ou é absolvido, se agiu de forma culposa, mediante aplicação da regra do *in dubio pro reo*.⁴⁶

4. CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO NOS CASOS DE INCREMENTO DO RISCO

A demonstração de que o comportamento alternativo conforme ao direito conduziria, com segurança, ao mesmo resultado, exclui a imputação, “pues entonces no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento”⁴⁷. Do mesmo modo, se, com grau de certeza, o comportamento alternativo conforme ao direito teria evitado o dano, imputa-se o evento ao agente.⁴⁸ Quanto a isso, crê-se não existir muita controvérsia.

A problemática circunda no confronto entre a teoria da evitabilidade e a teoria do incremento do risco, naquelas situações em que o comportamento alternativo conforme ao direito somente evitaria o resultado com certa probabilidade, ou seja, se “diminuiria de modo relevante o perigo de produção do resultado”⁴⁹.

Pois bem. Faz-se necessária uma incursão processual para solucionar tal problema de imputação. Sabe-se que o direito civil se realiza hodiernamente, sem a necessidade de um processo: a celebração de um contrato, por exemplo, depende tão só do acordo de vontade das partes (e demais pressupostos exigidos em lei); a atividade jurisdicional somente será acionada em caso de

44. ROXIN, op. cit., p. 379.

45. GRECO, Luis. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 119. Conferir também: SOUZA, Luyla Cavalcante de. O nexa de aumento do risco na imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 66, p. 77-117. São Paulo. Maio/Junho de 2007, p. 90.

46. GRECO, op. cit., p. 120. Conferir também: SOUZA, op. cit., p. 91.

47. ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General: Tomo I. Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 379. Assim também: FRISCH, Wolfgang. **Tipo penal e imputación objetiva**. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex, 1995, p. 52-53; D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 59-60.

48. D’AVILA, op. cit., p. 62.

49. SOUZA, op. cit., p. 98.

descumprimento ou outra causa que enseja uma lide. De outra banda, o direito penal “não tem realidade concreta fora do processo penal, ou seja, não se efetiva senão pela via processual. [...] Somente depois do processo penal teremos a possibilidade de aplicação da pena e realização plena do direito penal”⁵⁰. Isso decorre do *princípio da necessidade do processo penal*, oriundo dos brocardos *nulla culpa sine iudicio e nulla accusatio sine probatione*.⁵¹

Por esses motivos, o réu é considerado inocente até que se prove a sua culpa e transite em julgado a sentença penal condenatória – *regra da presunção de inocência* (art. 5º, LVII, CF/88; art. 8º, item “2”, Pacto de San José da Costa Rica). Daí se extrai um *dever de tratamento* ao acusado, que, em sua *dimensão interna ao processo*, determina que “a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*)”⁵². Por conseguinte, derivam-se duas regras: uma de *tratamento* – o ônus da prova é da acusação – e outra de *julgamento* – a dúvida milita em favor do réu.⁵³

Desse jeito, se a acusação não obtiver êxito em comprovar, durante o processo, que a conduta que incrementou o risco se realizou no resultado, restando dúvidas ao juiz no momento de proferir sua decisão, outra escolha não há: ou aplica a pena pela tentativa,⁵⁴ sendo o crime doloso, ou absolve o acusado, caso se trate de infração culposa, em observância à regra de julgamento proveniente da presunção de inocência.⁵⁵⁻⁵⁶

50. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

51. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

52. LOPES JR., op. cit., p. 96-97.

53. LOPES JR., op. cit., p. 97. Conferir também: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 44-48.

54. Não há como negar a dificuldade, no plano prático, de se chegar a essa conclusão. Afinal, grande parte dos exemplos relacionados aos tipos dolosos refere-se a crimes contra a vida, os quais, no ordenamento jurídico brasileiro, são de competência do tribunal do júri. Assim, se é difícil para os estudiosos do direito penal chegar a uma conclusão a respeito do assunto, que dirá para pessoas leigas que compõem a lista de jurados.

55. Esta conclusão se impõe “não porque não concorra um comportamento desaprovado, mas porque não está provado que o resultado pode ser atribuído ao comportamento” (JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 5. ed. Tradução de André Luis Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 94). No mesmo sentido, vide: COSTA JUNIOR, Heitor. **Teoria dos delitos culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 66-67, que, apesar de não mencionar o *in dubio pro reo*, afirma que a solução de Roxin “não é satisfatória”; D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 64; SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 38; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002, p. 472, para os quais haveria pena a um tipo de perigo que não existe na realidade, solução que violaria o *in dubio pro reo*, cujas consequências seriam intoleráveis; SANTOS, Daniel Leonhardt; BURGEL, Leticia. A aplicação da teoria do incremento do risco nos crimes culposos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, nº 6, p. 243-275. 2015.

56. A favor da teoria do incremento do risco: obviamente, seu idealizador ROXIN, Claus. **Derecho Penal –**

Luylla Cavalcante de Souza aduz que a conclusão acima, advinda da teoria da inevitabilidade, é sensata do ponto de vista processual; todavia, desde a perspectiva do direito material, conduz a resultados insatisfatórios, pois “o bem jurídico fica sem nenhuma proteção justamente quando mais precisa”⁵⁷. Entretanto, conforme exposto anteriormente, o direito penal material não se efetiva sem o processo; além do mais, a presunção de inocência irradia regras probatórias e de julgamento, ambas intercaladas entre si, exigindo que o juiz se atenha às provas colhidas e que, se estas lhe deixarem em dúvida acerca da realização do risco no resultado, puna pela tentativa ou absoluta; é garantia de segurança jurídica.

Além disso, a utilização da teoria do incremento do risco, “fundada em critérios de mera possibilidade ou probabilidade, gera uma insuportável insegurança jurídica, estampada num grau exagerado de subjetivismo judiciário”⁵⁸. Por isso são necessários critérios com maior grau de objetividade, justamente para evitar ativismos judiciais, tão em voga nos tempos recentes.

Salienta-se, por oportuno, que o critério de certeza estampado nas linhas antecedentes não é absoluto e insuscetível de discussão. É que o crime culposos decorre “de uma análise essencialmente normativa, que, em muitos casos, não possui condições de apreciar todas as hipóteses de cursos hipotéticos e suas circunstâncias”⁵⁹. Assim sendo, procura-se buscar a certeza “dentro da margem de erro inerente a uma apreciação normativa hipotética, quer seja *ex ante*, quer seja *ex post*, ou seja, um critério, na realidade, de ‘quase certeza’, de alta probabilidade”⁶⁰.

Do contrário, se se contentasse apenas com o aumento do risco para fins de imputação, “os crimes de resultado deveriam ser entendidos como crimes de perigo condicionados pelo resultado”⁶¹. Dessa forma, as infrações culposas, que, por sua gênese, reclamam um resultado naturalístico, confundir-se-iam com crimes dolosos de perigo.

Parte Geral: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 379 e ss.; GALVÃO, Fernando. **Imputação objetiva**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 66, embora não expressamente, mas afirmando que a aplicação do *in dubio pro reo* “é por demais simplista”; SOUZA, Luylla Cavalcante de. O nexo de aumento do risco na imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 66, p. 77-117. São Paulo. Maio/Junho de 2007, p. 110-112.

57. SOUZA, Luylla Cavalcante de. O nexo de aumento do risco na imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 66, p. 77-117. São Paulo. Maio/Junho de 2007, p. 110-111.

58. D’AVILA, Fábio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 64.

59. *Idem*, p. 65.

60. *Idem*, *ibidem*.

61. JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 340.

Consequentemente, haveria “uma interpretação extensiva dos tipos penais”, de tal modo a violar “o limite literal possível dos preceitos da parte especial”⁶², convertendo atos de execução perfeita em delitos consumados, o que nada mais seria do que uma “‘manipulação dogmática’ para poder punir certas ‘tentativas culposas’”⁶³. Por derradeiro, “mediante a ‘teoria do incremento do risco’ se convertem em tipos consumados ‘tentativas culposas acabadas’, suspeitas de que podem ter se consumado”⁶⁴.

Em arremate, três caminhos podem ser seguidos: a) se a conduta alternativa conforme ao direito conduzir com segurança ao mesmo resultado, este deve ser imputado ao agente; b) se a conduta alternativa conforme ao direito evitar o resultado, este deve ser imputado ao agente; c) se o processo não comprovar, com o devido grau de certeza, que a conduta alternativa conforme ao direito é capaz de evitar o resultado, este não deve ser imputado ao agente, em observância às regras probatória e de julgamento extraídas da presunção de inocência.

5. CONCLUSÃO

Os crimes culposos, na dogmática penal contemporânea, ocupam posição de destaque na teoria geral do delito, ante a inúmera possibilidade de comportamentos arriscados que rodeiam a realidade hodierna. O Código Penal brasileiro não os conceitua; somente adota uma fórmula casuística, informando que a infração é culposa quando o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Apesar de grande parte da doutrina afirmar que, diante disso, se estaria frente a um tipo penal aberto, as infrações culposas devem ser consideradas fechadas, pois o intérprete realiza um juízo positivo de tipicidade e cerra, nesta valoração normativa, os elementos formadores do tipo culposos.

62. FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p. 41.

63. FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p. 42. A conclusão esposada é extraível, além das lições de Feijóo Sanchez, do resumo elaborado por Martínez Escamilla: “[...] una acción contraria al deber objetivo de cuidado, que crea un riesgo real no mayor que el riesgo permitido, es una acción disvaliosa, pero el resultado por ella causado no se puede conceptualizar como desvalor del resultado, por lo que el autor no responderá en grado de consumación” (grifo nosso) (MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. **La imputación objetiva del resultado**. Madrid: Edersa, sem informação de ano, p. 216). Ora, se não há nexo normativo entre a ação e o resultado, como se poderia punir uma conduta culposa somente pelo desvalor da ação, sem a necessária superveniência do resultado? É um dos inconvenientes da teoria do incremento do risco, que permite a punição por “tentativas culposas”.

64. *Idem*, p. 43.

Assim, num primeiro momento, deve-se verificar, por intermédio da teoria da causa como condição conforme as leis naturais, se a conduta pode ser considerada causa do resultado. Positiva a resposta, analisa-se se tal conduta é criadora de risco juridicamente desaprovado e se tal risco é o que efetivamente se materializou no resultado. Afirmativo o juízo de ponderação normativa, diz-se que aquela causação é objetivamente imputável.

Entretanto, há bastante controvérsia naquelas situações em que se indaga acerca da possibilidade de imputar o resultado quando este teria sido evitado por uma conduta alternativa conforme ao Direito, não com segurança, mas, apenas, provável ou possivelmente. Basicamente, duas teorias procuram solucionar o impasse: a) a da evitabilidade: somente se imputa o resultado se houver certeza de que este foi produzido pela ação desvalorada; restando dúvidas, aplica-se o *in dubio pro reo*; b) a do incremento do risco: para a imputação basta que a conduta hipotética tornasse o resultado menos provável.

A teoria do incremento do risco, contudo, traz alguns inconvenientes, dentre os quais o de imputar o resultado em circunstâncias em que não há o devido grau de certeza acerca da realização do risco no resultado. Ora, se à acusação incumbe o ônus da prova, a insuficiência de elementos hábeis a infirmar convictamente a ocorrência dos fatos criminosos deve conduzir, no caso de infração culposa, à absolvição, em respeito às regras probatórias e de julgamento decorrentes da presunção de inocência. Aliás, em casos tais, acabar-se-ia transformando crimes culposos em crimes de perigo condicionados pelo resultado, dando azo à possibilidade de manipular-se a dogmática e punir um fato culposo a título de tentativa, o que é todo inaceitável.

Portanto, confirmando as hipóteses iniciais, é possível formular a seguinte síntese: a) se a conduta alternativa conforme ao direito conduzir com segurança ao mesmo resultado, este não deve ser imputado ao agente; b) se a conduta alternativa conforme ao direito evitar o resultado, este deve ser imputado ao agente; c) se o processo não comprovar, com o devido grau de certeza, que a conduta alternativa conforme ao direito é capaz de evitar o resultado, este não deve ser imputado ao agente, em observância às regras probatórias e de julgamento extraídas da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COSTA JUNIOR, Heitor. **Teoria dos delitos culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.
- D'AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FIORE, Carlos. **Diritto Penale**, Parte Generale, I. Torino: UTET, 2000.
- FRISCH, Wolfgang. **Tipo penal e imputación objetiva**. Tradução do alemão para o espanhol de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex, 1995.
- GALVÃO, Fernando. **Imputação objetiva**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, vol. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. **Tratado de Direito Penal**: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. **La imputación objetiva del resultado**. Madrid: Edersa, sem informação de ano.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Do crime culposo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SANTOS, Daniel Leonhardt; BURGEL, Letícia. A aplicação da teoria do incremento do risco nos crimes culposos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, nº 6, p. 243-275. 2015.
- SANTOS, Humberto Souza. Co-autoria em delitos culposos? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 56, p. 9-32. São Paulo. Setembro/Outubro de 2005.

SOUZA, Luyla Cavalcante de. O nexa de aumento do risco na imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 66, p. 77-117. São Paulo. Maio/Junho de 2007.

TAVARES, Juaez. **Teoria do crime culposo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, sem informação de ano, livro digital, formado PDF.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

AS ARMADILHAS DA “TEORIA” DA CEGUEIRA DELIBERADA NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Guilherme Brenner Lucchesi¹

RESUMO: Identifica-se crescente tendência jurisprudencial na adoção da “teoria da cegueira deliberada” como fundamento para a atribuição de dolo, com parcos fundamentos dogmático-jurídicos. A partir de uma análise de casos, buscou-se identificar os fundamentos para a aplicação da cegueira deliberada, de modo a estabelecer a síntese dos critérios comuns utilizados pela jurisprudência nacional. Foi verificada a atribuição de juízo condenatório fundado em cegueira deliberada quando o autor tem ciência da elevada probabilidade da existência de algum elemento de crime, age de forma indiferente quanto a essa ciência e escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos. Propõe-se a análise dogmático-legal da imputação subjetiva do dolo a partir da cegueira deliberada, visando demonstrar que, primeiro, não há dolo sem a presença de algum elemento cognitivo e, segundo, a noção de dolo eventual é suficiente para a punição da maior parte das condutas a que se atribui cegueira deliberada.

PALAVRAS-CHAVE: Cegueira deliberada; Dolo eventual; Análise de jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Chama interesse o recurso por segmentos da jurisprudência nacional a uma suposta “teoria” chamada “cegueira deliberada”, utilizada em casos que o acusado alega desconhecer alguma circunstância fática elementar do delito imputado. A partir de critérios *ad hoc*, estabelecidos caso a caso, é atribuído dolo eventual a tais situações de desconhecimento — ou, melhor, de ausência de comprovação de conhecimento pelo órgão acusatório.

Embora não haja disposição legal nesse sentido, nos últimos dez anos parece ter havido a criação de uma nova categoria de imputação que permite tratar como dolosas as situações de desconhecimento provocado pelo autor do fato. Esta nova jurisprudência tem como marco inicial o julgamento do célebre caso do furto à sede do Banco Central em Fortaleza, sentenciado em 2007, no qual os proprietários de uma concessionária de veículos foram condenados

1. Doutor em Direito pela UFPR. *Master of Laws (LL.M.)* pela Cornell Law School. Pesquisador visitante do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*. Coordenador-adjunto da Pós-graduação na modalidade EAD em Direito Penal e Processual Penal da ABDConst. Diretor da Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado criminal. Contato: guilherme@lpx.adv.br

pelo crime de lavagem de dinheiro, ao receberem como pagamento R\$ 980

mil em cédulas de R\$ 50 como pagamento para a venda de carros, mesmo antes do descobrimento do furto pelas autoridades.² No princípio, a adoção desse entendimento foi bastante tímida, sendo aplicado apenas em decisões esparsas, principalmente dos Tribunais Regionais Eleitorais de Rondônia³ e do Rio Grande do Norte.⁴ A partir do julgamento da Ação Penal n.º 470 pelo Supremo Tribunal Federal — mais conhecido como o caso “Mensalão” —, a “cegueira deliberada” ganhou projeção nacional, vindo a compor a decisão pelo voto da ministra Rosa Weber.⁵

Gera preocupação, no entanto, a ausência de reflexões teórico-dogmáticas pelas decisões quanto aos elementos constitutivos do dolo e à compatibilidade desse novo modo de imputação — originário dos sistemas da tradição *common law*, em especial do direito dos Estados Unidos da América — com o direito brasileiro. Tais limitações de fundamentação representam perigosas armadilhas, na medida que permitem tratar como dolosas situações de fato que não comportariam a definição legal de dolo.

Propõe-se analisar os critérios utilizados na jurisprudência para imputar responsabilidade penal a título de dolo nas situações de “cegueira deliberada”, comparando, na sequência, estes critérios com os critérios utilizados no sistema penal de maior desenvolvimento da *willful blindness*, os Estados Unidos da América, a fim de avaliar a compatibilidade dessa noção com o direito nacional. Ao final, analisando-se os critérios necessários para a configuração do dolo, propõe-se confrontar dolo e cegueira deliberada, chegando-se à conclusão que dolo eventual é suficiente para a resolução dos casos penais brasileiros, sendo despendendo utilizar a “cegueira deliberada”.

2. Sentença proferida na Ação Penal n.º 2005.81.00.014586-0, 11.a Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará. n.221. Disponível em: <<http://goo.gl/9iB8q>>. Acesso em: 22 ago. 2015.
3. TRE/RO, APn n.º 80, Rel. Elcio Arruda, DJe 27 nov. 2007; TRE/RO, Acórdão n.º 490, Rel. Elcio Arruda, DJe n.223, p.A-38-39, 2007; TRE/RO, Ap. Crim. n.º 88, Rel. Elcio Arruda, DJe 25 abr. 2008; TRE/RO, Ap. Crim. n.º 38, Rel. Elcio Arruda, DJe 9 dez. 2008; TRE/RO, Ap. Crim. n.º 89, Rel. Elcio Arruda, DJe 30 nov. 2010.
4. TRE/RN, R. Crim. n.º 14576-68.2009.6.20.0000, Rel. Marco Bruno Miranda, DJe 30 jun. 2011.
5. STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.061-1.478. Deve-se observar que, de todo o famoso julgamento feito em instância originária pelo Supremo, o voto de Rosa Weber foi o único a fornecer parâmetros objetivos para a aplicação da cegueira deliberada no direito brasileiro. Cita-se com frequência, por outro lado, os excertos dos debates orais daquele julgamento referentes ao voto do ministro Celso de Mello, publicados nos Informativos n.º 677 e 684 do STF, que pouco acrescentam em termos conceituais, apenas noticiando a existência da cegueira deliberada e sua possível aplicação no Brasil, não provendo qualquer critério para a sua configuração. Tais manifestações de Celso de Mello não constaram do voto escrito ou mesmo da transcrição dos debates orais publicados no acórdão. Da leitura da decisão se verifica que o ministro requereu o cancelamento de boa parte de suas intervenções nos debates orais.

2. O QUE É “CEGUEIRA DELIBERADA” PARA A JURISPRUDÊNCIA?

Com o intuito de compreender com exatidão a origem e os desdobramentos da utilização da “cegueira deliberada” enquanto critério de responsabilidade criminal subjetiva, entendeu-se necessário levantar as decisões que de alguma maneira aplicaram “cegueira deliberada” no Brasil, chegando-se a dois acórdãos que são reiteradamente citados nas outras decisões analisadas.

A primeira destas decisões é o voto da ministra Rosa Weber, proferido no julgamento do caso “Mensalão”.⁶ Tal voto trata da cegueira deliberada ao analisar as imputações feitas a título de lavagem de dinheiro no âmbito de pagamentos feitos por agência de propaganda, sem que os destinatários fizessem “qualquer ressalva ou tentativa de esclarecer a origem deles”⁷.

Segundo a ministra relatora, a cegueira deliberada permite estabelecer que “age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta”.⁸ Pontua, assim, que as Cortes americanas exigem três requisitos para a admissão da cegueira deliberada nos casos envolvendo lavagem de dinheiro: (i) a ciência pelo autor da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa, (ii) a atuação indiferente do autor quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) a escolha deliberada pelo autor de permanecer ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.

Analisando as provas do caso do “Mensalão”, a relatora pondera ser difícil afirmar que os dirigentes das empresas responsáveis pelas transações de ocultação e dissimulação do dinheiro recebido das empresas de Marcos Valério agiram com dolo direto, isto é, “cientes, com absoluta certeza, da procedência criminosa dos valores envolvidos”.⁹ Entende a ministra, contudo, parecer “óbvio que tinham ciência da elevada probabilidade da origem criminosa dos valores envolvidos e, mesmo assim, persistiram na conduta, evitando se aprofundar a respeito e assumindo o risco de lavar produto de crime”.¹⁰ Por tal motivo, conclui terem agido com dolo eventual.

6. STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.061-1.478.

7. STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.295.

8. STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297. A afirmação é problemática, na medida em que trata de intenção, categoria que no direito americano melhor se assemelha a *purpose* que a *knowledge*, elemento subjetivo passível de substituição pela *willful blindness*.

9. STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300.

10. STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300.

Buscando vacinar-se contra eventuais críticas, Rosa Weber ressalta não estar buscando “ampliar indevidamente o alcance do tipo”¹¹ de lavagem, mas somente aplicar ao crime “institutos *consagrados* do Direito Penal brasileiro”¹², por entender que a conduta é dolosa não apenas quando o autor quer o resultado delitivo, como também quanto assume o risco de produzi-lo agindo de maneira indiferente ao resultado de sua conduta.

O ponto crucial do voto da ministra Rosa Weber quanto à aplicação da cegueira deliberada aos casos de lavagem de dinheiro reside no grau de ciência que possui o autor no momento da conduta, entendendo que não basta “mera suspeita” da procedência ilícita dos bens envolvidos na transação. Defende a ministra serem necessários três requisitos cumulativos para a existência de dolo eventual nos casos de lavagem de dinheiro em que o autor esteja em situação de cegueira deliberada. Primeiro, deve o autor realizar o *tipo objetivo* do crime de lavagem, isto é, praticar condutas de ocultação ou de dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores envolvidos. Segundo, ao praticar as condutas típicas, o autor deve ter ciência da *elevada probabilidade* de que os bens, direitos ou valores envolvidos tenham por origem algum crime antecedente de lavagem. Terceiro, deve o agente, mesmo ciente da probabilidade de origem criminosa, persistir indiferente a essa suposta origem na conduta delitiva de ocultação ou de dissimulação, *evitando propositadamente aprofundar seu conhecimento* quanto à origem dos bens, direitos ou valores envolvidos quando estiver em condições de fazê-lo.¹³

A outra decisão considerada influente foi proferida pelo juiz federal Sergio Fernando Moro, quando juiz federal substituto em 2.º grau no TRF-4, na Apelação Criminal n.º 5009722-81.2011.4.04.7002/PR, envolvendo crime de descaminho de cigarros.¹⁴ A decisão relatada por Moro foi a primeira decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região sobre cegueira deliberada, sendo citada por oito acórdãos posteriores daquele tribunal¹⁵, e seus fundamentos reproduzidos integralmente sem citação

11. STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300.

12. STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300. Itálico não original.

13. STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300-1.301.

14. TRF-4, Ap. Crim. n.º 5009722-81.2011.4.04.7002, Rel. Sergio Fernando Moro, DJe 23 set. 2013.

15. TRF-4, Ap. Crim. n.º 5001945-68.2013.4.04.7000, Rel. Ricardo Rachid de Oliveira, DJe 25 fev. 2015; TRF-4, Ap. Crim. n.º 5011122-62.2013.4.04.7002, Rel. Cláudia Cristina Cristofani, DJe 29 abr. 2015; TRF-4, Ap. Crim. n.º 50044064-08.2013.4.04.7002, Rel. Cláudia Cristina Cristofani, DJe 21 maio 2015; TRF-4, Ap. Crim. n.º 5004477-06.2013.4.04.7007, Rel. Cláudia Cristina Cristofani, DJe 29 abr. 2016; TRF-4, Ap. Crim. n.º 5004125-63.2013.4.04.7002, Rel. Cláudia Cristina Cristofani, DJe 18 jun. 2015;

por outras quatro decisões.¹⁶

No caso, o proprietário de dois veículos utilitários os locou para a realização de um frete entre Foz do Iguaçu, Paraná, e Itajaí, Santa Catarina, tendo emprestado os veículos à locatária uma semana antes do frete para a vistoria, sendo devolvidos com alterações na estrutura do baú de carga e colocação de nova forração interna. Durante a viagem, o apelante-locador conduzia o maior dos dois veículos, uma camionete Ford F-4000, e a locatária uma camionete Ford F-1000, tendo sido parados pela Polícia Rodoviária Federal em Céu Azul, Paraná. Foram encontrados 62.690 maços de cigarro. O apelante-locador disse desconhecer o conteúdo da carga, pois esses teriam sido carregados exclusivamente pela locatária.

Entendeu o relator ser o álibi do recorrente pouco provável, visto que os veículos eram de sua propriedade e haviam sido alterados com a colocação de fundos falsos para o transporte de cigarro, não sendo crível que a modificação tivesse sido feita sem o conhecimento e a anuência do locador. Mesmo diante dessa situação, haveria dolo eventual, pois diversas circunstâncias indicariam o transporte de mercadorias ilícitas, tendo o apelante persistido na atividade sem aprofundar seu conhecimento sobre a natureza da carga.¹⁷

Ao tratar dos requisitos para a configuração da cegueira deliberada, Moro aponta as mesmas três exigências já anotadas no voto de Rosa Weber: (i) a ciência pelo autor da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa, (ii) a atuação indiferente do autor quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) a escolha deliberada pelo autor de permanecer ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.¹⁸

É este, portanto, o panorama da cegueira deliberada no Brasil: se o autor, cumulativamente, tiver ciência da elevada probabilidade de existência de alguma circunstância elementar de crime, mantiver-se indiferente quanto a tal ciência e evitar aprofundar o seu conhecimento acerca da circunstância elementar que desconfia existir, será condenado pelo crime a título de dolo eventual.

TRF-4, Ap. Crim. n.º 5000095-34.2013.4.04.7115, Rel. Cláudia Cristina Cristofani, DJe 29 ago. 2015; TRF-4, ED/ Ap. Crim. n.º 5004957-96.2013.4.04.7002, Rel. Cláudia Cristina Cristofani, DJe 27 ago. 2015; TRF-4, Ap. Crim. n.º 5006501-89.2013.4.04.7206, Rel. Cláudia Cristina Cristofani, DJe 5 nov. 2015; TRF-4, Ap. Crim. n.º 5001231-40.2015.4.04.7004, Rel. Cláudia Cristina Cristofani, DJe 2 dez. 2015.

16. TRF-4, Ap. Crim. n.º 5001079-31.2011.4.04.7004, Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 19 nov. 2013; TRF-4, Ap. Crim. n.º 5000220-41.2013.4.04.7005, Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 22 nov. 2013; TRF-4, Ap. Crim. n.º 5000059-24.2010.4.04.7009, Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 27 mar. 2014; TRF-4, Ap. Crim. n.º 5004606-31.2010.4.04.7002, Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 17 jul. 2014.

17. TRF-4, Ap. Crim. n.º 5009722-81.2011.4.04.7002, Rel. Sergio Fernando Moro, DJe 23 set. 2013.

18. TRF-4, Ap. Crim. n.º 5009722-81.2011.4.04.7002, Rel. Sérgio Fernando Moro, DJe 23 set. 2013.

3. DIFERENÇAS ENTRE OS CONCEITOS DE *WILLFUL BLINDNESS* E “CEGUEIRA DELIBERADA”

A comparação entre a *willful blindness* utilizada no sistema jurídico-penal dos Estados Unidos depende de extensa e aprofundada análise não apenas do desenvolvimento e aplicação dessa categoria nos tribunais dos Estados Unidos da América, como do próprio desenvolvimento das categorias de *imputação subjetiva* nos principais sistemas jurídicos da tradição *common law*. Isso porque a realidade jurídica daquela tradição em muito difere da realidade do sistema jurídico-penal brasileiro, eis que trabalha-se em cada qual com categorias de imputação absolutamente distintas, com matrizes jurídico-filosóficas diferentes. Tal análise não é possível nas poucas linhas disponíveis a este breve ensaio. Remete-se, nesse sentido, à tese doutoral do autor¹⁹, na qual discorreu-se amplamente a respeito das premissas da imputação penal nos Estados Unidos, relatando-se a seguir apenas as conclusões extraídas a partir daquela análise.

O direito penal americano desconhece as categorias jurídicas do dolo e da culpa utilizadas nos sistemas jurídico-penais de bases continentais. Ainda que não existe “um” sistema jurídico americano²⁰, em geral são utilizadas as categorias *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*, identificadas no Código Penal Modelo²¹, que não podem ser simplesmente sobrepostas às categorias de dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau, dolo eventual e culpa inconsciente.²² Há pontos de tangência entre tais noções, no entanto não há correspondência. Tal leitura não passaria de grosseira simplificação de conceitos, predisposta a encontrar pontos de comunicação na análise comparada dos sistemas. Quando se parte da premissa de que serão encontradas equivalências, a probabilidade de encontrar equivalências aumenta. É de fundamental importância que não se contamine o trabalho de pesquisa comparada com expectativas de tal natureza, sob pena de, ao projetar sobre a *common law* as categorias jurídicas da *civil law*, fazer da pesquisa comparada um processo preparação das conclusões já traçadas de antemão.

19. LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada “cegueira deliberada”**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 366 f. 2017. p. 85-187.

20. MEADOR, Daniel John. **American Courts**. 2.ed. St. Paul: West, 2000. p.1.

21. AMERICAN LAW INSTITUTE. **Model Penal Code**. Filadélfia: American Law Institute, 1962. Ver também DUBBER, Markus D. **An introduction to the Model Penal Code**. 2.ed. New York: Oxford, 2015.

22. DUBBER, Markus D. Comparative criminal law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford handbook of comparative law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p.1320. Em português, ver FRAGOSO, Heleno Claudio. Notas sobre o direito penal anglo-americano. In: **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro, Forense, 1977. p.89.

Não é correto, portanto, afirmar levemente que *purpose*, tal como definida no Código Penal Modelo dos Estados Unidos, corresponde ao dolo direto de primeiro grau, e que *knowledge* corresponde ao dolo direto de segundo grau.²³ Da mesma forma, *recklessness* não é dolo eventual ou culpa consciente, tampouco uma categoria intermediária entre ambos. O direito penal americano não conhece o dolo eventual ou a culpa consciente, não havendo como desenvolver uma categoria intermediária entre tais conceitos, que possa ser simplesmente transplantada ao direito penal continental como alguma espécie de resolução da recorrente discussão sobre o limite entre dolo e culpa.²⁴ O que se chama de *culpa grave* ou *leviandade*²⁵ não se confunde com *recklessness*; trata-se de categorias de conteúdos e alcances distintos. *Recklessness* é uma categoria bem definida no Código Penal Modelo americano, que exige para sua configuração diversos elementos, estando fundada no conhecimento do risco pelo autor.²⁶

Assim sendo, não se pode simplesmente querer transplantar ao Brasil — ou a qualquer outro sistema jurídico de matrizes distintas — a cegueira deliberada sem verificar se o papel a ser desempenhado corresponde àquele desempenhado no seu sistema jurídico originário. É preciso que se atue com algum método ao realizar esforços de direito comparado.

A cegueira deliberada em seu sistema originário esteve desde sempre situada como um substituto para o elemento subjetivo *knowledge* nos crimes que exigem do autor conhecimento a respeito de alguma circunstância elementar do delito. O elemento *knowledge*, nos sistemas influenciados pelo Código Penal Modelo americano, é um requisito adicional imposto pela legislação com relação ao elemento padrão de responsabilidade subjetiva, a *recklessness*. Significa dizer que no direito penal americano, em geral, toda vez que o legislador não inclui na definição de crime algum modo de responsabilidade subjetivo, presume-se que o autor será responsabilizado se agir no mínimo com *recklessness*. Isto é, se o autor conscientemente ignorar algum

23. Ver, por todos, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. 3.ed. Buenos Aires: Losada, 1964. t.I. p.669. No Brasil, ao analisar a cegueira deliberada, Spencer Toth Sydow comete o mesmo equívoco: “As figuras de ‘*purposely*’ and [sic] ‘*knowingly*’ são equivalentes à nossa figura de dolo direto e dolo indireto, respectivamente.” (SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p.75, nota 85). Ver Alan Watson: WATSON, Alan. **Legal transplants: An approach to comparative law**. 2.ed. Athens: University of Georgia, 1993. p.10-11.

24. Ver a esse respeito BUSATO, Paulo César. Apresentação. In: **Dolo e direito penal: modernas tendências**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.viii.

25. A tradução do termo alemão *Leichtfertigkeit* como “leviandade” é proposta por Luis Greco (Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.13-14. nota 5).

26. DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A comparative approach**. Oxford: Oxford, 2014. p.247.

risco substancial e injustificável de que alguma circunstância elementar do delito exista ou resultará de sua conduta. Alguns crimes podem exigir mais: que o autor – em vez de ignorar o risco existente ou criado – aja sabendo da presença de alguma elementar do crime ou sabendo que o resultado criminoso de sua conduta é praticamente certo. A cegueira deliberada em tais sistemas serve para permitir que o autor possa ser condenado mesmo quando tal conhecimento a respeito da certeza do resultado, da natureza de sua conduta ou da presença de alguma circunstância elementar concomitante não esteja plenamente configurada. Vale dizer, aplicando-se a cegueira deliberada, os tribunais podem condenar um indivíduo nos crimes que exigem conhecimento mesmo que tal indivíduo não tenha conhecimento dele.

Desde seu remoto surgimento no direito inglês, a noção de que pudessem ser imputada a um autor a prática de um delito que exige conhecimento como elemento subjetivo mesmo que o autor não tivesse conhecimento de fato sofreu transformações até que viesse a ser estabelecida de forma mais ou menos estável. Essas transformações se deram no campo processual, com o constante resgate de decisões anteriores e reiterada aplicação até se estabelecer uma regra não positivada. Convencionou-se denominar essa regra “cegueira deliberada”. Devido à inexistência de uma fonte central e unificadora do direito penal americano, não é possível se estabelecer um enunciado único e preciso do que pode se entender por cegueira deliberada. Há, no entanto, elementos comuns encontrados nas decisões dos principais tribunais americanos que permitem extrair alguma síntese de sua aplicação: a partir das sucessivas aplicações dessa regra e a remissão ao Código Penal Modelo, pode-se afirmar que uma pessoa age com cegueira deliberada quando tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Quando os três elementos enunciados estão presentes é possível condenar o autor por um crime que exige *knowledge*, mesmo que ele não tenha conhecimento do fato ou da circunstância elementar do delito. Isso é cegueira deliberada nos Estados Unidos da América.

Nesse ponto, há clara inconsistência entre a doutrina majoritária proponente da cegueira deliberada no Brasil e a regra extraída a partir da análise dos precedentes americanos. Por um lado, *cegueira deliberada* nos Estados Unidos é utilizada como substituto do elemento *knowledge*, estando presente

quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, amparada direta ou indiretamente nos escritos de Moro²⁷, convencionou aplicar o que se chama “cegueira deliberada” a partir do reconhecimento de dolo eventual na lavagem de dinheiro quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tenham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.

Embora os enunciados contenham pontos em comum, nota-se de plano uma distinção relevante. A construção americana da “cegueira deliberada” trata da subjetividade do autor, ao exigir que ele não acredite que a circunstância elementar era inexistente. Com isso, afasta-se o recurso a algum critério objetivamente estabelecido, como da pessoa média, utilizado para a responsabilidade a título de *recklessness* e *negligence*.²⁸ Incorre em erro Spencer Toth Sydow, portanto, quando afirma que “baliza-se a teoria da cegueira deliberada no instituto do homem médio ou homem razoável, aqui denominado de homem prudente”.²⁹ Em que pese não esteja presente na construção originária da cegueira deliberada, ou mesmo em suas formulações contemporâneas, a jurisprudência brasileira busca aplicar a cegueira deliberada em conjunto com um pretenso dever de conhecimento por parte do autor, que seria fundamento para o dolo eventual caso comprovado seu desconhecimento.³⁰

Por outro lado, a formulação majoritária brasileira sobre cegueira deliberada inclui um requisito inexistente no enunciado americano: a indiferença do autor quanto à elevada probabilidade de ocorrência do resultado.³¹ Natu-

27. MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

28. Utiliza-se também no Brasil o conceito de pessoa média ou prudente para se estabelecer responsabilidade penal, como nos crimes de imprudência. Ver, por todos, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*: parte geral. 3.ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2010. p.176-177.

29. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.133.

30. TRF-4, Ap. Crim. n.o 0000625-16.2009.4.04.7000, Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 25 abr. 2014.

31. TRF-4, Ap. Crim. n.o 5009722-81.2011.4.04.7002, Rel. Sérgio Fernando Moro, DJe 23 set. 2013; TRF-4, Ap. Crim. n.o 5001079-31.2011.4.04.7004, Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 19 nov. 2013; TRF-4, Ap. Crim. n.o 5000220-41.2013.4.04.7005, Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 22 nov. 2013; TRF-4, Ap. Crim. n.o 5000059-24.2010.4.04.7009, Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 27 mar. 2014; TRF-4, Ap. Crim. n.o 5002540-78.2010.4.04.7002, Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 21 maio 2014. Em todas as decisões, o trecho mencionando indiferença é semelhante, quando não idêntico: “Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Embora utilizados mais amplamente no Direito Comparado para lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, plenamente pertinentes para delitos de contrabando, inclusive de armas, quando o responsável pela

almente, a exigência de indiferença não é feita no direito anglo-americano, pois a indiferença não é uma categoria fundamental para a identificação de *knowledge* ou *recklessness*.³² Como o CP, segundo Nelson Hungria³³, supostamente adotou no inciso I do seu art. 18 a teoria do consentimento³⁴, a indiferença do autor pelo resultado é característica marcante do dolo eventual, em oposição ao propósito, de um lado, e o mero descuido, de outro. Com isso, buscou-se aparentemente introjetar artificialmente um componente do dolo eventual na definição de cegueira deliberada visando facilitar a acomodação da cegueira deliberada enquanto dolo eventual no direito brasileiro. Isso ocorre porque, ao contrário de autores que entendem a necessidade de incorporar a cegueira deliberada nos ordenamentos jurídicos nacionais a partir de propostas *de lege ferenda*³⁵, a jurisprudência brasileira tem entendido que a cegueira deliberada é aplicável mesmo diante da *lex lata*, uma vez que constituiria espécie de dolo eventual. Não é por outro motivo que Moro incorre em erro grosseiro ao afirmar que o dolo eventual vem sendo admitido nos crimes de lavagem de dinheiro nos Estados Unidos por meio da cegueira deliberada³⁶: a noção de dolo eventual, como dito, é estranha ao direito penal americano. Dolo eventual não se confunde com *knowledge* — no âmbito do qual se aplica a cegueira deliberada — ou mesmo com *recklessness*.

Cotejando o teor dos enunciados de cegueira deliberada nos Estados Unidos da América e no Brasil, verifica-se não haver coincidência. Comparando-se tais formulações, demonstrou-se serem conceitos diferentes,

introdução dos produtos ilícitos em território nacional afirma ignorância e indiferença em relação ao objeto transportado.”

32. Alan C. Michaels, porém, propõe que a aceitação do resultado pelo autor como produto de sua conduta, agindo com indiferença quanto à produção de um resultado seja incorporado ao direito penal americano (MICHAELS, Alan C. Acceptance: the missing mental state. *Southern California Law Review*, v.71, n.5, p.962, 1998). Para Michaels, no entanto, a aceitação seria algo distinto de *knowledge* e *recklessness*, entendendo que tal categoria ainda não se encontra perfeitamente contemplada pelo direito penal americano.
33. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1. t.II. p.122.
34. Sobre a teoria da vontade ou do consentimento, ver por todos VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 91-101.
35. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. In: VALENZUELA S., Jonatan (Ed.). *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Buenos Aires: EdiUNS, 2013. p.33. No Brasil, ver SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.259.
36. “A lei norte-americana não é explícita quanto à admissão ou não do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro. Não obstante, por construção jurisprudencial, tal figura vem sendo admitida nos tribunais norte-americanos através da assim denominada *willful blindness* ou *conscious avoidance doctrine*, literalmente a doutrina da ‘cegueira deliberada’ e de ‘evitar a consciência’” (MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.63; Id. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.98). A passagem transcrita é idêntica em ambas as obras.

aplicados com finalidades diferentes — nos Estados Unidos, como substituto do elemento subjetivo *knowledge*; no Brasil, como subespécie de dolo eventual —, não havendo identidade entre tais categorias, apesar da insistência pela jurisprudência nacional.

Se os critérios para identificação da cegueira deliberada no Brasil são diferentes daqueles enunciados em seu sistema de origem, e se *cegueira deliberada* pode ser considerada equivalente ao dolo eventual, não se vislumbra sentido em desenvolver uma teoria sobre cegueira deliberada no Brasil. Não há motivo algum para se denominar pelo mesmo nome categorias distintas. Se o enunciado da *cegueira deliberada* “à brasileira” não corresponde ao enunciado da *cegueira deliberada* em seu sistema de origem, evidentemente não são a mesma coisa. Com isso, *cegueira deliberada* no Brasil não é o mesmo que *willful blindness* nos Estados Unidos. Ademais, se o dolo eventual já é capaz de resolver por si as situações colocadas pela jurisprudência como cegueira deliberada, sem qualquer espécie de alteração legislativa, tal formulação seria de todo desnecessária. Não há porque se desenvolver uma teoria para colmatar lacuna inexistente.

4. “CEGUEIRA DELIBERADA” E DOLO NO DIREITO BRASILEIRO

As conclusões relatadas no tópico anterior permitem formular nova proposição a ser demonstrada: diante da desnecessidade da teoria para a responsabilização criminal, a insistência na necessidade da cegueira deliberada e na sua compatibilidade com o direito penal brasileiro em realidade pode conduzir à expansão do alcance do dolo eventual, permitindo punir a título de dolo condutas que, sem a cegueira deliberada, seriam consideradas culposas.

4.1. O ELEMENTO COGNITIVO NO DOLO

Ao contrário de muitos sistemas jurídico-penais continentais, o Código Penal brasileiro, ao dispor sobre os elementos subjetivos dos crimes em sua parte geral, fornece uma definição mais ou menos precisa de *dolo* e de *culpa*. Sob a rubrica “crime doloso”, o Código brasileiro estabelece que o autor age com dolo quando ele quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.³⁷ Por outro lado, a lei penal nacional indica haver “crime culposo” quando o autor dá causa a um resultando ao agir com imprudência, negligência ou imperícia.³⁸

37. Art. 18, inciso I, do Código Penal.

38. Art. 18, inciso II, do Código Penal.

Embora não seja usual³⁹, a partir da redação do art. 18 pode-se dizer que o legislador brasileiro adotou uma das diversas teorias desenvolvidas pela doutrina para definição de dolo. Segundo Nelson Hungria, o Código Penal adotou a teoria do consentimento.⁴⁰ Há, porém, que se pontuar duas importantes reflexões a esse respeito. Primeiro, deve-se apontar para a crítica que seria papel da doutrina e não do legislador definir *dolo* e seu alcance.⁴¹ Não se concorda integralmente com essa posição, pois não se pode impedir que a legislação defina conceitos jurídicos. Em que pese as teorias jurídicas sejam mutáveis e em constante transformação, nada obsta que a lei possa capturar determinado estágio de desenvolvimento teórico, adotando-o como parâmetro padrão do ordenamento jurídico. Ciente, porém, da mutabilidade dos conceitos, pode o legislador optar por não eleger uma definição como oficial. Sendo assim, ainda que existam sistemas jurídicos que optaram por não incluir alguma definição de dolo e de culpa no texto legal – e isso não resulta necessariamente em “incerteza jurídica”⁴² –, não está o legislador impedido de fazê-lo. Isso, todavia, conduz à segunda — e mais importante — reflexão acerca do conceito legal de dolo. Ainda que o legislador tenha estabelecido alguma definição sobre dolo, isso não preclui a atividade da dogmática. Ao contrário da posição de Feuerbach, segundo quem “onde o legislador fala, a filosofia cala”⁴³, sendo a dogmática do direito penal ciência jurídica, e não mero saber legal, os conceitos estabelecidos pela lei são o ponto de partida da análise do jurista, a quem cabe criticar e interpretar o sentido da norma criada.⁴⁴

39. Não há uniformidade na legislação penal dos países de tradição jurídica continental. Há países em que não há qualquer definição de dolo na legislação. Nesse sentido, Alemanha (§ 15), Argentina (não há no Código Penal argentino qualquer disposição geral sobre o dolo ou a culpa, apenas referências esparsas sobre condutas dolosas e culposas, por exemplo arts. 27, 35 e 72(2)) e Espanha (Artigo 5). Por outro lado, há países como o Brasil que trazem alguma definição de dolo e de culpa em seus respectivos códigos penais. Nesse sentido, Portugal (Artigo 13.o, 14.o e 15.o) e Suíça (Art. 12(2)).

40. “Pela leitura da *Exposição de motivos*, não parece dúvida que o Código adotou a *teoria do consentimento*.” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1. t.II. p.122). Como demonstra Luís Greco (Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.xi), o entendimento de Hungria foi repetido pelas obras nacionais posteriores.

41. Nesse sentido, ZILIO, Jacson Luiz. Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal Brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.239, p.8, out. 2012: “exist[e]m na doutrina continental mais de dez conhecidas teses sobre dolo eventual e quase nenhum Código Penal [que] apresenta um conceito, porque isso é trabalho da doutrina”.

42. DOTTI, Rene Ariel. Respostas a equívocos e ofensas pessoais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.20, n.241, p.3, dez. 2012.

43. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positive Rechtswissenschaft. *Apud* GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.o aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p.885.

44. GRECO, op. cit., p.885-886.

Analisando-se o teor da definição de dolo fornecida pelo legislador brasileiro, logo percebe-se que se definiu muito pouco. Não basta simplesmente tomar o sentido comum das expressões “quis o resultado” e “assumiu o risco de produzi[r o resultado]”. É preciso definir o que pode ser entendido por *querer* um resultado, se há algum grau de volição e de cognição nesse querer. Da mesma forma, a *assunção de risco* de um resultado precisa ser definida, principalmente porque todo aquele que conscientemente cria um risco de lesão a bens jurídicos de alguma forma assume o risco de produzir a lesão representada como possível — ainda que se esteja atuando de forma imprudente, tomando as precauções necessárias para evitar que o resultado venha a ocorrer. Por tal motivo, mesmo quem atua culposamente assume o risco de produzir o resultado delitivo de sua conduta. É necessário, assim, que a dogmática do direito penal estabeleça a delimitação do alcance da expressão definida pelo legislador, de modo a orientar a correta aplicação do direito penal. Greco, inclusive, defende que a “lei não resolveu nada” com relação ao conceito de dolo.⁴⁵ O entendimento de Hungria a respeito da adoção da teoria do consentimento pelo legislador diz mais que a própria lei, colocando-se como critério para limitar o alcance do dolo nos casos de assunção do resultado para as hipóteses em que o autor efetivamente consente com a sua produção. A posição quanto à teoria do consentimento é uma interpretação possível do sistema de imputação subjetiva colocado pelo Código Penal, mas certamente não é a única possível.

Tomando-se os próprios dispositivos do Código Penal, pode-se perceber, em verdade, que o art. 18 não esgota o conceito de dolo; deve ser complementado pelo *caput* do art. 20, que define erro de tipo. Ao estabelecer a lei penal que “[o] erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo”, coloca-se o conhecimento do autor a respeito das circunstâncias elementares do crime como elemento essencial do dolo.⁴⁶

Greco aponta que é o conhecimento — e não a vontade — o elemento essencial para se estabelecer o dolo, pois *conhecimento* é o fator fundamental para se estabelecer a atuação pelo autor com domínio ou controle sobre a

45. “O fato é que, ao contrário do que a doutrina brasileira ainda costuma pensar, a lei não resolve nada. Isso porque as palavras que a lei usa – o *assumir o risco* da produção do resultado – são *ambíguas*, podem ser compreendidas tanto no sentido de uma teoria meramente cognitiva, que trabalha tão-só com a consciência de um perigo qualquer, como no sentido de uma teoria da vontade, a qual pode ser a teoria da anuência, como também qualquer outra.” (GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.xvii).

46. GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.xvii.

sua conduta.⁴⁷ A partir de uma análise das situações de dolo direto e dolo eventual, defende não haver relevância na vontade do autor, propondo um conceito unitário de dolo, fundado em parâmetros puramente cognitivos.⁴⁸ Não se concorda integralmente com tal proposição, não apenas em razão do limite textual imposto pela legislação brasileira, como pela relevância dada na legislação à vontade do autor, seja para a punibilidade⁴⁹ ou mesmo para a própria tipificação de condutas.⁵⁰

De qualquer modo, partindo do quadro delineado pelo Código Penal em seus arts. 18 e 20, revela-se a centralidade do conhecimento no dolo, a que deve ser subordinada à vontade — se é que há lugar para a vontade no dolo, como defende Greco.

Em se tratando o conhecimento de uma circunstância elementar do dolo, ao mesmo tempo em que não pode ter o seu alcance ampliado indevidamente para situações de desconhecimento a partir de interpretação doutrinária ou jurisprudencial. Pode-se considerar conhecimento tanto a noção tradicional enquanto dado psicológico-descritivo quanto uma construção jurídica a partir de parâmetros normativo-atributivos. Não há vedação legal ou dogmática nesse sentido.

Vale dizer, não há uma definição legal de conhecimento. Isso não é necessariamente algo ruim, pois permite que o conceito de conhecimento possa ser preenchido pela academia, desde que atendidos os parâmetros mínimos estabelecidos pelo inciso I do art. 18 e pelo *caput* do art. 20 do Código Penal. Por outro lado, não se pode dizer que há conhecimento em situações de desconhecimento. Dizer que as situações de cegueira deliberada são tão reprováveis e merecedoras de punição quanto as situações em que o autor efetivamente conhece as circunstâncias do fato não permitirá a punibilidade no sistema penal brasileiro. Incidiria, nesse caso, a proibição expressa de analogia

47. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). **Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário**: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p.891.

48. *Ibid.*, p.902.

49. Veja-se, por exemplo, o art. 29, § 2.º, do Código Penal: “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”

50. Nos crimes preterdelitos e nos crimes qualificados pelo resultado importa o objetivo visado pelo autor para a tipificação da conduta, não bastando a ocorrência do resultado típico e a consciência pelo autor da criação do risco de tal resultado como produto do domínio do autor. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 16.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. v.2. p.119-121). Trata-se de questão que merece aprofundamento em um estudo dedicado, não sendo o propósito do presente trabalho discutir o papel da vontade na configuração do dolo.

em desfavor do acusado (“*in malam partem*”), obstando que se tomasse por “conhecimento” uma situação que se reconhece não haver conhecimento.

Por esse motivo, não se concorda com a doutrina quando esta afirma que a expressão “deve saber”, empregada em diversos tipos penais, seria indicativo de dolo eventual.⁵¹ Quando se afirma que o acusado deveria saber algo, reconhece-se que de fato não sabia. Pode parecer um jogo de palavras, mas em verdade se trata de importante diagnóstico do sistema de imputação e da interpretação doutrinária. Se dolo é conhecimento e vontade, a dimensão cognitiva do dolo deve estar presente em todas as suas espécies — dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual. Ao se afirmar, porém, que dolo eventual pode ser encontrado nas situações em que o autor não sabia de determinada circunstância elementar do tipo penal, mas deveria saber, está-se restringindo a dimensão cognitiva do dolo para uma dimensão normativo-atributiva equivocada, pois não se está a afirmar que o potencial conhecimento deve ser considerado conhecimento. Equipara-se o desconhecimento frente a uma situação de dever de conhecimento ao conhecimento efetivo, ampliando-se o âmbito de alcance dos tipos penais. A equiparação entre “dever saber” e dolo eventual é equívoco cometido pela doutrina contemporânea⁵², muito embora a doutrina clássica⁵³ já tivesse superado essa questão.

Tem-se, assim, que não se pode ampliar o âmbito da punibilidade delimitado pelo conhecimento para situações de desconhecimento, ainda que o conhecimento seja potencial. Situação diversa ocorreria quando se estabelece que o conceito de conhecimento engloba alguma situação distinta daquela que normalmente se tem por “conhecimento real” ou “conhecimento efetivo”, a partir de uma noção psicológico-descritiva. Utilizando critérios normativo-atributivos, pode-se dizer haver conhecimento mesmo nos casos em que não há necessariamente comprovação empírica pelo autor de determinada situação. Conhecimento, para o direito penal, pode ser menos que o conhecimento pleno e efetivo, desde que não extrapole os limites cognitivos estabelecidos pela legislação, como no regramento do erro.

51. Veja-se, por exemplo, JESUS, Damásio Evangelista de. O “sabe” e o “deve saber” no crime de receptação. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n.52, p.5-7, mar. 1997.

52. Veja-se, por exemplo, BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.110-1101; BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. 3.ed. São Paulo: RT, 2016. p.141.

53. “No que concerne ao elemento subjetivo, neste crime o dolo é equiparado à culpa. A expressão ‘de que sabe ou deve saber que está contaminado’ (que consta, aliás, do código dinamarquês e da lei alemã), refere-se, em sua primeira parte, ao dolo, e, na segunda, à culpa.” (FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1958. v.1. p.72); HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v.5. p.394-395.

Nesse sentido, algumas situações de cegueira deliberada poderiam integrar o âmbito de alcance do conhecimento a partir de critérios bem definidos. O que não se pode admitir, porém, é que a noção de “cegueira deliberada” seja indevidamente transplantada do direito americano, onde desempenha uma função de expansão da punibilidade a partir da equiparação ao conhecimento legalmente definido, o que é incompatível com a estrutura do direito penal brasileiro. Essa atuação acrítica da jurisprudência, que acolhe ideias incompatíveis com o direito pátrio, sem os devidos ajustes e prévias considerações metodológicas, contribui para o empobrecimento do direito e da dogmática nacional. Não há como se acolher no direito penal brasileiro a cegueira deliberada a partir de aplicação direta à realidade forense cotidiana. Pode-se, todavia, analisar o conceito normativo-descritivo de conhecimento para se avaliar a possibilidade ou não de se alcançar pela teoria do dolo algumas situações de punibilidade existentes no direito comparado. Assim, será possível delimitar se há alguma lacuna de punibilidade no direito brasileiro e, por fim, decidir se eventual lacuna deve ou não ser colmatada, e de que maneira.

4.2. SUFICIÊNCIA DO DOLO

Defende-se que dolo eventual não coincide com cegueira deliberada. Pode haver situações de sobreposição, mas nem toda situação de desconhecimento provocado pelo autor preencherá os requisitos cognitivos exigidos pelos arts. 18 e 20 do CP para formação do dolo eventual. A despeito dos esforços teóricos despendidos para dar à cegueira deliberada status de compatibilidade com o sistema de imputação desenhado na legislação nacional e na doutrina jurídico-penal de matriz germânica, percebe-se do aprofundado estudo do dolo e de seus fundamentos que as construções teóricas feitas sobre a cegueira deliberada em nada acrescentam para distinguir “cegueira deliberada” de dolo.

Vale dizer, tomando uma situação em que estão presentes os fundamentos do dolo, pode-se reconhecer a presença de dolo. Não há nenhum ganho em chamar algumas destas situações onde estão presentes os fundamentos do dolo de “cegueira deliberada” ou de qualquer outro conceito. Muito pelo contrário, dar denominação diversa a um feixe de situações em que se reconhece a existência de dolo obscurece os critérios de imputação, criando insuperável confusão.

De acordo com o disposto no art. 18 do CP, somente pode haver imputação se o autor tiver agido com dolo ou com culpa. Ademais, segundo o

parágrafo único de tal dispositivo, só se admite a punição na modalidade culposa nos casos em que houver expressa permissão legal. Desse modo, a regra para a punibilidade no direito penal brasileiro é o dolo. Isto significa que, excetuadas as excepcionais situações de punibilidade a título de culpa, somente é possível a punição se estiver identificado o dolo. A lógica adotada é binária. Não se admitem modalidades intermediárias, como a “culpa grave” ou a “leviandade”.⁵⁴

Diante de tais considerações sobre o dolo, salvo a superveniência de alguma alteração legislativa, a punição das situações envolvendo uma possível cegueira deliberada pressupõem que estejam presentes os pressupostos para a punibilidade dolosa. Não pode a doutrina criar um *tertium genus* de categoria de imputação subjetiva. Portanto, é imprescindível que no direito brasileiro qualquer conduta em que se reconheça a existência de cegueira deliberada pelo autor seja praticada dolosamente, caso contrário não poderá ser considerada punível. A “teoria” da cegueira deliberada, dessa forma, se limita a identificar situações em que pode ser reconhecido o dolo.

A dogmática penal vem há séculos teorizado sobre o conceito de dolo e seu alcance. Entende-se que a aplicação do estado da arte na teoria do dolo é suficiente para alcançar as situações envolvendo cegueira deliberada, tratando-se de uma teoria desnecessária para fundamentar a punibilidade. Ademais, não se verifica lacuna de punibilidade na aplicação da teoria do dolo que necessite ser colmatada por uma “teoria” da cegueira deliberada. Não possuem consequência dogmática as considerações a respeito do merecimento de punição de determinadas condutas. Diante da ausência de previsão de modalidade culposa, ou há dolo e, conseqüentemente, punibilidade, ou não há dolo e não se pode punir a conduta.

A partir do momento em que se analisam as situações reais de aplicação da cegueira deliberada pela jurisprudência, percebem-se as armadilhas criadas pela aplicação indiscriminada da cegueira deliberada. Sob a justificativa de que a cegueira deliberada seria equiparável ou equivalente ao dolo eventual, foram identificados diversos casos em que se usou uma ideia de cegueira deliberada para reconhecer a existência de dolo eventual mesmo ausentes os fundamentos necessários para a configuração de dolo. Ademais, sob a justificativa da existência da “teoria da cegueira deliberada”, afastou-se a alegação defensiva do acusado acerca do seu desconhecimento da situação de fato sem qualquer

54. Ver PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.13.

fundamentação probatória, afirmando que o desconhecimento do acusado não impediria o reconhecimento de dolo eventual, mesmo diante da ausência de prova que conduziu à atribuição de conhecimento ao acusado, criando deveres de conhecimento inexistentes. Sequer há exigência em alguns casos de demonstração de evitação consciente do conhecimento pelo autor, marca distintiva do que se pretende como uma teoria sobre a ignorância *deliberada* pelo autor.

Resta claro da aplicação jurisprudencial da cegueira deliberada que, mesmo nos casos de aplicação adequada do conceito, bastaria o reconhecimento de dolo eventual, diante da comprovação de seus fundamentos. Vale dizer, se há demonstração de conhecimento do risco criado pelo autor — seja conhecimento “efetivo” ou conhecimento normativamente atribuído a partir de critérios precisos de imputação — de modo que tal conhecimento permita inferir que a produção do resultado típico é algo que o autor domina, então há dolo. Não é necessário afirmar que o autor agiu com cegueira deliberada. Isto, na melhor das hipóteses.

Identificou-se, por outro lado, duas armadilhas criadas pela aplicação da cegueira deliberada. Há casos em que a cegueira deliberada foi utilizada para permitir a punibilidade de condutas em que seria impossível a atribuição de conhecimento ao autor, de modo a obstar o reconhecimento de dolo. Há, ainda, outros casos em que a cegueira deliberada foi aplicada de modo a superar a ausência efetiva de prova desfavorável ao autor, presumindo — e não atribuindo — conhecimento. Nenhuma destas aplicações é juridicamente permissível. Não há categoria dogmático-penal que possa influir na interpretação judicial de provas ou ultrapassar os limites de punibilidade impostos pelo legislador.

Tem-se, portanto, que a teoria do dolo é suficiente para abarcar os casos em que estão presentes os fundamentos do dolo eventual. Nos demais casos, não deve haver punição dolosa, sob pena de flagrante violação ao princípio da legalidade.

5. CONCLUSÃO

Como já afirmado ao longo deste texto, o que se chama de cegueira deliberada no Brasil não guarda identidade com a regra de *willful blindness* presente no direito penal da *common law*. Os pressupostos e fundamentos de tais conceitos são distintos. As semelhanças são apenas duas: o nome dos conceitos e a existência de uma situação de desconhecimento provocado pelo autor. A maneira como cada conceito opera em seu sistema jurídico de aplicação é

diversa, bem como o papel desempenhado por cada conceito. A regra de *willful blindness* permite a expansão da punição de condutas que exigem *knowledge*, ampliando o conceito legal de conhecimento. Já a “cegueira deliberada” pode servir tão somente para o reconhecimento de dolo onde os pressupostos legais do dolo já estejam presentes. A “cegueira deliberada” não altera nem amplia o conceito legal de *dolo*; nem poderia fazê-lo. No sistema jurídico brasileiro, o magistrado está adstrito aos contornos legais impostos pela lei penal.

Há, nesse ponto, um importante questionamento a ser colocado: se os critérios para identificação da cegueira deliberada no Brasil são diferentes dos critérios para a identificação da *willful blindness* nos Estados Unidos — suposta origem da “teoria da cegueira deliberada” — e se “cegueira deliberada” deve corresponder ou ao menos se inserir no conceito de dolo, qual o propósito em se desenvolver uma teoria nesses termos? Por que atrelar o desenvolvimento de tal conceito a um conceito jurídico estrangeiro, de bases distintas? Não se acredita que tenha se desenvolvido a cegueira deliberada por mero modismo. Trata-se de construção a partir de duvidosa metodologia comparatista. Não há motivo para o desenvolvimento de uma teoria desnecessária.

Do ponto de vista dogmático, a cegueira deliberada é exatamente isso: desnecessária. Diante da impossibilidade de se punir condutas que não são dolosas, é necessário que se demonstre a existência de dolo para que haja punibilidade. Para tanto, não é suficiente ou necessário que demonstre a cegueira deliberada. Basta que se demonstre o dolo. Diante de toda a exposição teórica e doutrinária sobre a cegueira deliberada, não se vislumbra qualquer utilidade na teoria, visto que não facilita o reconhecimento do dolo, apenas o obscurece ao se sobrepor requisitos indispensáveis, sem previsão legal.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. 3.ed. São Paulo: RT, 2016.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 16.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BUSATO, Paulo César. Apresentação. In: **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2010.
- DOTTI, Rene Ariel. Respostas a equívocos e ofensas pessoais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.20, n.241, p.3, dez. 2012.

- DUBBER, Markus D. **An introduction to the Model Penal Code**. 2.ed. New York: Oxford, 2015.
- _____. Comparative criminal law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford handbook of comparative law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- _____; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A comparative approach**. Oxford: Oxford, 2014.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal: parte especial**. Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1958.
- _____. Notas sobre o direito penal anglo-americano. In: **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.
- _____. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). **Líber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, 2009.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JESUS, Damásio Evangelista de. O “sabe” e o “deve saber” no crime de receptação. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n.52, p.5-7, mar. 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. 3.ed. Buenos Aires: Losada, 1964.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada “cegueira deliberada”**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 366 f. 2017.
- MEADOR, Daniel John. **American Courts**. 2.ed. St. Paul: West, 2000.
- MICHAELS, Alan C. Acceptance: the missing mental state. **Southern California Law Review**, v.71, n.5, p.962, 1998
- MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. In: VALENZUELA S., Jonatan (Ed.). **Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal**. Buenos Aires: EdiUNS, 2013.
- SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.
- VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- WATSON, Alan. **Legal transplants: An approach to comparative law**. 2.ed. Athens: University of Georgia, 1993.
- ZILIO, Jacson Luiz. Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal Brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n.239, p.8, out. 2012.

O MÉDICO NO BANCO DOS RÉUS: UM ENFOQUE-JURÍDICO PENAL ACERCA DA MORTE EM DECORRÊNCIA DA PROFISSÃO

Diogo Fagundes Lauermann¹

Maria Alice dos Santos Severo²

1. INTRODUÇÃO

A existência humana, individualmente considerada, ou enquanto convivência dos homens em sociedade, constitui, como bem ressalta o eminente penalista Arturo Rocco, o centro de irradiação por excelência e de todos os bens ou interesses juridicamente protegidos. O bem da vida é de tal magnitude que a cultura humana tenta protegê-lo até mesmo naquelas condições excepcionais e precaríssimas, quando tudo é contraditório e paradoxal.

Na sociedade atual complexa em que vivemos, a medicina é uma profissão eminentemente relacionada ao risco. Isto porque há uma pluralidade de circunstâncias geradoras desta situação que desencadeiam conflitos no âmbito jurídico. O que não se discute, contudo, é que inúmeras questões jurídicas envolvendo o exercício da medicina transitam pela violação de deveres ético-jurídicos inerentes à profissão.

O médico, na sua missão de prevenir, aliviar, tratar e curar, está no centro das atividades preservadoras da vida. A sua atividade profissional lida com os bens supremos do indivíduo, protegidos pela ordem estatal. Daí a íntima relação da medicina e o direito.

1. Pós-Graduando em Direito Eleitoral pela Verbo Jurídico (2017). Pós-Graduando em Direito Penal Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2016). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2015). Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2011). Advogado Criminalista (OAB/RS 90.104). LAUERMAN & FARIAS ADVOCACIA PENAL (www.lauermannfarias.com.br).
2. Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS | 2017 – Bolsista CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisas Observatório de Reformas Penais, sob a coordenação do Prof. Dr. Aury Lopes Jr. Especialista em Direito Penal Empresarial pela PUCRS | 2016. Graduada em Direito pela PUCRS e Universidade de Coimbra (Portugal) | 2015. Advogada Criminalista – OAB/RS 101.031 – LAUERMAN & FARIAS ADVOCACIA PENAL (www.lauermannfarias.com.br).

O que pode determinar o erro médico é, justamente, a má atuação de determinados profissionais. Portanto, não é incomum que a responsabilização médica por atuação inadequada possa envolver mais de uma esfera jurídica. Se faria necessário, contudo, uma análise do nexos causal entre a conduta do profissional da medicina e o resultado típico, este último relevante na esfera penal de modo que nem sempre a ineficácia no serviço prestado possui qualquer relação com esta esfera.

Apesar de o médico assumir o compromisso de fazer o seu melhor, nem sempre consegue êxito nos diagnósticos e procedimentos empregados ao tratamento de seus pacientes. Como se sabe, o desempenho de qualquer atividade está sujeita a erro, todavia, em se tratando da atividade médica, dá-se uma maior valoração por envolver o bem mais preciso do ser humano, a vida e a integridade física.

Com o aumento dos casos decorrentes de falha médica, verifica-se que a responsabilidade penal por erro médico tem sua origem no princípio da culpa, em que o agente dá causa a um dano por não tomar as devidas precauções pela sua profissão. Neste interim, o médico deve sempre zelar pelo seu trabalho, sob pena de ser responsabilizado penal, civil e administrativamente. É neste momento que surge o direito penal, com o intuito de dar proteção ao cidadão vitimado pelo erro médico.

As ciências da saúde necessitam de uma ordem ditada pela ética e moldada em regras de conduta que balizem os deveres e as obrigações dos seus agentes, principalmente quando esta nova ordem permitiu uma nova ordem nunca imaginável. A medicina, principalmente nesses últimos trinta anos, sofreu um extraordinário e vertiginoso progresso, o que obrigou o médico a enfrentar novas situações, muitas delas em sensível conflito com sua formação com o passado. O médico sempre teve como guias sua consciência e uma tradição milenar; porém, dia a dia, surge a necessidade de conciliar esse pensamento e o interesse profissional com múltiplas exigências da sociedade.

2. ERRO MÉDICO E SEUS EFEITOS SOB A ÓTICA CRIMINAL: VIOLAÇÃO AOS DEVERES MÉDICOS?

O ato de cuidar é um dever ético e legal que incube a todos os médicos em relação a seus pacientes. No entanto, nem sempre estes deveres são cumpridos. Casos de descuido médico e suas consequências não constituem

fenômenos raros no nosso cotidiano e com certa frequência aparecem nos meios de comunicação quando ocorrem mortes ou lesões graves³.

A preocupação com o erro médico existe desde a antiguidade, quando a prática da medicina era muito ligada a religião. A conduta dos povos era norteada por sua religiosidade e o médico muitas vezes era visto como intérprete dos deuses. No entanto, tal posição não impediu que, em alguns períodos, a responsabilidade médica chegasse a ser tratada com extremo rigor.

O médico, como qualquer outro profissional, tem deveres – a exemplo: o dever de informação, o dever de se manter atualizado, dever de vigilância⁴. A ocorrência de erro médico é resultado de uma ou várias violações das obrigações do médico frente seus pacientes em seus inúmeros atendimentos: essa é a grande questão.

No desenvolvimento do seu ofício, o profissional deve dar atenção especial na elaboração de um diagnóstico, pois é dele que deve se estabelecer a conduta a ser tornada na vida do paciente. Do ponto de vista do atuar médico, é importante destacar “(...) o que ele fez e não deveria ter feito, o que ele não fez e deveria ter feito, o que ele disse e deveria ter dito, e ainda, o que disse e não deveria ter dito. Acrescente-se a isso tudo a oportunidade do momento certo de fazer, de esperar, de falar ou de silenciar.

O erro médico está caracterizado, pela Justiça, pela presença de dano ao doente, com nexos comprovado de causa e efeito, e de procedimento em que tenha havido uma ou mais de três falhas por parte do médico: imperícia, imprudência e negligência⁵. Desta forma, ele é tratado como desvio do comportamento médico durante a execução de seu mister, mister esse que, se tivesse sido realizado observando os parâmetros estabelecidos pela doutrina médica e pela ciência, não teria, certamente, causado dano à vida do paciente⁶.

É claro que o médico não pretende praticar o crime de homicídio nem expor interesse jurídico de seus pacientes a perigo de dano, ou menos ainda, à morte, mas falta, porém com o dever de diligência exigido pela norma, devendo por isso ser responsabilizado pelo resultado danoso ao paciente. Contudo, a culpabilidade do médico deve ser analisada sempre sob o ângulo da

3. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 25.

4. FRANÇA, Genival França. *Direito médico*. 14ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.202.

5. MORAES, I. N. *Erro médico e a justiça*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

6. MORAES, I. N. *Erro médico e a justiça*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

previsibilidade subjetiva que é a aferição tendo em vista as condições pessoais do agente, ou seja, do médico, sobre o qual deverá recair a análise do que era exigível para ele nas circunstâncias do atendimento ao paciente.

Em conformidade com este entendimento, CARVALHO⁷ afirma que deve ser questionada a possibilidade de o sujeito, segundo suas aptidões pessoais e na medida de seu poder individual, prever o resultado. A ausência de previsão é elemento essencial para a caracterização de homicídio culposo. Diferentemente da previsibilidade, a ausência de previsão significa que o médico não previu o resultado, apesar de ser possível antevê-lo, o que ensejará maior reprimenda sobre esse tipo de conduta. Assim, para caracterizar a responsabilidade penal médica, necessário é que o médico não tenha previsto o resultado morte, não obstante o fosse previsível diante de suas condições.

Previsibilidade objetiva do resultado significa a capacidade de qualquer pessoa razoável e prudente prever a possibilidade de ocorrência do resultado. Assim, será exigível o cuidado objetivo quando o resultado era previsível para uma hipotética pessoa-padrão medianamente diligente e prudente (*homo medius*), nas condições em que o agente atuou, tendo-se em vista as circunstâncias do fato⁸. Por conseguinte, tanto a inobservância do dever objetivo de cuidado quanto a previsibilidade objetiva do resultado são critérios que devem ser constatados pelo intérprete (juiz, promotor ou advogado) a partir da comparação entre a conduta que foi realizada pelo agente no caso concreto com aquela conduta que teoricamente seria a esperada de uma pessoa hipotética considerada razoavelmente diligente e prudente.⁹

De acordo com a previsibilidade do resultado, a culpa classifica-se em consciente e inconsciente. Há culpa inconsciente quando o agente não previu o resultado que podia (e devia) ter previsto, quando este que era, portanto, previsível pelo *homo medius*; já a culpa consciente ocorre quando o agente prevê a possibilidade de ocorrência do resultado, mas espera convictamente que este não ocorra por confiar demasiadamente na sua capacidade de alguma forma, evitá-la. Por fim, se o resultado ocorrido for totalmente imprevisível, não haverá delito algum, pois tratar-se-á então de caso fortuito ou força maior, que constituem exatamente a negação da culpa¹⁰.

7. CAPEZ, F. *Curso de direito penal*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 234.

8. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 29.

9. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*. Coimbra: Ed. 2008, p. 644.

10. BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* (vol 1). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29.

O tempo, na Medicina, corre contra a vida, e o médico deve estar atento a não deixar que aquele o impeça de salvar a vida do paciente. O instrumento de trabalho direto do profissional médico é a vida, o corpo, a saúde, o que justifica por isso que os deveres médicos devem ser observados com bastante rigor. Irany Novah Moraes refere, de maneira clara e específica acerca do agir médico e suas consequências:

não se apele para as condições de trabalho, a quantidade maior de doentes a serem atendidos ou qualquer outro dos fatores já referidos. Nem sequer atribua-se a culpa à escola que não preparou o profissional adequadamente, pois, no ato que envolve o atendimento médico, está o homem que se encontra dentro do médico e que, seja qual for seu conhecimento técnico, deve ter o sentimento de respeito humano. Nesse ponto, a responsabilidade do médico deve ser igual à de qualquer um, acrescida do fato de que ele deve saber, de antemão, a importância do tempo na tomada de certas decisões, bem como o grau de sofrimento do paciente e ainda das sequelas do retardo do socorro¹¹.

Sempre será exigido do profissional da medicina o dever subjetivo de cuidado, que tem elevado grau de responsabilidade, pois neste dever se avalia, no caso real, o que deveria concretamente feito, exigindo-se do médico um mínimo de capacidade para o exercício daquele ato e a certeza de que outro profissional em seu lugar teria condição de prever o dano.

3. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O RESULTADO TÍPICO: LIMITES ENTRE O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE PENAL

Não basta que o ato seja culposo, é necessário que haja uma conexão causal entre o ato do agente e o resultado danoso. Caso contrário, não há o que falar em responsabilidade, posto que o dano adviria de outra causa. O nexo de causalidade é o vínculo entre um fato que surgiu após a ocorrência de um primeiro que, se desaparecesse, faria também desaparecer o resultado. É preciso que se esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido¹².

Desta forma, não é suficiente que o agente haja procedido contra as normas, ou seja, não se define a responsabilidade pelo fato e cometer um erro na conduta. A simples conduta antijurídica não implica responsabilização do agente. Não basta que uma pessoa tenha contravindo certas regras. Faz-se necessário que sem esta contravenção, o dano não ocorreria.

11. MORAES, I. N. *Erro médico e a justiça*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

12. BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil e Prática*. Ed. 1999, Editora Forense Universitaria, p. 25.

O nexo de causalidade consiste na relação de causa e efeito, sendo adotado o critério da imputação para atribuir um resultado típico a um profissional da medicina, como obra direta deste. Sendo assim, para que um resultado seja típico, ele deve ser causado e imputado ao médico.

Por mais que não se negue que a medicina é uma atividade meio, evidentemente significa dizer que nem sempre os resultados esperados serão conseguidos através da intervenção médica. Porém, espera-se que a atuação do profissional esgote todos os meios possíveis para que os fins sejam atingidos. A partir disto, tudo o que não for compreendido dentro das possibilidades reais da atividade médica, não pode ser imputado ao seu ofício e, portanto, não é atribuído ao médico como “obra” dele.

Constatado o nexo causal entre a conduta do profissional da medicina e o resultado típico e podendo ser a ele imputado – e não à ausência de condições materiais – necessária será a análise do dolo em sua conduta. A doutrina se divide o dolo (art. 18, inciso I do CP) em três modalidades: dolo direto de primeiro e segundo graus, bem como dolo eventual.

Em breves linhas, no dolo direto, o autor do delito deseja e direciona sua vontade à produção do resultado típico com a sua ação. No dolo direto de primeiro grau, o resultado delitivo é o fim principal do agente. O dolo direto de segundo grau, por sua vez, ocorre quando o agente pretende diretamente um resultado típico, porém, para a consecução deste resultado, utiliza-se de meio que sabe ser consequência necessária (condição *sine qua non*) para a ocorrência de outros resultados típicos, aceitando deliberadamente tais consequências secundárias, igualmente delituosas¹³.

No dolo eventual, o qual entendemos ser o que concerne ao tema do presente artigo, o agente prevê a ocorrência de um resultado típico e não o deseja, mas se conforma com a sua eventual ocorrência¹⁴. O Supremo Tribunal Federal entendeu haver indício de dolo eventual em hipótese na qual o único médico plantonista de um posto de saúde se recusou, reiteradas vezes, a atender uma criança que veio a falecer, sob a escusa de que não era pediatra, neste sentido:

para a configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente [em relação ao resultado], nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento. (...) descreveu-se a conduta do médico haver se

13. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 427/428.

14. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 427/428.

recusado, por duas vezes, em dias consecutivos, a atender a vítima que já apresentava sérios problemas de saúde, limitando-se a dizer para a avó da vítima que a levasse de volta para casa, e somente retornasse quando o médico pediatra tivesse retornado de viagem. Em tese, o único médico plantonista, procurado mais de uma vez durante o exercício de sua atividade profissional na unidade de saúde, cientificado da gravidade da doença apresentada pelo paciente que lhe é apresentado (com risco de vida), ao se recusar a atendê-lo, determinando o retorno para casa, sem ao menos ministrar qualquer atendimento ou tratamento, pode haver deixado impedir a ocorrência da morte da vítima, sendo tal conduta omissiva penalmente relevante devido à sua condição de garante¹⁵

É perceptível que há uma linha tênue entre dolo eventual e culpa consciente, sendo que em ambos, há a representação do resultado, entretanto, se o médico representa e aceita a possibilidade de causar o resultado, caracterizar-se-á, dolo eventual e se, por outro lado, o resultado é previsto, mas rejeitado, através da crença leviana na sua não ocorrência ou ainda na possibilidade de evitar o resultado, caracteriza-se culpa consciente.

No Direito Penal Médico, a jurisprudência reconhece a distinção entre o risco inerente ao ato cirúrgico (circunstância atípica que exclui a responsabilidade criminal) e a existência de riscos previstos e previsíveis inerentes à cirurgia, cujas consequências demandam as cautelas inerentes ao exercício da profissão. Afirma MARTINS¹⁶ que “o ato cirúrgico é fator de preocupação para o médico. Nele, a concentração, a capacitação e a integração entre a equipe, são fundamentais para o êxito do procedimento. Por mais simples que possa parecer, contem riscos previsíveis, havendo, por conseguinte, obrigação de evitá-los.

A lesão ao dever objetivo de cuidado é caracterizada, principalmente, pela inobservância de regras técnicas inerentes à profissão, gerando um risco não permitido à saúde/integridade do paciente.

Importante destacar que os riscos imprevisíveis decorrentes da própria evolução natural do tratamento da doença elidem a responsabilidade criminal, por não se adequarem a qualquer modalidade de infração penal culposa.

O primeiro critério para elidir a lesão ao dever objetivo de cuidado é o modelo de homem prudente, que no direito penal médico consiste naquele profissional que pauta sua conduta, de forma comprovada, pelos critérios científicos que regem a sua especificidade¹⁷. Entretanto, a lesão ao dever objetivo de

15. STF – HC 92.304, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 5.8.2008.

16. MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *A responsabilidade penal por erro médico*. In: Revista Jurídica da FURB, nº 3, jun. 2008, p. 54

17. SANTOS, Juarez. Cirino dos. *Direito Penal: parte especial*. 3. ed. Lumen Juris, 2008, p. 177.

cuidado deve ser exposta de forma bastante clara, para que se permita, com a maior efetividade possível, o amplo exercício do direito de defesa. Este critério deve ser reconhecido através de valores probatórios que envolvem conhecimentos técnicos inerentes à profissão e ignorados pelos operadores do direito.

Os pareceres dos Conselhos Profissionais têm conferido elevado valor probatório na jurisprudência, principalmente em processos administrativos que apuram a conduta do médico. Mesmo que estes documentos não possuam valor probatório absoluto, podem elidir a responsabilidade criminal do médico em determinadas circunstâncias. Através da decisão proferida nos autos do HC 82.742, oriundo do STJ, no qual reconheceu a atuação médica como legal e tecnicamente correta – deixar de realizar cateterismo diante da precariedade do quadro clínico apresentado pela suposta vítima – é de se concluir que atuações profissionais cuidadosas na atividade médica excluem a responsabilidade criminal, pela inexistência de qualquer atividade culposa.

4. CONCLUSÃO

A função primordial do Direito é a proteção dos bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, através da cominação de penas para aqueles que praticam condutas delitivas, lesivas ou perigosas a esses bens.

É entendimento pacificado que o médico, assim como qualquer pessoa, que praticar uma conduta típica e antijurídica, e em sendo ele culpável, será responsabilizado criminalmente. O erro é inerente à condição humana e, desta forma, não é possível eliminá-lo efetivamente. O médico, como ser humano, está sujeito a errar, mesmo que possua extrema consciência profissional. É essa conscientização que torna o médico mais prudente para cada ação, de modo a minimizar a sua margem de erro.

A responsabilidade penal é dada quando do cometimento de um crime, sendo que crime, num conceito geral doutrinário, é toda conduta (ação ou omissão), típica, antijurídica e culpável. Típica porque está expressa na lei, antijurídica por ser contrária a lei e culpável, por ser praticada por agente imputável. Assim, não existirá crime se a conduta praticada pelo agente não se enquadrar exatamente no tipo descrito na legislação penal.

A responsabilidade penal por erro médico, por sua vez, tem seu fundamento na culpa, isso quer dizer que além dos elementos formadores do crime, como a conduta humana, o resultado, a relação de causalidade e a tipicidade,

é necessário que haja a inobservância de um dever de cuidado, o resultado lesivo involuntário e a previsibilidade.

O médico lida com aquilo que há de mais precisos, a vida, de modo que a responsabilização penal deste profissional pelo cometimento de erros médicos tem como função assegurar à vítima e à coletividade, a punição dos profissionais irresponsáveis e inconsequentes que quebram um dever geral de cuidado. A vida é o bem jurídico de maior relevância, protege-la se faz imperioso. É dever também moral da sociedade denunciar quando do conhecimento de prática de tais condutas, pois a omissão também milita contra a Justiça daquele que teve sua vida ceifada por erro médico.

A verificação e a aplicação da responsabilidade penal do médico é função nem de longe fácil e simples, pelo contrario, é árdua e complexa. Iluminar a justiça à altura de suas necessidades em casos que envolvam erro médico requer, além dos conhecimentos jurídicos, conhecimentos médicos, o que vai exigir, no caso concreto, uma grande disponibilidade dos protagonistas jurídicos em aprofundar-se no tema, a fim de se fazer justiça.

O exercício da medicina é um privilégio que comporta muitas responsabilidades. Não se pretende que o médico seja infalível, dada a limitação inerente à natureza humana, mas é desejável que o erro médico e o conseqüente dano causado a terceiro sejam frutos das limitações da ciência média ou que, por exemplo, tenha ocorrido porque era inevitável a qualquer médico na mesma situação. O que não podemos admitir é que o erro seja decorrente de desespero profissional, ou mesmo de comportamento negligente do médico para com seu paciente.

Depreende-se, de tudo isso, que o erro médico é um assunto delicado e complexo que, desde tempos remotos até os dias atuais, suscita muitas discussões e traz à tona mais questionamentos do que respostas. O certo é que merece estudos a relação entre Medicina e Direito. O que a sociedade esqueceu é que a medicina não é uma ciência exata como a matemática, onde tudo se resolve com cálculos precisos. A medicina tem como objeto o ser humano, suscetível de falibilidade e emoções, isto é, tem caracteres peculiares.

Apesar das adversidades de pontos de vista, a Medicina continuará sempre a ciência do maior interesse individual ou coletivo, exigindo-se do profissional, em todas as circunstâncias e em qualquer tempo, a proteção incondicional e a inviolabilidade da pessoa humana, devendo as decisões mais

complexas encontrar apoio na inspiração da nossa consciência, e num passado que, embora distante, vive na alma de todo médico.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil e Prática*. Ed. 1999, Editora Forense Universitária.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* (vol 1). São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAPEZ, F. *Curso de direito penal*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*. Coimbra: Ed. 2008.
- FRANÇA, Genival França. *Direito médico*. 14ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *A responsabilidade penal por erro médico*. In: Revista Jurídica da FURB, nº 3, jun. 2008
- MORAES, I. N. *Erro médico e a justiça*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SANTOS, Juarez. Cirino dos. *Direito Penal: parte especial*. 3. ed. Lumen Juris, 2008.
- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL – HC 92.304, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 5.8.2008.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A CONTRIBUIÇÃO DO OFENDIDO NOS CRIMES IMPRUDENTES: EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE?

Guilherme Brenner Lucchesi¹

Marion Bach²

RESUMO: As linhas que seguem pretendem investigar o papel da contribuição do ofendido para a concretização do resultado nos crimes imprudentes, bem como seu reflexo na punibilidade. Partindo-se dos elementos necessários para a configuração dos crimes culposos, busca-se investigar *se há e qual é* a influência do comportamento do ofendido em tais delitos. Superando-se o simplificado mantra doutrinário e jurisprudencial de que “não há compensação de culpas” no direito penal brasileiro, o trabalho visa demonstrar que há casos em que, mesmo que o autor incrementalmente ou crie risco não permitido pelo direito, sua responsabilidade penal ainda poderá ser excluída diante da *contribuição do ofendido para o resultado* – e não apenas nos casos de “culpa exclusiva do ofendido”.

PALAVRAS-CHAVE: Imprudência; Imputação do resultado; Contribuição do ofendido.

1. INTRODUÇÃO

A razão do desenvolvimento das linhas que seguem é o cômodo e incômodo mantra repetido, sem maior reflexão, por parte expressiva da doutrina e da jurisprudência, de que “no direito penal não se admite a compensação de culpas”. Como consequência, apenas se admite a exclusão da responsabilidade penal, no caso dos crimes culposos, quando há “culpa exclusiva da vítima”.

A cuidadosa análise casuística revela que tal compreensão é por demais simplista e que sua insistente reprodução apenas impede que a doutrina e a jurisprudência de fato enfrentem a matéria e elaborem critérios mais arrazoados de imputação.

É por tal razão — e na intenção clara de superar referido mantra

1. Doutor em Direito pela UFPR. *Master of Laws (LL.M.)* pela Cornell Law School. Pesquisador visitante do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*. Coordenador-adjunto da Pós-graduação na modalidade EAD em Direito Penal e Processual Penal da ABDConst. Diretor da Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado criminal. Contato: guilherme@lxp.adv.br
2. Doutoranda em Ciências Criminais pela PUC-RS. Bolsista Capes. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora de Direito Penal na graduação e na pós-graduação da FAE e do UNICURITIBA. Professora da Escola da Magistratura do Paraná. Advogada criminal. Contato: marionbach@gmail.com

— que o presente trabalho, não obstante não descure do entendimento doutrinário, optará por desenvolver os critérios de imputação em crimes culposos através de *cases*, especificamente aqueles que versam sobre *homicídio* ou sobre *lesão corporal culposa*.

2. CRIME CULPOSO: CONCEITO(S) E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

O Código Penal brasileiro estabelece, no art. 18, II, que é *culposo* o crime quando “o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Tal definição, como se percebe facilmente, não *define* muito. Eis que a doutrina vem empreendendo esforço na construção de um (verdadeiro) conceito para o crime culposo, bem como para definir os elementos que o constituem.

A distinção com que a doutrina trata os crimes culposos não apenas depende do *sistema teórico do delito* que é adotado, mas inicia pela própria nomenclatura³. Paulo César Busato, por exemplo, opta por tratá-los por *crimes imprudentes*, já que enxerga uma *uniformidade* nas três clássicas formas de culpa (imprudência, negligência e imperícia): todas são condutas descuidadas⁴.

Para o autor, crimes imprudentes são (ou deveriam ser) exceção à regra de incriminação e se configuram quando o autor não quer a produção do resultado, mas esse deriva de uma falta de dever de cuidado que cria um risco não permitido, o qual se realiza no resultado⁵.

Juarez Tavares, por sua vez, na obra que trata especificamente da Teoria do Crime Culposo, conceitua a culpa como a “forma de imputação de uma conduta humana caracterizada pela realização do tipo de um delito, centrado na violação do risco autorizado por meio de ação contrária ao dever de cuidado e lesiva ao bem jurídico, materializável em um resultado proibido e cuja culpabilidade se assenta no fato de não haver o agente evitado sua realização,

3. “A denominação tradicional ‘culpa’ aparece no Direito Romano para indicar tanto a imputabilidade quanto a negligência ou luxúria. No Direito Penal Comum, era frequente, ao lado de imprudência ou negligência, o uso da expressão quase-delito, que é encontrada nas obras de CARMIGNANI e CAR-RARA e perdura ainda em alguns códigos penais. Os autores da língua francesa usam sobretudo a palavra ‘falta’, significando a negligência e a culpabilidade em geral. Autores há que empregam, todavia, a denominação ‘imprudência’, mas o próprio Código Napoleônico, do mesmo modo que FERRI, se refere ao ‘delito involuntário’ (art. 319), em oposição ao delito doloso. O novo código francês continua usando, inclusive, a denominação de ‘falta’ (art. 121-3). A expressão ‘imprudência’ é contemplada nos códigos penais espanhol (arts. 5, 10, 12, 14, 81, 136) e federal mexicano (art. 8), como também é utilizado por autores modernos (...)”. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 4.ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 290.

4. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 433.

5. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 422.

apesar de capaz e em condições de fazê-lo”⁶ e opta por adotar a nomenclatura de *crimes negligentes*.

Eugênio Pacelli e André Callegari entendem que a culpa constitui uma conduta voluntária, sem intenção de produzir um resultado típico, porém, previsível. Trata-se da inobservância do dever de diligência ao realizar condutas, para que estas não causem danos a bens jurídicos alheios. Para os autores, a conduta torna-se típica a partir do instante em que não se tenha manifestado o cuidado necessário nas relações, vale dizer, a partir do momento em que não corresponda ao comportamento que teria adotado uma pessoa colocada nas mesmas circunstâncias que o agente, e que com a devida atenção teria evitado⁷.

É possível verificar, então, que, não obstante não haja conceitos antagônicos, a doutrina brasileira está distante de possuir conceito único de crime culposo. Ademais, a depender do conceito adotado, conseqüentemente são distintos e variados também os elementos constitutivos do tipo culposo⁸.

Da análise conjunta dos conceitos e elementos usualmente enumerados, depreende-se que, regra geral, são componentes que constituem os crimes culposos: (a) conduta humana voluntária, (b) violação de dever de cuidado, (c) resultado, (d) nexos de causalidade e (e) previsibilidade, além, é evidente, da existência de previsão típica.

Na doutrina estrangeira, Santiago Mir Puig, assim como Busato, trata os crimes culposos por *crimes imprudentes*. O autor espanhol entende que nesses crimes o sujeito *não quer* cometer o crime previsto no tipo penal, mas o realiza por *infração da norma de cuidado*, ou seja, por inobservância de cuidado devido⁹. Entende Mir Puig que os crimes culposos também estão equilibrados em um *desvalor de ação* (a infração da norma de cuidado) e um *desvalor de resultado*, ambos permeados por critérios advindos da *teoria da imputação objetiva*, primordialmente desenvolvida por Claus Roxin.

Então e por fim, há que se registrar que Roxin elaborou — arrisca-se afirmar que como a *menina dos olhos* de seu funcionalismo sistêmico — uma

6. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 4.ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 287.

7. PACHELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 277.

8. Para Pacelli e Callegari, por exemplo, “tem-se que os elementos do fato típico culposo são: conduta humana, voluntária, de fazer ou não fazer, inobservância do cuidado objetivo, manifestada por meio da imprudência, negligência ou imperícia, previsibilidade objetiva do resultado, ausência de previsão pelo agente, resultado involuntário nexos de causalidade e tipicidade”. PACHELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 277.

9. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General*. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2010. p. 284.

teoria da imputação objetiva, que produz consequência não apenas, mas também e significativamente, nos crimes culposos.¹⁰ Sobre o tema, o penalista alemão esclarece que:

Mesmo entre aqueles que em princípio seguem a teoria da imputação objetiva, ainda pouco foi reconhecido que ela permite, pela primeira vez, construir um sistema do ilícito culposo. De acordo com esta visão, será culposo aquilo que, de acordo com os princípios acima expostos, possa ser imputado ao tipo objetivo. Os conceitos com os quais a dogmática tradicional tentou apreender a culpa — violação do dever de cuidado, previsibilidade, reconhecibilidade, evitabilidade — são supérfluos e podem ser abandonados. Pois aquilo que se deseja dizer através deles pode ser descrito de modo bem mais preciso pelos critérios de imputação por mim expostos. (...) A teoria da imputação objetiva cria, portanto, uma dogmática do ilícito culposo completamente nova. Este fenômeno ainda foi pouco reconhecido. Se abrirmos nossos comentários e manuais, veremos que os antigos critérios do delito culposo ainda são utilizados de modo irregular, simultaneamente às regras de imputação acima desenvolvidas, não ficando esclarecida qual a relação entre eles. Ao invés disso, deveria consolidar-se o conhecimento de que a imputação da culpa na esfera do tipo é determinada unicamente pelos critérios da imputação objetiva¹¹.

Roxin entende, então, que, pela teoria da imputação objetiva, apenas será considerado o resultado como obra do agente quando (a) o comportamento desse cria um risco não permitido (ou incrementa um risco até então permitido) para o objeto da ação, (b) o risco se realiza no resultado e (c) o resultado se encontra dentro do âmbito de alcance do tipo ou da esfera de proteção da norma¹².

A jurisprudência, por sua vez, refletindo o que ocorre na doutrina, não apresenta conceito único e elementos sólidos que constituam os crimes culposos. Ademais, exatamente como refere Roxin, a jurisprudência, por vezes, utiliza os critérios da imputação objetiva em conjunto com antigos critérios, fazendo-o de modo irregular ou, ainda, acaba por confundir elementos e critérios — como restará evidente quando da análise de casos, na sequência

10. Embora Roxin seja responsável pela elaboração da teoria da imputação objetiva adotada neste trabalho, as raízes da imputação objetiva remontam à filosofia hegeliana de onde se extraíram as formulações de Karl Larenz e Richard Honig (ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. In: *Estudos de Direito Penal*. Trad. de Luís Greco. p.101-131. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 124-126). Possui, ademais, outras formulações hodiernas além daquelas propostas por Roxin, como é o caso da teoria da imputação objetiva desenvolvida por Günther Jakobs (ver BUSATO, Paulo César. *Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 12-14).

11. ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38, p. 11-31, abr.-jun. 2002. p. 21-22.

12. ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38, p. 11-31, abr.-jun. 2002. *passim*.

do presente trabalho.

Traçadas breves linhas sobre (a falta de?) conceito e elementos constitutivos adotados — úteis para formar a base da discussão que aqui se propõe —, há que se debruçar, agora, sobre casos em que a culpa não advém de um único agente. Leia-se: casos em que há quebras *concorrentes* de dever de cuidado (ou de criação de risco) por parte dos envolvidos no fato.

3. A CONCORRÊNCIA DE CULPAS NOS CRIMES CULPOSOS

Uma primeira constatação: basta um passar de olhos na produção doutrinária para comprovar quão pouco espaço é dedicado ao tema da concorrência de culpas. Grande parte dos manuais e tratados brasileiros — e mesmo livros que pretendem tratar exclusivamente dos crimes culposos — não costumam dedicar mais de uma lauda ao assunto.

Um primeiro esclarecimento: ao se falar de *concorrência de culpas*, não se está a falar em concurso de pessoas — leia-se: coautoria —, posto que não há liame subjetivo entre os agentes que atuam, concomitantemente, com culpa. Aqui se está a falar, portanto, tão somente da chamada autoria colateral, na qual não há adesão de um na conduta do outro¹³.

Pois bem. Para ilustrar a ideia da concorrência de culpas, a doutrina usualmente lança mão de exemplos no âmbito do trânsito, como quando um sujeito conduz o seu veículo em excesso de velocidade e acaba por colidir com outro sujeito que não obedeceu a sinalização, ultrapassando o sinal vermelho. Veja-se que nesse — como em tantos outros exemplos — agem ambos com violações a deveres de cuidado, o que constitui a *concorrência de culpas*.

3.1. COMPENSAÇÃO DE CULPAS

Pretendendo fornecer solução a esse tipo de situação, a doutrina se restringe a afirmar que “a imprudência de um não pode ser compensada pela imprudência do outro. Desse modo, restam responsabilidades penais para cada um deles pelas lesões cometidas contra o outro”¹⁴.

Ou seja, “não se admite compensação de culpa em Direito Penal (...). As culpas recíprocas do ofensor e do ofendido não se extinguem.”¹⁵

13. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 23.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 396.

14. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 441.

15. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 23.ed. rev., ampl. e atual. São

O que a doutrina está a afirmar, portanto, é que, havendo concorrência de culpa, os agentes envolvidos não poderão ter suas responsabilidades anuladas, devendo cada qual responder pela medida de sua culpa (bilidade).

Para a doutrina, então, “somente a culpa exclusiva da vítima exclui a do agente, para quem, nesse caso, a ocorrência do evento foi pura *infelicitas facti*, tendo agido sem culpa”¹⁶.

Nesse ponto, permita-se uma anotação: tal assertiva, amplamente repetida pelos doutrinadores, é carente de sentido. Sim, pois se a culpa é *exclusiva* da vítima, é evidente que o agente sequer atuou com violação de dever de cuidado, ou seja, sequer atuou com culpa, razão pela qual não há que se falar em “exclusão” da culpa do agente, mas em mera “inexistência” da culpa do agente.

A jurisprudência, por sua vez, segue o mesmo entendimento. O Superior Tribunal de Justiça, ao concluir pela coexistência de imprudências, também vem decidindo pela não compensação.

Veja-se o caso do Habeas Corpus n.º 193.759/RJ¹⁷, em que dois sujeitos empurravam, pela via, veículo quebrado, sem, no entanto, cumprir o dever de sinalizar. Um motorista, empreendendo velocidade excessiva e sem respeitar a distância recomendada do veículo que estava à frente, não conseguiu frear a tempo, tendo havido colisão que causou a morte dos dois sujeitos que empurravam o automóvel.

O ministro relator Gurgel de Faria registrou que “o Superior Tribunal de Justiça tem pacífico entendimento de que, no crime de homicídio culposo ocorrido em acidente de veículo automotor, a culpa concorrente ou o incremento do risco provocado pela vítima não exclui a responsabilidade penal do acusado, pois, na esfera penal, não há compensação de culpas entre agente e vítima.”

Na mesma decisão há menção expressa a outros precedentes que seguem tal entendimento: AgRg no Ag 1.270.983/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 18 mai. 2011 e AgRg no AREsp 237.618/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 29 out. 2014.

O que aqui se pretende demonstrar é que, seja na doutrina ou na jurisprudência, é lugar comum a mera repetição de que *o direito penal brasileiro não admite a compensação de culpas* e que, portanto, apenas a *culpa exclusiva*

Paulo: Saraiva, 2017. p. 396

16. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 23.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 396.

17. STJ, HC 193.759/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 1.º set. 2015

da vítima é que “exclui” a responsabilidade do agente. Regra geral não há, seja em casos hipotéticos trazidos pela doutrina, ou seja em casos concretos julgados pelos tribunais, qualquer análise pormenorizada acerca do *real grau* de culpa de um agente ou de outro.

E não significa dizer que a doutrina e a jurisprudência simplesmente ignoram a concorrência de culpas. A verdade é que, no que diz respeito à teoria do delito (ou seja, àquilo que pode influenciar na *imputação*), doutrina e jurisprudência concluem que a concorrência de culpas não produz qualquer modificação. Produz consequências tão somente no que refere à teoria da pena ou, mais especificamente, ao cálculo da dosimetria da pena, como se passa a demonstrar.

3.2. CONSEQUÊNCIA ADVINDA DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO CRIME CULPOSO

No caso acima referido — HC n.º 193759/RJ, do STJ —, o ministro relator esclareceu que “a existência de culpa concorrente para o evento criminoso, embora não exclua a responsabilidade penal, pode repercutir ‘no momento da aplicação da pena’, no que diz respeito à circunstância judicial relativa ao comportamento da vítima. Isso porque o comportamento da vítima constitui circunstância neutra ou favorável ao réu no cômputo da pena basilar, vale dizer, não pode ser considerado desfavoravelmente ao agente, mas apenas em seu benefício.”¹⁸

Também Bitencourt esclarece que “a contribuição da vítima deverá ser valorada na aplicação da pena-base”¹⁹.

Assim, o que se verifica é que a doutrina e a jurisprudência vêm, de forma amplamente majoritária, enxergando eventual comportamento da vítima exclusivamente de duas maneiras: se o comportamento da vítima revela *culpa*

18. Nesse ponto, há que se registrar, ao nosso ver, um equívoco por parte dos Tribunais Superiores (e do próprio Bitencourt, cuja citação vem na sequência do texto). O cálculo da primeira fase da dosimetria *parte* da pena mínima em abstrato, em especial porque, *na ausência de provas* em desfavor do réu, as circunstâncias são consideradas como sendo a ele favoráveis. Pois bem. Quando *há* elementos nos autos que revelem que a circunstância é desfavorável ao réu, a pena se afasta do mínimo em direção ao máximo legal. Assim é com todas as circunstâncias judiciais. Porém, a interpretação dada pelo STF e pelo STJ no que diz respeito ao comportamento da vítima — de que tal circunstância judicial apenas pode ser considerada *neutra* ou *favorável* ao réu — quebra tal lógica. Não sendo esse tema estritamente relacionado ao presente artigo, apenas indica-se, a quem possa interessar, a leitura do artigo escrito por Marion Bach e Isabella Demeterco (A análise do comportamento da vítima enquanto circunstância judicial e seus reflexos na individualização da pena. *Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná*, ano 3, p. 247-277, 2016).

19. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 23.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 396.

exclusiva, não haverá — por evidente — responsabilização do “ofensor” (que sequer assim poderia ser chamado); se o comportamento da vítima revela *culpa concorrente*, haverá responsabilização do ofensor, mas o comportamento da vítima poderá influir na quantificação da pena aplicável ao responsabilizado.

Aos nossos olhos, a matéria é muito mais complexa e requer análise muito mais cuidadosa, não sendo suficiente tal dualidade de soluções.

É o que defende Tavares, em Excerto incluído na quarta edição de sua obra a respeito da Teoria dos Crimes Culposos:

O tema da compensação de culpas tem sido, desde há muito, relegado pela doutrina, entendendo os autores que a participação da vítima na violação do cuidado não produz qualquer efeito no âmbito da imputação. Esta conclusão, porém, não pode ser tomada em sentido absoluto. Depois da superação dos fundamentos puramente causais no âmbito da definição de responsabilidade no direito penal, é possível reconhecer relevância à atuação da vítima para, em certos casos, excluir a imputação²⁰.

O autor registra que a doutrina já vem acatando, em alguns casos, o comportamento culposo *não exclusivo* da vítima como causa apta a excluir a responsabilidade do ofensor. Cita, então, o exemplo das *colisões em cadeia*, ou seja, quando um primeiro motorista causa, culposamente, um acidente, fechando a pista de rodagem, enquanto outros motoristas, em seguida, por dirigirem em excesso de velocidade — ou seja, também culposamente —, se envolvem no acidente, ampliando a sua extensão.

Tavares esclarece — em consonância com Roxin e Bernardo Feijóo Sánchez — que nesse caso, em razão da atuação dos demais motoristas ser fruto exclusivo da própria decisão, não é possível que se impute ao primeiro motorista todos os desdobramentos do acidente por ele culposamente provocado²¹.

Além desse caso de *colisões em cadeia*, Tavares afirma que a imputação ao ofensor pode ser excluída quando o comportamento da vítima se revelar *decisivo* para o desfecho lesivo. E é exatamente esse o ponto que a doutrina e a jurisprudência majoritária, ao irrefletidamente repetir os mantras da

20. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 4.ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 403.

21. Acrescente-se, nesse ponto, que Feijóo Sánchez faz uma ressalva: se o motorista que causou culposamente o primeiro acidente ainda pudesse atuar de modo a evitar os acidentes seguintes — sinalizando a pista ou gesticulando, por exemplo —, não o tendo feito, os desdobramentos poderiam a ele ser imputados, posto que, ao ser o responsável pelo primeiro acidente, se tornou um garantidor. Acaso não houvesse modo de evitar ou acaso o primeiro motorista já houvesse tomado as providências possíveis, os desdobramentos não poderiam ser a ele imputados. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 4a ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 403.

impossibilidade de compensação de culpas e da *culpa exclusiva da vítima como única forma de excluir a imputação*, erroneamente ignoram. E é, portanto, esse o ponto central que impeliu a elaboração do presente artigo.

4. CASES E SUPERAÇÃO DO MANTRA

Para iniciar a análise do que aqui se está a propor, vale pensar em interessante caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça: HC n.º 125.584/AC²². Determinado motorista conduzia veículo em via pública de mão única, sem possuir Carteira Nacional de Habilitação e sob efeito de álcool. Um segundo motorista, que possuía Carteira Nacional de Habilitação e estava aparentemente sóbrio, dirigia uma motocicleta e entrou na via pública na contramão. Houve, então, colisão entre o veículo e a motocicleta, resultando no óbito do motociclista.

Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

No caso do paciente, o laudo pericial não deixa dúvida de que a causa do acidente foi o desvio efetuado pela condutora da motocicleta e não o fato de ter o paciente ingerido bebida alcoólica e não possuir carteira de habilitação.

É lícito, pois, concluir que, ainda que fosse ele legalmente habilitado e totalmente sóbrio, o acidente teria ocorrido, porquanto não poderia o homem médio prever reação inesperada da motociclista, que adentrou a via de acesso, colidindo contra o veículo dirigido pelo paciente, sofrendo ferimentos que a levaram a óbito.

Não se discute que a conduta do paciente, dirigir embriagado, segundo as declarações de testemunhas, e sem carteira de habilitação, é altamente reprovável, tanto que caracteriza delitos previstos no Código de Trânsito Brasileiro.

Não é justo, porém, que ele seja condenado pela morte da vítima, se está comprovado nos autos, mediante laudo pericial e declarações de testemunha, que foi ela própria quem causou o acidente.

É certo que, em Direito Penal, não há compensação de culpas. No caso em exame, no entanto, **não houve culpa concorrente da ofendida e, sim, culpa exclusiva**, pelo que nenhuma responsabilidade pelo ocorrido pode ser atribuída ao ora paciente. (grifos nossos)²³

Pois bem. A usual compreensão doutrinária e jurisprudencial — repetidora dos mantras acima mencionados — poderia chegar a solução diversa e condenar o motorista do veículo pela prática do homicídio culposo, como fez, aliás, o Tribunal de Justiça do Acre, mediante a seguinte fundamentação:²⁴

22. STJ, HC 125.584/AC, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 7 dez. 2009.

23. Trecho do voto constante do HC n.º 125584/AC, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 07.12.2009, STJ.

24. Ao julgar o caso narrado, o Tribunal de Justiça do Acre condenou o motorista do automóvel por homicídio

A ausência de habilitação para dirigir veículo automotor, nos termos da confissão do Apelado, caracteriza a culpa, na modalidade de imperícia, **independentemente de possível culpa da vítima, que não se compensam. O Direito Penal não admite a compensação de culpas**, uma vez que a conduta concorrente da vítima não interrompe o nexo de causalidade entre a ação inicial e o dano produzido. (grifos nossos)

Assim, o que resta evidente de tal análise é que a *solução* adotada pelo STJ foi, por *mero acaso, acertada*. A *fundamentação* para a adoção de tal solução, entretanto, não contou com o mesmo acerto, e por duas razões: a uma, porque que não se desapegou dos mesmos limitados mantras da *inexistência de compensação de culpas* e da *culpa exclusiva da vítima* como forma única de exclusão da imputabilidade (tanto assim que tais mantras compõem também o conteúdo da fundamentação realizada pelo Tribunal do Acre, que chegou à *solução diversa e equivocada*). A duas, porque o Superior Tribunal de Justiça está, como já alertava Roxin, misturando critérios de análise. Veja-se que, quando se fala do tema de “compensação de culpas” ou “culpa exclusiva da vítima” se está a discutir o elemento “quebra de dever de cuidado”. Porém, o Tribunal está tratando tal assunto dentro de elemento diverso: o “nexo de causalidade”.

A questão é que, enquanto a *fundamentação* estiver equivocada, acertos na solução serão meramente ocasionais, frutos de sorte ou azar, e não de critérios seguros e racionais.

Ora, a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é muito mais coerentemente explicada pela contribuição de Roxin à *teoria da imputação objetiva*, uma vez que o autor alemão revela um desapego à exclusiva violação de dever de cuidado e centraliza sua análise na criação de risco não permitido, exigindo, em seguida, que o resultado ofensivo ao bem jurídico seja justamente a *concretização do risco criado*.

Bastaria, no caso acima descrito, o Superior Tribunal de Justiça demonstrar que o risco criado pelo motorista do veículo (dirigir sem autorização e embriagado) *não se concretizou no resultado*, uma vez que a colisão e a morte da vítima decorreram do fato desta haver invadido a contramão.

Como força de melhor compreender o que se está a afirmar, veja-se decisão proferida no REsp n.º 1.580.438/PR²⁵, pelo Superior Tribunal de Justiça.

culposo ao entender que “a ausência de habilitação para dirigir veículo automotor, nos termos da confissão do Apelado, caracteriza a culpa, na modalidade de imperícia, independentemente de possível culpa da vítima, que não se compensam. O Direito Penal não admite a compensação de culpas, uma vez que a conduta concorrente da vítima não interrompe o nexo de causalidade entre a ação inicial e o dano produzido.”

25. STJ, REsp 1.580.438/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 18 abr. 2016.

No caso concreto, um motorista de transporte coletivo dirigia a 72 km/h em uma via cujo limite de velocidade autorizado era de 30 km/h, por se tratar de área escolar. Um pedestre, de inopino, fora da faixa de pedestres e com o tráfego aberto para os veículos, decide atravessar a via. O motorista do ônibus acaba por atropelar o pedestre, que vem a óbito.

O Tribunal de origem, diante da situação narrada, entendeu por excluir a imputação do crime de homicídio culposo em razão da ausência do elemento *previsibilidade*, como se pode verificar da fundamentação exposta:

Mesmo estando com velocidade superior ao local, o comportamento do pedestre deve ser considerado como o fato causador do acidente, pois **não se mostra de todo previsível** que as pessoas sempre atravessem de inopino na frente dos veículos, valendo denotar sobre o princípio da confiança no trânsito urbano, inclusive porque a vítima atravessou fora da faixa de pedestre, desrespeitando regra de trânsito.

Portanto, **não sendo previsível** o lamentável e imprudente comportamento da vítima querendo efetuar a travessia fora da faixa de trânsito e, não tomando as devidas precauções, fica afastada qualquer hipótese de evitabilidade do evento pelo recorrente, não havendo, assim, como lhe aplicar sanção. (grifos nossos)

O Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez confundindo critérios e trazendo à tona a dualidade dos mantras “inexistência de compensação de culpas” e “culpa exclusiva da vítima”, alterou a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná para condenar o motorista do ônibus, nos seguintes moldes:

No caso concreto, no entanto, o recorrido conduzia o veículo coletivo em velocidade que em muito excedia a permitida para o local, de sorte a não poder invocar, para excluir sua responsabilidade penal, o comportamento também imprudente da vítima, que avançou, de inopino, na faixa de rolamento em que se trafegava aquele.

Induvidosamente a conduta da vítima teve relevância para o desfecho do fato; contudo, não se pode afirmar, como quis o acórdão combatido, ter sido o único fator a contribuir com o acidente.

Em tal situação, **o agir descuidado da vítima há de ser valorado na análise das circunstâncias judiciais para a individualização da pena** devida ao recorrido, mas não pode servir para afastar sua responsabilidade penal, que, saliente-se, **não se compensa pela concorrente imprudência do ciclista**. (grifos nossos)

Tem-se, uma vez mais, que o STJ remeteu uma discussão que inicialmente versava sobre o elemento “previsibilidade” para o âmbito do elemento

“quebra de dever de cuidado”, posto que trouxe para a solução do caso a questão da impossibilidade de compensação de culpas.

Novamente, tal caso seria acertadamente resolvido pela teoria da imputação objetiva. Tanto assim que Tavares traz exemplo bastante semelhante em sua obra, relativo ao pedestre que caminha pela rodovia durante a noite, sem qualquer espécie de sinal visual, e é colhido por veículo conduzido em excesso de velocidade, indicando possível resolução por tal teoria.²⁶ Assim, não seria necessário dizer que a culpa seria exclusivamente da vítima-pedestre, ou cogitar a responsabilidade do condutor porque teria de alguma forma contribuído para o resultado culposo. Para Tavares, “no âmbito da imputação objetiva, a atuação da própria vítima ou de terceiro poderá igualmente impedir que a conduta do agente tenha aumentado o risco da produção do resultado. Se tal ocorrer, ou seja, se aquela conduta tiver influído na conduta do agente, de tal modo que dela não poderia esperar maior risco ao bem jurídico, estará excluída a imputação”²⁷.

Verifica-se a partir da análise dos casos apontados que o mantra²⁸ repetido pela jurisprudência — “no direito penal não se admite a compensação de culpas” — não possui maior fundamento teórico, tampouco representa alguma contribuição efetiva para a teoria do delito. Ao contrário, a partir dessa locução vaga e retórica, acaba-se obscurecendo importantes aspectos elementares dos crimes imputados.

Percebe-se que a discussão acerca da *compensação de culpas* e a *culpa exclusiva da vítima* se coloca como um binário nos casos em que se analisa a possibilidade de exclusão da responsabilidade do imputado. A lógica binária, porém, faz com que se trate como idênticos três grupos de casos distintos, que não se confundem: (a) casos em que *não houve* criação de risco proibido e nem incremento de risco permitido; (b) casos em que a *atuação da própria vítima*, mesmo que previsível, é *significativa e determinante* a ponto de ofuscar

26. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 4.ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 404. O autor também aponta para a possibilidade de resolução do caso pela análise da causalidade funcional, por meio da qual pode ser excluída a responsabilidade do imputado pela superveniência de comportamento do ofendido ou de terceiro que não possa ser alcançado pelo imputado como objeto de referência para dirigir sua atividade em conformidade com a norma de cuidado. Para os fins deste artigo, será analisada apenas a solução pela análise da imputação objetiva.

27. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 4.ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 404.

28. No AgRg no AREsp 237.618/SC (Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 29 out. 2014) houve rejeição do recurso especial por afronta à Súmula n.º 83 do STJ (“Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”), vez que a impossibilidade de compensação de culpas no direito penal seria “jurisprudência pacificada” do STJ.

a conduta do imputado, não obstante tenha esse criado risco proibido ou incrementado risco permitido (vide caso das colisões em cadeia); e (c) casos em que o comportamento perigoso da vítima é *imprevisível* ao autor (vide caso em que a vítima, pedestre, perambula por uma estrada, à noite).

Nos três grupos de casos, é possível a exclusão da responsabilidade penal do imputado a partir da *teoria da imputação objetiva*.

Haveria, ainda, um quarto grupo de casos, em que, apesar de haver criação de risco proibido ou incremento de risco permitido pela vítima, o imputado também criou um risco não permitido, realizou o risco criado com a produção do resultado lesivo ao ofendido e podia objetivamente prever o comportamento perigoso por parte da vítima. Neste caso, não se cogita a exclusão da responsabilidade, ao menos não no seu aspecto objetivo.

Ademais, como bem expõe Luís Greco, há que se diferenciar — o que não é realizado, regra geral, pela doutrina e jurisprudência, posto que os mantras tradicionais sequer permitem tal reflexão —, casos de *autocolocação* em perigo de casos de *heterocolocação* em perigo consentida.

Nos casos de *autocolocação* em perigo, a vítima domina o fato e possui conhecimento suficiente para compreender e anuir com o grau de perigo a que se expõe²⁹ — desde que, evidente, possua efetivamente tal capacidade de compreensão, ou seja, desde seja *responsável*. Greco menciona o *leading case* da jurisprudência alemã, em que um usuário de heroína recorreu a um amigo para que esse adquirisse seringas, em uma farmácia. O amigo adquire o instrumental e ambos se injetam com a droga e adormecem. O amigo (agora autor) acorda, mas o usuário (agora vítima), não. Eis a ementa da decisão:

Autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo autorresponsável não estão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realize. Quem apenas provoca, possibilita ou facilita tal autocolocação em perigo não é punível por delito de lesões corporais ou de homicídio³⁰.

Greco conclui, com o que estamos em absoluta consonância, que a conclusão não poderia ser outra, sob pena de transformar o autor em uma figura estranhamente paternalista e tutora da integridade de uma pessoa adulta, que

29. Nesse ponto, como bem registra Fernando Galvão, a vítima deve consentir com o perigo sem que haja influência, fraude, coação ou erro. GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. 5a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328.

30. GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 4.ed rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 71-72.

dominava o fato — violando o princípio da autorresponsabilidade.

Situação diferente é a que decorre da *heterocolocação* em perigo. Aqui, embora também exista o (relevante) comportamento da vítima, essa não possui o domínio do fato.³¹ O caso clássico da jurisprudência alemã, trazido por Greco, é o indivíduo que, durante uma tempestade, pede a um barqueiro que realize a travessia de uma margem do rio Memel a outra. O barqueiro resiste e aponta os perigos, mas o indivíduo insiste. O barqueiro cede e, durante a travessia, há acidente em que a indivíduo (agora vítima) falece.

Veja-se que tal situação é facilmente transportada a outras (não raras) situações. É o caso do indivíduo que, atrasado para pegar um voo, entra em um táxi e pede ao motorista que exceda a velocidade. Mesmo o taxista alertando para eventual perigo que trará a imprudência, o indivíduo insiste e torna-se vítima fatal de acidente viário.

Para que a *heterocolocação* em perigo receba o mesmo tratamento da autocolocação em perigo, excluindo a imputação ao autor, é necessário, segundo Roxin, o preenchimento de dois requisitos: a) o resultado deve ser consequência unicamente do risco conhecido e consentido pela vítima (e não, por exemplo, de erros adicionais) e b) autor e vítima devem conhecer o risco em igual medida, para que ambos tenham o mesmo *domínio* a respeito do fato.

Não obstante as soluções aos casos acima mencionados encontrem oposição por parte dos estudiosos da dogmática penal³² e não obstante tais casos permitam desdobramentos tantos que o esse limitado estudo não terá conseguirá abarcar, o que de pronto se revela é que: (a) os tradicionais mantras utilizados pela doutrina e jurisprudência brasileira são insuficientes para corretamente proceder a tal análise; (b) a teoria da imputação objetiva — desde que não erroneamente mesclada com critérios tradicionais de imputação, como por vezes ocorre — permite melhor avaliar as situações de contribuição (não exclusiva) da vítima para o resultado, podendo levar em casos especiais, sim, à exclusão da responsabilidade do imputado.

31. GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 4.ed rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 75-79.

32. Fernando Galvão, por exemplo, aduz que diante do direito pátrio não é possível deixar de imputar o crime de homicídio culposo ao traficante que vende drogas ao usuário que morre de overdose, mesmo que esse possua domínio sobre o perigo que o uso da droga, posto que o traficante assume o papel de garantidor. Do mesmo modo, para Galvão, no direito penal brasileiro haveria que se imputar o crime de homicídio ou lesão corporal culposa ao motociclista sobrevivente que aceita participar de racha com o motociclista que veio a óbito, durante a disputa. GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. 5a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 330.

Defende-se, assim, que se deve abandonar a análise a partir do limitado mantra de “inexistência de compensação de culpas”, pois esta não contribui efetivamente para a resolução dos casos. Da mesma forma, falar em “culpa exclusiva da vítima” também não é um critério adequado, salvo para o primeiro grupo de casos. Todavia, como tal expressão é capaz de gerar desentendimento e confusão entre os demais grupos, também se sugere o seu abandono.

5. CONCLUSÃO

A partir do estudo de casos encontrados no Superior Tribunal de Justiça, foi percebido o constante recurso à afirmação que “*no direito penal não se admite a compensação de culpas*”, repetida como mantra pela jurisprudência para rejeitar o pleito absolutório do acusado nos casos em que houve alguma espécie de contribuição causal da vítima para o resultado.

De modo a melhor situar a discussão, foram retomados os conceitos propostos pela doutrina para o que se entende por “crime culposo” a partir dos elementos constitutivos desta categoria de imputação, a fim de verificar em quais de seus pontos cruciais seria possível inserir a questão relativa à contribuição da vítima.

Uma vez estabelecidos os pressupostos da pesquisa, partiu-se para a análise da concorrência de culpas nos crimes culposos, pontuando haver diferenças entre o que se propõe pela jurisprudência e por segmentos da doutrina como *compensação de culpas* e a *concorrência de culpas*, sendo esta uma situação de fato verificada nos casos analisados, e aquela uma apreciação subjetiva acerca das consequências (ou ausência destas) de tal concorrência na imputação. Conclui-se, neste ponto, que o comportamento da vítima, quando contribui para o resultado, deve importar em alguma consequência para além da valoração do grau de responsabilidade do imputado quando da dosimetria da pena.

Partindo-se de tal premissa, buscou-se analisar alguns dos casos em que a jurisprudência repete seu irrefletido mantra acerca da “compensação de culpas”, chegando-se à conclusão de que situações de fato bastante diferentes, relacionadas a diferentes elementos constitutivos do crime culposo, são reduzidas a um mesmo argumento vazio em termos dogmáticos.

Nesse sentido, visando a uma melhor resolução dos casos penais submetidos à apreciação do Judiciário, nos quais o comportamento da vítima pode vir a ter alguma consequência, propõe-se o abandono da noção de

compensação de culpas, enquanto parâmetro de análise, privilegiando os desenvolvimentos teóricos no âmbito da teoria da imputação objetiva.

Com base nos critérios da imputação objetiva, foi possível definir grupos de casos distintos em que o *comportamento da vítima* possui direto reflexo na (ausência de) imputação do crime — o que significa ampliar a limitada noção de *culpa exclusiva da vítima* —: (i) casos em que o autor não criou risco não permitido; (ii) casos em que autor e vítima criaram riscos não permitidos, mas o risco não foi realizado pelo autor; (iii) casos em que, embora o autor tenha criado risco não permitido, era imprevisível que a vítima também o fizesse; (iv) casos em que a vítima, responsável e com domínio sobre o fato, se *autocolocou* em perigo e (v) casos em que há *heterocolocação* da vítima em perigo, estando preenchidos dois requisitos: primeiro, o resultado deve ser consequência unicamente do risco conhecido e consentido pela vítima e, segundo, autor e vítima devem conhecer o risco em igual medida, para que ambos tenham o mesmo *domínio* a respeito do fato.

REFERÊNCIAS

- BACH, Marion; DEMETERCO, Isabella. A análise do comportamento da vítima enquanto circunstância judicial e seus reflexos na individualização da pena. *Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná*, ano 3, 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 23.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 4.ed rev. e atual. São Paulo: RT, 2014.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General*. 8.ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2010.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38, abr.-jun. 2002.
- _____. A teoria da imputação objetiva. In: *Estudos de Direito Penal*. Trad. de Luís Greco. p.101-131. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. 4.ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Registro decerto histórico que vem a público neste momento. Desconheço conjunto de trabalhos, resultado de um Congresso na área das Ciências Criminais no Brasil – ao todo 132 artigos com mais de 200 autores e editado em seis volumes. Sobretudo, pela profunda qualidade que apresentam, representam, em alguma medida, o estado da arte dos principais estudos de direito penal, processo penal e, em especial, de criminologia em curso atualmente no país (sem esquecer das preciosas contribuições estrangeiras). (...) Em tempos que, aos quatro cantos, multiplicam-se as tentativas de sufocar a pesquisa em prol das plataformas de rentabilidade e impacto, há sempre um alento que resiste.

Augusto Jobim do Amaral

(Apresentação dos Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais da PUCRS)

O 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais – Criminologia Global, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da PUCRS, apresentou-se ao público acadêmico como resultado do sólido projeto em desenvolvimento no âmbito da Pesquisa no Brasil, voltado a fomentar o diálogo, a troca de experiências e de conhecimentos científicos no campo das ciências criminais, através do intercâmbio nacional e internacional entre os mais variados e reconhecidos investigadores e cientistas do meio jurídico e áreas afins. No âmbito da atual formação da Escola de Direito da PUCRS, ano do 70º aniversário do Curso de Direito na Universidade, bem como comemorativo ao 20º ano do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, consolida-se esta iniciativa como referência nacional e internacional no estudo de excelência na temática, notadamente por sua postura transdisciplinar em refletir o complexo fenômeno da violência.

Realização



PUCRS ESCOLA DE DIREITO

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-9477-156-8



9 788594 771568

