



10º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Memória e Ciências Criminais

XIX Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais do ITEC-RS

Direito Penal – Vol. 03

Coordenadores

Augusto Jobim do Amaral
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Fernanda Martins
Ricardo Jacobsen Gloeckner
Ruth M. C. Gauer

Organizadores

Ana Clara Santos Elesbão
Ariel Koch Gomes
Camila de Oliveira Angel
Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes
Fernando Vechi
Jádia Larissa Timm dos Santos
Leandro Ferreira de Paula
Lucas da Silva Santos
Roberta da Silva Medina
Vanessa Cerezer de Medeiros



tirant
lo blanch

Coordenadores

Augusto Jobim do Amaral
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Fernanda Martins
Ricardo Jacobsen Gloeckner
Ruth M. C. Gauer

**ANAIS DO 10º CONGRESSO
INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS - PUCRS**

DIREITO PENAL – VOL. 03

Organizadores

Ana Clara Santos Elesbão
Ariel Koch Gomes
Camila de Oliveira Angel
Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes
Fernando Vechi
Jádia Larissa Timm dos Santos
Leandro Ferreira de Paula
Lucas da Silva Santos
Roberta da Silva Medina
Vanessa Cerezer de Medeiros



tirant
lo blanch

São Paulo
2020



Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente editorial: Izabela Eid

Capa e Diagramação: Kayê Sousa Rosa

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 Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex 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

A551 Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS [livro eletrônico] : direito penal, volume 3 / Organizadores Ana Clara Santos Elesbão, Ariel Koch Gomes, Camila de Oliveira Angel, Carlos Hélder Furtado Mendes, Fernando Vechi, Jádía Larissa Timm dos Santos, Leandro Ferreira de Paula, Lucas da Silva Santos, Roberta da Silva Medina, Vanessa Cerezer de Medeiros; Coordenadores Augusto Jobim do Amaral, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, Fernanda Martins, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Ruth M. C. Gauer. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020. - (Série Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS).
1Kb : e-book

ISBN: 978-65-87684-44-4

1.Direito penal. 2. Confissão. I. Título.

CDU: 343.144

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.

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com

www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

Coordenadores
Augusto Jobim do Amaral
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Fernanda Martins
Ricardo Jacobsen Gloeckner
Ruth M. C. Gauer

ANAIS DO 10º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - PUCRS

DIREITO PENAL – VOL. 03

Organizadores
Ana Clara Santos Elesbão
Ariel Koch Gomes
Camila de Oliveira Angel
Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes
Fernando Vechi
Jádia Larissa Timm dos Santos
Leandro Ferreira de Paula
Lucas da Silva Santos
Roberta da Silva Medina
Vanessa Cerezer de Medeiros



tirant
lo blanch

São Paulo
2020

SUMÁRIO

**CONFISSÃO QUALIFICADA E CONFISSÃO PARCIAL: A
DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....7**

Isabela Maria Stoco, Marion Bach

**PRISÃO PROVISÓRIA NA ERA DO GRANDE
ENCARCERAMENTO: CONSTRUINDO POSSIBILIDADES À LUZ
DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....25**

Camila Belinaso de Oliveira, Fernando Goya Maldonado

**A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE OS INSTITUTOS DA
TENTATIVA E DO DOLO EVENTUAL36**

Gregório Cabral de Farias, Bruno Seligman de Menezes

**A EXPANSÃO DO SISTEMA CRIMINAL: DO MEDO AO
ESPETÁCULO56**

Paulo Thiago Fernandes Dias, Sara Alacoque Guerra Zaghout e Tiago Lorenzini
Cunha

**A INSTABILIDADE GERADA PELOS VIRALIS DAS FAKE NEWS:
UMA AMEAÇA A PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO PENAL.....71**

Lívia Sandes Silva e Andressa Thaysa Cavalvante Vieira

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PESSOA “INTERSEX” SER
VÍTIMA DE FEMINICÍDIO.82**

Murilo Coelho Pires de Almeida e Taís Severich

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E OS CRIMES OMISSIVOS
NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA91**

Talita Cristina Fidelis Pereira Biagi e Luiza Radigonda Lopes

**ENTRE DEFESAS E ACUSAÇÕES: OS DESAFIOS DE UM FUTURO
INCERTO AO TRIBUNAL PÊNAL INTERNACIONAL106**

Fernanda Miler Lima Pinto

AS PRISÕES BRASILEIRAS E O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE122

Bruno Barros Atanazio

COMENTÁRIOS SOBRE O ARTIGO 218-C DO CÓDIGO PENAL.132

Fábio Agne Fayet, Roberta Eggert Poll, Andersson Vieira

**O FENÔMENO DO MULTICULTURALISMO NA SEARA PENAL:
UM PANORAMA ACERCA DA APLICABILIDADE DA JUSTIÇA
RESTAURATIVA AOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS . . .148**

Ariadne Oliveira Silva de Carvalho Santos

**CONCEPÇÃO DE BEM JURÍDICO-PENAL COM
TRANSCENDÊNCIA ONTOAXIOLÓGICA E O DELITO DE MAUS
TRATOS AOS ANIMAIS (ART. 32, LEI. 9.605/98)167**

Vítor de Souza Ishikawa, Isadora Prado

**MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO MEDIDA
ALTERNATIVA AO CUMPRIMENTO DA PENA188**

Fernanda Ramos Bortoluzzi

UMA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DA REINCIDÊNCIA210

Maykhel Beltrame Goulart, Matheus Paim

**CRIMES CIBERNÉTICOS: AS INVASÕES DE PRIVACIDADE
MEDIANTE OS NOVOS MEIOS TECNOLÓGICOS229**

Guilherme José Meloto, Anna Beatriz Soares, Raphael Rios Chaia

**MEDO E DIREITO PENAL: A REAÇÃO DEFENSIVA AO
TERRORISMO NO BRASIL.240**

Guilherme Machado Siqueira

NEUROENHANCEMENT E DIREITO PENAL DO FUTURO (?)251

Jônatas Martins Bezerra Neto, José Muniz Neto

**REFLEXÃO E RACIONALIZAÇÃO ACERCA DO CONTEXTO
PUNITIVO NA ATUALIDADE273**

Marcus Peçanha

**REFLEXÕES SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO
PRIVADA NO BRASIL284**

Beatriz Daguer, Rafael Junior Soares

ROBÔS E OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL.....298

Vitória Elisa de Albuquerque Deluchi

**TEORIA DA COCULPABILIDADE E DA VULNERABILIDADE
SOCIAL: A MODERNIDADE TARDIA E A CULPABILIDADE
COMO LIMITE DO PODER PUNITIVO ESTATAL315**

David Ramalho Herculano Bandeira, Fernanda Ferreira

**A INVISIBILIDADE DA MULHER ENCARCERADA NO
SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA VISÃO
HOLÍSTICA DAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS E SUAS
INCONSTITUCIONALIDADES335**

**Thalita Cristina Silva Pereira, Roney Henrique Pereira, Thiago Almeida de
Oliveira**

CONFISSÃO QUALIFICADA E CONFISSÃO PARCIAL: A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Isabela Maria Stoco¹

Marion Bach²

Resumo: A confissão foi, por muito tempo, considerada a *rainha de todas as provas*: tal fato justificou, por exemplo, a prática da tortura nos Tribunais da Inquisição. Com o relevo do sistema acusatório, a confissão ganhou nova roupagem: além de ser circundada pelas garantias consagradas por este sistema, foi positivada e, hodiernamente, é considerada como meio de prova (arts. 197 e seguintes do CPP) e como causa atenuante de pena (art. 65, III, “d” do CP). A doutrina, posteriormente, passou a classificá-la, a depender do caso, em *parcial* e *qualificada*. Ponto que chama atenção neste debate é que os Tribunais Superiores não possuem posição unânime acerca do tema: enquanto o STJ é pacífico ao aceitar tanto a possibilidade da *confissão qualificada* quanto a possibilidade da *confissão parcial*, o STF reconhece apenas a *confissão parcial*. Em virtude disto, o que se pretende com este trabalho é verificar se as confissões *parcial* e *qualificada* atingem os precípuos fins da confissão, atendendo ao seu (real) fundamento, e, conseqüentemente, podem ser consideradas.

Palavras-chave: Confissão; Atenuante de pena; Confissão parcial; Confissão qualificada.

Abstract: The confession was for a long time considered “*the queen of all evidence*”: this fact justified - for example - the practice of torture. With the emergence of the accusatory system, the confession was revamped: in addition to being surrounded by the guarantees given by this system, it was accepted and, today, it is considered as a

-
- 1 Aluna do 10º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. E-mail: isabelamariastoco@gmail.com.
 - 2 Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Bolsista Capes. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora da Graduação e da Pós-graduação da FAE Centro Universitário, do UNICURITIBA e da EMAP. Advogada Criminal. Conselheira Estadual da OAB-PR. E-mail: marion@marionbach.com.br.

“means of evidence” (arts. 197 and the following of Code of Criminal Procedure) and as a “mitigating penalty cause” (art. 65, III, “d”, Penal Code). The doctrine subsequently classified it, depending on the case, as “partial” and “qualified”. A point that draws attention in this debate is that the Superior Court do not have a unanimous position on the subject: while the STJ understand both of the possibilities as a (truly) confession, the STF recognizes only the partial confession. Because of this, the target of this work is to verify if the partial and qualified confessions reach the primary purposes of the confession, given its (real) basis, and, consequently, can be considered.

Key-words: Confession; Mitigating penalty; Partial confession; Qualified confession.

INTRODUÇÃO

A confissão foi, por séculos, considerada a rainha de todas as provas, uma vez que o povo nunca se convence melhor da culpabilidade de um acusado do que quando recebe deste uma confissão completa³. Amparados nesta ideia, os Tribunais da Inquisição buscavam a confissão a qualquer custo, o que legitimou, inclusive, a prática da tortura⁴.

Sua função pedagógica e penitencial foi, deste modo, um relevante traço do processo inquisitório, cujo amparo remonta à tradição bíblica: “quando um homem ou uma mulher tenha feito mal a qualquer um, cometendo uma infidelidade em relação ao Eterno, e essa pessoa reconhecer-se assim culpada, ela confessará o pecado” (Números 5, 6-7)⁵.

Com o sistema acusatório, a confissão ganhou nova roupagem: em razão das garantias que tal sistema buscou assegurar, a confissão auferiu uma série de regras de (con)formação e de validade. Suas regras foram, portanto, positivadas: é considerada pela legislação processual penal pátria como elemento de prova (art. 197 e seguintes do Código de Processo Penal) e constitui causa atenuante de pena, à luz da legislação penal (art. 65, III, “d”, do Código Penal), cuja aplicação

3 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação, 5º edição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 232.

4 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação, 5º edição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 233.

5 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal, 3º edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 245.

ocorre na segunda fase da dosagem da pena.

Dentro deste panorama, a doutrina hodierna discute a (in)validade das denominadas confissão *qualificada* e *parcial*. A confissão qualificada diz respeito a hipótese em que “o réu admite a autoria com o propósito de levantar excludente de ilicitude ou de culpabilidade”⁶. A confissão parcial, por sua vez, se configura quando o acusado confessa, em parte, a conduta criminosa (ex.: furto qualificado pelo rompimento de obstáculo – réu confessa apenas o furto e não a qualificadora).

A jurisprudência, no entanto, não possui posição unânime acerca do tema: enquanto o Superior Tribunal de Justiça é pacífico ao aceitar tanto a possibilidade da confissão qualificada quanto a possibilidade da confissão parcial⁷, o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, acolhe apenas a possibilidade da confissão parcial⁸.

O que se pretende com presente estudo é observar, portanto, – à luz da doutrina e da jurisprudência⁹ das Cortes Superiores – se as confissões *parcial* e *qualificada* atingem os precípuos fins da confissão e atendem ao seu (verdadeiro) fundamento. Para tanto, perquirir-se-á o seguinte caminho: de início, traçar-se-á breves linhas acerca da origem e do fundamento da confissão; após, pontuar-se-á a positivação da confissão no ordenamento jurídico brasileiro, apontando os requisitos para sua utilização e validade e, por fim, realizar-se-á a análise das confissões *parcial* e *qualificada* no tocante à sua validade à luz do que será exposto.

1 ORIGEM E FUNDAMENTO DA CONFISSÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A confissão não é um meio de prova de origem recente: ao revés, existem registros documentais que narram a sua incidência desde os séculos XIII e XII a.C. Além disso, possível citar inúmeras cartas de leis do mundo antigo que previam este instituto: no Direito Hebreu, por exemplo, a confissão era admitida

6 NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal, 14ª edição**. Rio de Janeiro: Editora Gen Jurídico, 2017, p. 465.

7 “No que se refere à segunda fase do critério trifásico, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos” (HC 370.145/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018)

8 “A confissão qualificada não é suficiente para justificar a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal” (Precedentes: HC 74.148/GO, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 17/12/1996 e HC 103.172/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 24/09/2013).

9 Inclusive no que refere às Súmulas 545 (“Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal”) e 630 (“A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio”), ambas do Superior Tribunal de Justiça.

como meio de prova – não suficiente para, sozinha, ensejar a condenação do acusado - e, ainda, poderia conduzir à extinção da punibilidade do autor do delito patrimonial quando houvesse a restituição do bem. Na legislação mosaica, por sua vez, entendia-se que ninguém poderia ser condenado somente com base na confissão. Ao reverso, na Grécia autorizava-se a extração da confissão por intermédio da tortura, o que era válido não somente para os acusados, mas também para as testemunhas.¹⁰

No Império Romano a história da confissão divide-se em três períodos: a) período comicial – no qual havia a confusão das figuras do acusador e do julgador: nesta fase, o interrogatório do réu procedia-se de maneira ilimitada, de modo que o acusado não poderia se recusar a responder o que lhe era perguntado, sendo o conteúdo avaliado de acordo com a vontade dos inquisidores. A confissão, caso realizada, levava à prisão até o dia do julgamento final; b) período da *quaestiones*, no qual a confissão levava ao imediato encerramento do processo com a consequente condenação: tinha, portanto, poder absoluto, ainda que isolada nos autos; c) período da extraordinária *cognitio*, em que os magistrados foram agraciados com um aumento de poder e os acusados sofreram restrição do direito de defesa. Nesta fase, a instrução passou a ser secreta, instaurada de ofício e não contraditória, e a tortura permanecia legitimada.¹¹

No Direito Canônico, a confissão possuía grande valor, uma vez que o acusado era ouvido em um processo público. Cita-se, inclusive, que no Século XVI – ano de 1532 – houve a criação da Lex Carolina, a qual previa que a confissão deveria ser obtida por meio de tortura. Na linha do Direito Canônico, insta salientar que durante o período da Inquisição a confissão era considerada a *rainha de todas as provas*, o que legitimou prática da tortura para sua aquisição. Buscava-se, neste período, a *verdade real* dos fatos, e, em razão disso, os réus eram submetidos a condições desumanas. Esta era objetivada (e conquistada) a qualquer custo, já que esta era a expressão da atribuição da culpa em seu grau máximo pelo acusado ao próprio acusado¹².

Neste período – em que a ideia de *crime* e de *pecado* se fundia -, a confissão tinha por objetivo a justificação do acusado perante Deus: entendia-se que, se

10 PLÇA, Luana Cristina Coutinho Orosco. As consequências da confissão judicial verdadeira no Direito Processual Penal brasileiro. *Interitem@s*, Presidente Prudente, vol. 15, nº 15, 2008, 83p. Disponível em: <<http://interitemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/615/630>>.

11 MENDES, Thawana Suyara Silveira; MACHADO, Silvia Batista Rocha. Confissão qualificada e sua aplicabilidade como atenuante na dosimetria da pena. *Revista Multidisciplinar das Faculdades Integradas Pitágoras de Montes Claros*, Montes Claros, ano 16, n. 29, junho de 2018.

12 BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*, 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 233.

falasse a verdade, sua alma estaria salva, e ocorreria a expiação do pecado.

Com o passar dos séculos e após certa supremacia do sistema acusatório, a tortura deixou de ser prática aceitável nas democracias que se estabeleceram. Com a codificação dos ordenamentos jurídicos - e conformidade à Constituição -, o Processo Penal e o Direito Penal adquiriram novos paradigmas e, como consequência, a confissão deixou de ser objeto de conquista a qualquer custo e dever do acusado para que ocorresse seu perdão perante Deus: hodiernamente, aos olhos do Direito Penal e Processo Penal brasileiros, a confissão é observada como uma *faculdade do réu* que pode, no bojo do processo criminal e de acordo com sua estratégia defensiva, assumir a responsabilidade pelo delito cometido e suas consequências.

2 A CONFISSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: MEIO DE PROVA E ATENUANTE DE PENA

No Brasil, a confissão somente passou a ser expressamente prevista na codificação penal em 1941, após o advento do Código Penal e do Código de Processo Penal. Na redação original do Código Penal, a confissão somente era reconhecida como atenuante de pena caso o agente confessasse “espontaneamente perante a autoridade a autoria do crime ignorada ou imputada a outrem” (art. 48, IV, ‘d’). Ou seja: era necessário que inexistissem provas acerca da autoria do delito, ou que as provas apontassem equivocadamente o autor. Hodiernamente, dos requisitos citados, exige-se a espontaneidade e a necessidade de oferta perante autoridade competente. Desnecessária, portanto, a inexistência de indícios (concretos e/ou corretos) de autoria, conforme se verá nos tópicos seguintes.

No âmbito da legislação penal brasileira, a confissão pode ser analisada sob dois – distintos – vieses.

À luz do Código de Processo Penal, mais especificamente de seu artigo 197, esta é considerada *meio de prova*: de acordo com o referido dispositivo, o magistrado, ao se defrontar com a assunção da culpa do delito feita pelo acusado, deve confrontá-la com os demais elementos probatórios contidos nos autos, de modo a verificar a existência de *coerência* e *verossimilhança* com estas. Caso positivo, o magistrado pode fazer uso da confissão para amparar o decreto condenatório. Isto reflete a consagração dos direitos ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente consagrados no artigo 5º, LV da Constituição Federal: a confissão exprime, portanto, a liberdade do réu que, no exercício da sua ampla defesa, pode eleger – junto com sua defesa técnica – a melhor estratégia de defesa

para o caso em concreto, o que inclui a assunção da responsabilidade pelo delito e os seus respectivos ônus.

Por conseguinte, no que diz respeito à sua análise pelo viés do Direito Penal, relevante consignar que à luz do artigo 65, III, “d”, do Código Penal, a confissão é considerada *atenuante de pena*: ou seja, o réu, ao admitir a prática de determinado delito é beneficiado com redução no montante da pena a ele aplicada.

Inúmeros são os motivos pelos quais a legislação penal beneficia àquele que promove a confissão do delito imputado: embora este tema vá ser melhor analisado em tópico específico, desde já é relevante consignar que a exposição de motivos da reforma do Código Penal efetuada em 1984 (Lei nº 7.209 de 1984) elenca esta atenuação como relevante porque *estimula a verdade processual*.

Sabendo-se destes dois enfoques conferidos a tal instituto, que ora se comporta como meio de prova no processo penal capaz de amparar e fundamentar a decisão do magistrado e ora como fundamento para redução da pena do acusado que contribui com o deslinde da causa, importante trazer à tona aspectos específicos sobre cada um destes perfis.

2.1 ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIIS DA CONFISSÃO

Conforme salientado, para fins de Processo Penal, à luz dos artigos 197 e seguintes da codificação processual brasileira, a confissão é considerada um *meio de prova*. O juiz, ao observar que o relato extraído da confissão se coaduna com os demais elementos de provas contidos no processo, pode considerá-la para fins de julgamento. Para que seja utilizada como meio de prova, esta deve ser *espontânea* e *voluntária*: ou seja, deve ser realizada a partir da vontade do acusado, de forma desembaraçada e livre de interesses.

Segundo destaca Norberto Avena¹³, a validade da confissão depende da presença de *requisitos intrínsecos* e *requisitos formais*.

Como *requisitos intrínsecos*, o autor elenca as seguintes características: a) necessidade da presença da verossimilhança, que se traduz na probabilidade do fato ter ocorrido na forma narrada pelo réu; b) clareza, que diz respeito à narrativa dos fatos de forma compreensível e em sentido inequívoco; c) persistência, verificável por intermédio da repetição e sem alteração consubstancial na forma narrada pelo réu; e d) coincidência, que se refere a concatenação entre o relato e

13 AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 641.

as demais provas lançadas ao processo.

No tocante aos *requisitos formais*, o autor reputa relevante a verificação das seguintes características: a) pessoalidade, que dispõe que a confissão deve ser realizada pelo próprio réu, não se admitindo que seja feita por interposta pessoa; b) caráter expresso, de modo que a confissão, quando realizada, deve ser tomada a termo; c) oferecimento perante autoridade competente; d) espontaneidade, ou seja, deve ser feita de forma livre e sem qualquer interesse vinculado; e e) comprovação da saúde mental do acusado, para fins de verificação que a confissão, de fato, é desembaraçada e não é fruto de alucinações do acusado.

A confissão pode ser classificada de distintas (e necessárias) formas: pode ser analisada sob os vieses do *momento*, *forma* e *conteúdo*. Quanto ao *momento*, ela pode ser extrajudicial, cuja realização se dá, precipuamente, perante a Autoridade Policial ou o Ministério Público¹⁴, e judicial, que é realizada perante o magistrado competente, no curso do processo – e em especial no interrogatório, ato judicial no qual o réu é ouvido. Quanto à *forma*, a confissão pode ser escrita, feita por intermédio de qualquer declaração do réu no papel, ou oral, decorrente da verbalização do réu. Quanto ao *conteúdo*, esta pode ser simples ou qualificada. Por se tratar esta classificação o ponto central da presente pesquisa, esta será analisada oportunamente – e profundamente – no tópico 5.

Consoante disciplina o artigo 200 do Código de Processo Penal, a confissão pode ser *divisível e retratável*. Divisível porque o juiz pode considerar verdadeira apenas parte do relato do réu (cita-se, como exemplo, o acusado que confessa a autoria do crime mas nega a incidência de uma qualificadora: o magistrado, à luz das demais provas constantes nos autos, pode entender que existem elementos suficientes para manutenção da referida) e retratável porque o réu poderá voltar atrás em sua confissão¹⁵.

O magistrado, ao vislumbrar que a confissão do réu se coaduna com os demais elementos de prova contidos no processo – e que observa os supracitados requisitos de validade –, poderá utilizá-la para fundamentar a condenação do mesmo, de modo que, nestes casos deverá, no momento da aplicação da pena, considerá-la como atenuante, a ser analisada na segunda fase da dosagem. É neste

14 Neste ponto, destaca-se a lição do artigo 155 do Código de Processo Penal que dispõe que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. Deste modo, a confissão extrajudicial, se isolada e não confirmada no âmbito judicial, não poderá ser apreciada para fins de utilização como meio de prova.

15 Sobre a (im)possibilidade de utilizar a confissão quando há retratação, têm entendido os Tribunais Superiores que, acaso a confissão seja efetivamente considerada pelo magistrado na formação de seu convencimento, deve incidir como atenuante, como será adiante visto (Súmula 545, STJ).

ponto que inicia as tratativas do tema sob o viés penal, conforme se verá a seguir.

2.2 ASPECTOS PENAIIS DA CONFISSÃO

Para fins penais, a confissão pode ser considerada para fins de atenuação de pena, nos moldes previstos no artigo 65, III, “d” do Código Penal. Esta atenuante é de caráter subjetivo e pessoal, uma vez que a confissão é prestada pela própria parte à qual a redução se destina: deste modo, representa expressão do direito constitucional à individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal.

A confissão, portanto, possui natureza jurídica de atenuante de pena e está elencada no rol previsto no artigo 65 do Código Penal. Em se tratando de circunstância atenuante, não pode esta deixar de ser valorada, ainda que não seja invocada expressamente pela defesa: para sua aplicação, basta que esteja devidamente provada nos autos.¹⁶

Os seus requisitos, fundamentos e peculiaridades serão observadas nos tópicos a seguir.

3 CONCEITO E REQUISITOS PARA SUA UTILIZAÇÃO COMO ATENUANTE DE PENA

A confissão nada mais é do que “o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade”.¹⁷ O réu confesso, portanto, colabora com a instrução processual e confere elementos para subsidiar a condenação: por esta razão é que a ele é conferida a benesse de atenuação da pena. Em outras palavras, o réu faz jus à redução da pena porque a confissão “indica admissão de responsabilidade pelo fato, aceitação de suas consequências jurídicas e, eventualmente, arrependimento do autor ou partícipe”¹⁸.

Segundo pontua a doutrina¹⁹, para que seja válida, deve a confissão ser *espontânea*. Deste modo, deve fundar-se em decisão autônoma do autor, *independentemente de motivação para tanto*, o que exclui, por exemplo, confissões obtidas por pressão. Neste ponto, importante salientar que a jurisprudência acompanha

16 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, 24º edição**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 843.

17 SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Confissão e tipo penal. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, São Paulo, vol. 3, p. 603 – 611, Jun/2012.

18 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral, 3º edição**. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2008, p. 598.

19 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral, 3º edição**. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2008, p. 598.

este raciocínio: o Superior Tribunal de Justiça²⁰ salientou que não cabe ao magistrado especular acerca dos motivos que levaram a admissão de culpa pelo réu. Ao revés, esta possui carácter meramente objetivo, de modo que o acusado não precisa justificar a sua assunção de culpa.

E eis um ponto essencial: ao contrário do que defende parte da doutrina, a confissão não está atrelada a qualquer questão moral(ista). Não é necessário que tenha havido arrependimento. Não é necessário que haja qualquer relação com deveres de lealdade.

Antes da reforma penal de 84, esta atenuante exigia, como requisito, que espontânea a confissão fosse referente a delito cuja autoria era ignorada ou atribuída a outrem. d) A partir de então, foi dispensado esse requisito. Basta para a atenuante a simples confissão da autoria. Ao contrário do arrependimento posterior, em que a lei exige apenas a voluntariedade (CP, art. 16), a atenuante da confissão requer que ela seja espontânea. A lei apenas quer que a confissão seja espontânea, não havendo razão legal alguma para exigir-se que ela seja resultante de “arrependimento” do agente.²¹

Alguns autores²², ademais, entendem que não é possível admitir a atenuante da confissão nos casos em existirem provas robustas no processo que levem à conclusão de culpa do acusado ou quando a confissão é realizada na sequência de um flagrante. Aos nossos olhos, tal posição não merece guarida. “O fato de as demais provas constantes dos autos serem suficientes para a condenação do acusado, a despeito da confissão espontânea, não autoriza a exclusão dessa atenuante, se ela efetivamente ocorreu e foi usada na formação do convencimento do magistrado”²³

Nesse ponto, inclusive, importa registrar que a confissão é um direito subjetivo do réu. Portanto, havendo confissão, haverá direito à atenuação da pena. “O reconhecimento da atenuante não decorre do valor que lhe foi atribuído como elemento de prova, mas sim, de sua existência no processo, pois nesta perspectiva que se verificou a efetiva colaboração do acusado para com a apuração dos fatos.”²⁴

20 STJ - REsp: 1800954 RS 2019/0064238-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 22/04/2019.

21 DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado, 6ª edição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 131/132.

22 “Não é possível admitir como atenuante uma confissão, mesmo que tenha sido várias vezes ratificada, quando a prova é de tal magnitude que a confissão ou negativa não pode ser negada pelo acusado.” (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1, 4ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 869).

23 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal – volume único, 4ª edição**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 132.

24 STJ - REsp: 1800954 RS 2019/0064238-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 22/04/2019.

Noutro giro, insta salientar, ainda, o entendimento do Superior Tribunal Federal sobre a confissão no inquérito, retratada em juízo, ser capaz de atenuar a pena. Nos moldes estabelecidos pela Corte, «se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do artigo 65, III, alínea d, do CP»²⁵. Este entendimento mostra-se bastante adequado à luz do fundamento da confissão e de sua razão de ser. Isto porque reconhece o auxílio do apenado na construção do decreto condenatório, o que, sem dúvidas, deve ser considerado pelo magistrado.

Respondendo àqueles que afirmam que, nos casos supracitados, a confissão não atende os requisitos elencados pela doutrina pátria, há quem defenda, inclusive, a possibilidade de reconhecimento, nesses casos, das declarações do acusado como uma forma de atenuante inominada (art. 66 do Código Penal).²⁶

4 REFLEXOS DA CONFISSÃO NA APLICAÇÃO DA PENA

Consoante se observa da lição insculpida no artigo 68 do Código Penal, a aplicação da pena, no processo penal brasileiro, perfaz-se em três distintas (escalonadas e interligadas) fases. Com a observação dos requisitos elencados em lei – que serão brevemente apontados nestas breves linhas – concretiza-se o direito constitucionalmente previsto ao acusado de individualização da pena, atendendo-se ao pressuposto constitucional insculpido no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal.

Na primeira fase da dosagem da pena, o juiz analisa as oito circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 da Codificação Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima). Na segunda fase, por sua vez, o magistrado analisa as circunstâncias atenuantes da pena previstas no artigo 65 da lei penal – rol, este, que não é taxativo diante da possibilidade de aplicação das atenuantes inominadas, nos termos do artigo 66 da mesma lei –, bem como as circunstâncias agravantes da pena, previstas nos artigos 61 e 62 da lei citada – estas, sim, taxativas, que não podem sofrer ingerências pelo julgador, em respeito ao preceito

25 STJ - HC: 186375 MG 2010/0178615-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 21/06/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2011

26 “A confissão do agente também pode ser enquadrada como circunstância atenuante inominada, sempre que não satisfeitas as condições previstas no art. 65, III, “d”, do CP (confissão espontânea e perante a autoridade). Nesse sentido, merecem receber a minoração penal — senão como atenuante legal, ao menos como genérica — a confissão policial não ratificada em juízo a confissão parcial de um delito (haja vista sua natureza cindível), a confissão não espontânea e aquela formulada não perante a autoridade, mas a terceiros. Se todas contribuem de algum modo para o deslinde do caso, não há como refutar seu emprego favor rei, sob pena de malferimento da razoabilidade.” (ROIG, Rodrigo Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 227).

básico da legalidade na esfera penal. Por fim, na terceira e última fase, o julgador analisa as causas de aumento e diminuição de pena.

Dentro deste breve panorama, observa-se que a o juiz analisará a incidência da atenuante da confissão espontânea no âmbito da segunda fase da dosagem da pena, restando prevista, conforme já salientado, no artigo 65, III, “d” da lei penal.

Acerca do *quantum* de diminuição, relevante salientar que o legislador não o estabeleceu no âmbito da lei penal, mas deixou a cargo do julgador estabelecê-lo, no âmbito da sua (ainda que vinculada) discricionariedade²⁷. A jurisprudência pátria – e aqui não estamos registrando concordância –, no intento de trazer proporcionalidade à dosagem da pena – e também de evitar a prolação de sentenças extremamente díspares – orienta o julgador a atenuar a pena na fração de 1/6²⁸: entendeu-se que este *quantum* de aumento atingiria o ideal de proporcionalidade uma vez que não confere maior expressão quantitativa que as causas de aumento – que variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) –, bem como não estabelece menor relevância em relação às circunstâncias judiciais, que normalmente são elevadas no patamar de 1/8 (um oitavo) a 1/6 (um sexto)²⁹.

Ainda conforme a jurisprudência pátria – e especificamente conforme a Súmula 231 do STJ - ao atenuar a pena em razão da existência da confissão (ou das demais circunstâncias atenuantes), o magistrado não poderá atingir patamar inferior à pena mínima cominada em abstrato³⁰. Assim se entende, pois, segundo a doutrina – “a pena mínima tem a função de proteção do bem jurídico. Se a atenuante pudesse levar a pena abaixo do mínimo haveria insuficiência na proteção do bem jurídico.”³¹ Ademais, conforme argumento apresentado pelo Procurador

27 “A quantificação das agravantes e atenuantes deve ser fundamentada, para que o direito das partes de controlarem o juiz fique bem resguardado. Em termos práticos : sobre a pena-base o juiz promoverá, com as devidas explicações (discurso fundamentador), o acréscimo de certa quantidade de pena determinada pela agravante “x” e, sobre o resultado encontrado promoverá, se for o caso, fundamentadamente, novo acréscimo, se presente a agravante “y”, para, só depois, promover, com igual fundamentação, a(s) redução(ões)determinada(s) pela(s) circunstância(s) atenuante(s)” (BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação, 5ª edição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 202).

28 “Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias agravantes maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de 1/6 (um sexto)” (HC 282.593/RR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014).

29 “Na carência de razão especial para estabelecimento de outro parâmetro, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 para cada moduladora negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.” (AgRg no HC 471.847/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 09/04/2019)

30 SÚMULA 231- “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

31 ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e Aplicação da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 138.

de Justiça Rodrigo Régner Chemim Guimarães, acaso se autorize a redução da pena abaixo do mínimo legal abstratamente previsto – e sem que haja indicação do *quantum* de redução pela lei -, há risco de pena “zero”.

Embora este entendimento seja pacificado na jurisprudência – e também seja subsidiado por parte da doutrina, conforme salientado – alguns doutrinadores entendem que este entendimento é equivocado³², sob o argumento de que o artigo 65 do Código Penal, ao estabelecer que “são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena” não deixa margem para interpretações dúbias: a *mens legis*, nesse caso, estabelece que a redução deve – conforme a letra da lei dispõe – ocorrer *sempre* que presentes no caso em concreto, independentemente da eventual redução a patamar abaixo do mínimo legal.

Há ainda outros (bons) argumentos que subsidiam tal ponto de vista. Um deles aduz que a não consideração da confissão – em razão da impossibilidade de redução abaixo do mínimo legal – viola o princípio da individualização da pena e da isonomia (posto que dará o mesmo tratamento ao réu que confessou e ao que não confessou, por exemplo). Outro, aduz que os limites legais – e o próprio princípio da legalidade – existem para *proteger o réu* em face do Estado e que, portanto, arguir o princípio da legalidade para não reduzir a pena do réu abaixo do mínimo legal seria uma “inversão de valores principiológicos”.

5 (ATUAIS) FUNDAMENTOS DO INSTITUTO DA CONFISSÃO

A doutrina brasileira não é pacífica ao dispor sobre o fundamento da confissão: neste panorama, Paulo César Busato³³ entende que o seu fundamento é duplo: de um lado, a redução da pena premia aquele que confirma uma prova eventualmente dúbia e, de outro, promove a assunção voluntária de responsabilidade social.

Por sua vez, René Ariel Dotti³⁴ - redator da reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 - destaca que esta foi instituída como regra de política processual visando *prevenir* as dificuldades da apuração da autoria e *amenizar* a possibilidade eventual de um erro judiciário³⁵, motivos estes estampados na expo-

32 LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 676/1992, p. 390 – 392, Fev/1992.

33 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 869.

34 DOTTI, René Ariel. A ATENUANTE DA CONFISSÃO. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 6, p. 18-35, fev. 2013.

35 Ainda neste sentido, sobre o tema: “De fato, uma vez obtida a confissão do crime, é comum haver um relaxamento natural das autoridades persecutórias em relação à busca de outras fontes de prova e elementos informativos, haja vista a crença equivocada de que a confissão ainda é tida como a rainha das provas. Portanto,

sição de motivos da citada alteração legislativa do qual foi parte.

Entende-se que o réu que confessa “presta relevante serviço à Justiça Criminal, seja pelo esclarecimento acerca da autoria até então ignorada, seja porque é capaz de evitar eventual condenação de pessoa inocente.”³⁶, e, por conta disto, deve-se autorizar a atenuação da pena daquele que o pratica.

Despida da fundamentação de *expição do pecado* e de *reconciliação com os paradigmas divinos e morais* que já a contornaram – vide item 1 do presente trabalho -, hodiernamente o fundamento da confissão é bastante prático: não importa a motivação pela qual o réu confessa. Se esta traduz em benefícios ao processo, seja porque auxilia nas investigações e na formação da culpa do acusado ou porque impede que um erro judiciário aconteça, fará o acusado jus ao benefício da atenuante de pena.

Aos nossos olhos, *não pode estar a confissão atrelada a qualquer questão moral*. Não se exige arrependimento. Não se exige hombridade. Não se exige nobreza.

Ademais, tal instituto – por ser atenuante de pena – deve ser encarado como um *direito a qual faz jus o réu*, acaso confesse.

Neste espectro, passa-se a analisar as modalidades de confissão *parcial e qualificada*, sob o panorama de adequação à (nova) realidade deste instituto penal.

5.1 CONFISSÃO QUALIFICADA E CONFISSÃO PARCIAL: (BREVES) DIGRESSÕES

A confissão nada mais é do que o reconhecimento, pelo acusado, da acusação a ele imputada no âmbito de um processo criminal. Diante da dinamicidade do Processo Penal e das peculiaridades advindas dos processos judiciais, desenvolveram-se duas *espécies* do gênero confissão: a primeira delas se convencionou denominar confissão *parcial* e, a segunda, confissão *qualificada*.

No que diz respeito à confissão parcial, diz respeito à modalidade de con-

a partir do momento em que as autoridades responsáveis pela investigação preliminar se conscientizarem de que o investigado não é mais um mero objeto de prova, que tem direito ao silêncio e à assistência de um advogado, enfim, que o interrogatório é meio de defesa – e não meio de prova –, seja ele judicial ou policial, é provável que se dê maior ênfase à busca de outras fontes de prova, otimizando a eficácia das investigações por meio da produção de provas científicas, juntada de documentos, colheita de depoimentos de testemunhas presenciais, etc.” (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – volume único, 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 132).

36 GALVÃO, Fernando. **Direito Penal, Parte Geral – 5ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 634.

fissão através da qual o acusado confessa, em parte, a conduta criminosa. Como exemplo, cita-se a situação de um acusado de latrocínio: caso este confesse a **prática do roubo, mas negue** o resultado morte, estaremos diante de uma confissão parcial.

O Superior Tribunal de Justiça – aliado ao Supremo Tribunal Federal - acolhe a possibilidade de consideração da confissão parcial para fins de atenuação da pena do acusado na segunda fase da dosagem da pena. Segundo a referida Corte, caso a confissão – ainda que parcial – seja utilizada para fundamentar o decreto condenatório do acusado, deve o magistrado reconhecer a atenuante em voga³⁷.

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO PARCIAL. RÉU QUE ADMITE A SUBTRAÇÃO, MAS NÃO A VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. *A confissão parcial, em que o réu admite parte dos fatos a ele imputados, deve ser considerada para atenuar a pena, nos termos do art. 65, III, d, do Código Penal, bastando que tenha servido para embasar a condenação.* Precedentes. 2. Embora a mera subtração tipifique o crime de furto, também constitui uma das elementares do delito de roubo, crime complexo, consubstanciado no furto associado ao constrangimento - violência ou grave ameaça -, daí a configuração da confissão parcial. 3. Agravo improvido.

(STJ, AgRg no REsp: 168917, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, Dje 06.11.2017).

Não obstante a confissão *parcial* seja compreendida como válida pelos Tribunais Superiores, há distinção no *peso* que lhe é conferido. Por formar a convicção do magistrado apenas parcialmente, “ao fixar o *quantum* de diminuição, não pode o Juiz considerar, para a confissão parcial, o mesmo *quantum* que consideraria se a confissão fosse integral.”³⁸. Deste modo, ao fixar a pena, o juiz deve observar, à luz do caso concreto, montante razoável para diminuir a pena do acusado em razão da existência da confissão³⁹.

A confissão qualificada, por sua vez, “ocorre quando o acusado confessa a prática do fato delituoso, mas alega que o praticou acobertado por uma excluden-

37 STF – HC 101.909/MG – 2.ª T. – j. 28.02.2012 – v.u. – rel. Min. Ayres Britto – DJe 19.06.2012.

38 NETO CARVALHO, Inácio de. **Aplicação da Pena, 4ª edição**. São Paulo: Gen Jurídico, 2013, p. 141.

39 “A (sic) individualização com foco no caso concreto, no entanto, exige esforço maior de motivação das decisões judiciais. A prescrição de etapas nítidas e separadas para aplicação da pena tem como objetivo impor ao magistrado o dever de motivar explicitamente cada uma das fases que culminou na imposição de determinada pena e permitir controle da decisão pelas partes. As decisões infelizmente não cumprem esse papel, pois, em geral são pouco fundamentadas nas particularidades do caso concreto, (sic) preferindo apoiar-se nas abstrações do texto legal ou nas fórmulas genéricas e vazias repetidas pela jurisprudência.” (SICA, Leonardo; FERREIRA, Luisa Moraes de Abreu. Aplicação da pena: confissão e reincidência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 925/2012, p. 453 – 466, nov/2012).

te da ilicitude ou da culpabilidade”. Em outras palavras, “na forma qualificada, o réu, após a confissão, ou simultaneamente, opõe ao fato confessado circunstâncias várias que excluem o crime, pela ocorrência de causas excludentes da antijuridicidade ou eximentes de pena.”

Essa questão é bastante interessante, pois, de um lado, há quem defenda que sim, deve incidir a atenuante pois, afinal, o réu está *confessando a autoria*. De outro, há quem aponte que não, não deve incidir a atenuante pois, não obstante o réu esteja confessando a autoria, está (ao atrelar teses defensivas) justamente *negando o crime*.

No que diz respeito ao entendimento dos Tribunais Superiores acerca da confissão qualificada, há significativa divergência. Aos olhos do Superior Tribunal de Justiça, é possível considerar para fins de atenuação de pena tanto a confissão qualificada, quanto a confissão parcial. Em sua jurisprudência, compreende que “a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação”.⁴⁰ O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, acolhe apenas a possibilidade da confissão parcial, inadmitindo a confissão qualificada. Para a referida Corte, “a confissão qualificada não é suficiente para justificar a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal”⁴¹.

O que se depreende da análise dos julgados, é que não há análise mais aprofundada a respeito das razões que *autorizariam* ou *impediriam* a utilização da confissão.

Assim, aos nossos olhos, é essencial verificar o (atual e verdadeiro) *fundamento* do instituto da confissão, para então, na sequência, analisar se tal fundamento está ou não está presente na confissão *qualificada*.

Pois bem. **À luz dos fundamentos citados** que subsidiam o instituto da confissão – auxílio ao Estado no deslinde da causa, confirmação de provas dúbias, prevenção nas dificuldades de apuração da autoria e amenização de erros judiciários – parece mais sólida e concreta a jurisprudência travada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Se um acusado *confessa a autoria*, mesmo que atrole a isso uma tese defensiva (como, por exemplo, a legítima defesa), é certo que está, ao menos no que

40 HC 370.145/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018.

41 Precedentes: HC 74.148/GO, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 17/12/1996 e HC 103.172/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 24/09/2013

refere à autoria, auxiliando o Estado. Ora, o Estado não precisará verificar *outros autores*, o que, por si só, já se revela como contribuição. Basta ao Estado, agora, verificar se aquele autor – *confesso* – agiu ou não em legítima defesa. Leia-se: a extensão da investigação e da produção probatória sob responsabilidade do Estado *se restringe (diminui)* com a confissão qualificada, razão pela qual ela deve, sim, ser considerada como atenuante de pena.

Quando o Supremo Tribunal Federal afasta a possibilidade de considerar a confissão qualificada como uma atenuante, acaba, primeiro, por desconsiderar por completo a contribuição que tal confissão efetivamente pode ter (nos moldes, por exemplo, do parágrafo anterior).

Segundo, o Supremo Tribunal Federal acaba por exigir um requisito que a confissão não mais exige: o arrependimento ou a “hombridade” em assumir o ilícito. Sim, pois por vezes os julgados rejeitam a atenuante por afirmar que, em verdade, “o réu não quis confessar, quis apenas montar uma tese defensiva”. Há que se recordar que não há necessidade de motivação nobre ou específica. Qualquer que seja o motivo, havendo confissão, há atenuação. Sem moralismos ou nobrezas de espírito.

5.2 SÚMULAS 545 E 630 DO STJ

Ao admitir tanto a possibilidade de atenuação de pena pela confissão *parcial* quanto pela *qualificada*, o Superior Tribunal de Justiça emana perfil amplo e atencioso aos fundamentos da confissão estabelecidos pela *mens legis* e pela doutrina.

A súmula 545 do mesmo Tribunal está em consonância com essa compreensão, pois aduz que, sendo a confissão utilizada pelo magistrado para a formação do seu convencimento, deve haver atenuação na pena. Ou seja, seja a confissão parcial, qualificada, retratada ou qualquer outra característica: se o julgador a considerou para construir o próprio convencimento, terá de considerá-la também para atenuar a pena.

Por outro lado, recente e estranhamente a mesma Corte exarou o entendimento exprimido na súmula 630, que dispõe que “a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.”

Ao editar a súmula em tela, a Corte deixa dúvida a própria construção ju-

risprudencial anteriormente estabelecida. Isto porque, nos casos em que há a confissão nos moldes destacados pelo verbete sumular, parece haver, em partes, sim, uma confissão. Dúvida não haverá acerca da autoria do delito e permite-se ao magistrado que utilize desde fundamento para exarar sentença penal condenatória, cabendo ao mesmo (apenas) a análise das circunstâncias elencadas no processo para aferição do delito praticado – se uso ou tráfico de drogas.

Aos nossos olhos, portanto, a edição da súmula 630 contradiz o histórico de compreensões do Superior Tribunal de Justiça a respeito do instituto da confissão e revela que tal tema precisa ser debatido de forma mais séria, técnica e coerente.

CONCLUSÃO

Consoante se observou nas breves linhas desta pesquisa, a confissão pode ser analisada sob dois vieses distintos na legislação penal brasileira: pode ser observada como meio de prova (art. 197 e seguintes do Código de Processo Penal) e também como atenuante de pena (art. 65, III, “d” do Código Penal).

No que diz respeito à sua utilização como atenuante de pena, elencam-se alguns requisitos para sua validade: a) deve ser espontânea, ou seja, deve advir do íntimo do acusado, *não importando, para fins de configuração da atenuante, os motivos que a ensejaram*; b) deve ser feita perante autoridade competente, seja ela judicial, policial ou ministerial.

O acusado fará jus à atenuante em tela – as vezes em maior e as vezes em menor *quantum* - se o magistrado a utilizar para formar seu convencimento no momento da prolação da sentença penal condenatória.

Na exposição de motivos da reforma do Código Penal de 1984, pontuou-se que o fundamento para incidência deste *quantum* de diminuição é prevenir as dificuldades da apuração da autoria e amenizar a possibilidade de erro judiciário.

À luz do fundamento estabelecido pela legislação, percebe-se que a *mens legis* quis premiar aquele que auxilia nas investigações, já que impede que um erro judiciário ocorra e permite ao julgador exarar decisão mais bem fundamentada. Leia-se: não (mais) há razões moralistas ou religiosas envolvendo o instituto da confissão.

Tendo isso em mente, observa-se que a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da utilização da confissão *parcial* e da confissão *qualificada* não deve prosperar: caso a confissão do acusado auxilie *minimamente* na construção

do decreto condenatório, este deve fazer jus – por direito que é - à atenuante de pena disciplinada em lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal – volume único, 4º edição**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ROIG, Rodrigo Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros, 2ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação, 5º edição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal, 3º edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Teoria da Pena – Fundamentos políticos e aplicação judicial, 21º edição**. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição**. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

DOTTI, René Ariel. A ATENUANTE DA CONFISSÃO. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 6, p. 18-35, fev. 2013.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal, 14ª edição**. Rio de Janeiro: Editora Gen Jurídico, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral, 3º edição**. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2008.

AVENA, Norberto. **Processo Penal, 10ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e Aplicação da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 160.

NETO CARVALHO, Inácio de. **Aplicação da Pena, 4ª edição**. São Paulo: Gen Jurídico, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, 24º edição**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 843.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Confissão e tipo penal. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, São Paulo, vol. 3, p. 603 – 611, Jun/2012.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado, 6º edição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 131/132.

LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 676/1992, p. 390 – 392, Fev/1992.

SICA, Leonardo; FERREIRA, Luisa Moraes de Abreu. Aplicação da pena: confissão e reincidência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 925/2012, p. 453 – 466, nov/2012.

PRISÃO PROVISÓRIA NA ERA DO GRANDE ENCARCERAMENTO: CONSTRUINDO POSSIBILIDADES À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Camila Belinaso de Oliveira¹

Fernando Goya Maldonado²

Resumo: O trabalho objetiva analisar a complexa relação entre a prisão provisória e o encarceramento, com ênfase aos limites convencionais desenvolvidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Para tanto, desenvolve-se uma análise do sistema de justiça criminal brasileiro à luz dos parâmetros do direito internacional dos direitos humanos e, em especial, sobre o exercício do controle de convencionalidade em âmbito interno que, segundo orientações internacionais, deve ser realizado não só na elaboração, mas na interpretação das leis e atos dos agentes estatais. O problema de pesquisa, então, centraliza-se no exercício do controle de convencionalidade no plano interno, especificamente, para a prisão preventiva. O trabalho se desenvolve através do método científico indutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tendo como conclusão que o Brasil após a Lei 12. 403/2011 saiu do sistema binário e aproximou-se do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: prisão cautelar, limites convencionais, direitos humanos.

Abstract: This research analyze the complex relationship between provisional detention and incarceration, with emphasis on the conventional limits developed by the Inter-American Human Rights System (IHRS). To this end, an analysis of the Brazilian crim-

-
- 1 Advogada. Mestranda em Direito e Sociedade pela Universidade LaSalle/Canoas com Bolsa CAPES/PRO-SUC. Especialista em Políticas Públicas e Justiça de Gênero pelo Comitê Latinoamericano de Ciências Sociais.
 - 2 Advogado. Doutor pela Universidade de Coimbra. Mestre pelo Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati.

inal justice system is carried out in the light of the parameters of international human rights law and, in particular, the exercise of conventionality control at the domestic level, which, according to international guidelines, should not only be carried out. in the elaboration, but in the interpretation of the laws and acts of the state agents. The research problem then focuses on the exercise of conventionality control internally, specifically for pre-trial detention. The work is developed through the inductive scientific method and technical literature and jurisprudential research, having the conclusion that Brazil after Law 12. 403/2011 came out of the binary system and approached the inter-American system of protection of human rights.

Keywords: precautionary prison, conventional limits, human rights.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo central analisar a prisão cautelar no Brasil com ênfase aos limites convencionais desenvolvidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Sob esta perspectiva, trata-se, em um primeiro momento, sobre os dados oficiais do Brasil sobre encarceramento, detendo-se na temática do encarceramento provisório.

O Brasil atualmente é o terceiro país com a maior população carcerária, de modo que investigar este fenômeno ancora-se em construir possibilidades para a construção de debates que possibilitem novas diretrizes para o enfrentamento do exponencial crescimento da prisão no Brasil, com ênfase a prisão provisória. Conforme será exposto, tem-se que 40% da população carcerária é provisória, ou seja, está detida sem condenação, tendo o índice aumentado mesmo após a vigência da Lei 12.403/2011, institui um sistema de medidas alternativas à prisão cautelar.

Sequencialmente, por ter sido o sistema de medidas alternativas à prisão o resultado de uma série de reformas processuais na América Latina, as quais pretenderam uma aproximação à cautelaridade nos termos compreendidos pelo Sistema Interamericano, são apresentados cinco casos da Corte Interamericana sobre prisão provisória. As contextualizações dos casos, por ordem cronológica, objetivam verificar a construção do posicionamento do Sistema, bem como demonstrar a reiteração da Corte acerca do caráter excepcional da prisão provisória.

Tão logo, para a entendimento de como os referidos casos podem ser utilizados a nível jurisdicional brasileiro, ocupa-se de apresentar os parâmetros de controle de convencionalidade dos tratados internacionais dos direitos humanos, com ênfase à Convenção Americana, que constitui o marco legal do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a nível da Organização dos Estados Americanos.

Para a realização do presente trabalho foi utilizado o método científico indutivo, que abrange as observações, baseando-se do estudo particular para o geral. Logo, em razão de a investigação ter se baseado na análise de jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especificamente de casos sobre prisão provisória da Corte Interamericana, entende-se ser o método adequado para a investigação. Ademais, como técnica de pesquisa, foi utilizada a bibliográfica, para contextualização tanto da temática sobre prisão provisória quanto da temática sobre direitos humanos e controle de convencionalidade.

Por fim, ressalta-se a crítica doutrinária sobre o desconhecimento ou desinteresse pela administração pública para a aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, de modo que os debates, principalmente da Suprema Corte do país, apontam a resistência de parte do poder judiciário em assentir o dever do exercício do controle de convencionalidade.

A TERCEIRA MAIOR POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO MUNDO

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2017), a base de dados do Departamento Penitenciário Nacional, divulgados em 2017, o Brasil tem a terceira população carcerária do mundo. No ponto, ultrapassar 700 mil pessoas privadas de liberdade significa um aumento da ordem de 707% desde 1990.

Ademais, não é só o alto número de pessoas sob segregação carcerária que alerta o país, mas a sua taxa de aprisionamento. O Brasil apresenta, segundo dados do mesmo relatório, um aumento 157% entre 2000 e 2016 em sua taxa de aprisionamento (INFOPEN, 2017, p.17). Nesse sentido, demonstra-se que, ao contrário dos outros países, como a Rússia, país que o Brasil ultrapassou para ficar atrás apenas dos Estados Unidos e China, há um aumento na taxa de encarceramento. Sob esta perspectiva, a população que está sendo encarcerada exponencialmente é jovem, entre 18 a 24 anos e 25 a 29 anos, negra e com ensino fundamental incompleto (INFOPEN, 2017, p. 30-3).

No entanto, outro dado chama a atenção e é objeto desta investigação: a prisão provisória. Foi divulgado no relatório Infopen (2017, p.14) quanto à evolução da população prisional provisória entre 2000 e 2016, que aumentou para 40%. Ou seja, o sistema de justiça criminal brasileiro mantém 40% da população carcerária não possui condenação em segunda instância.

Cabe destacar que não são evidenciados nos dados Infopen as porcentagens por espécies de prisão provisórias, que teve alterações com o advento da Lei 12.403/2011, momento em que o Brasil passa de um sistema binário para um sistema que permite medidas alternativas à prisão cautelar (BARLETTA, p. 56).

A PRISÃO PROVISÓRIA À LUZ DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A prisão provisória é de caráter excepcional, devendo ser aplicada mediante fundamentação e em caso de não existir medida menos gravosa, pautando-se, assim, nos princípios de excepcionalidade e proporcionalidade. Logo, a mudança no regime legal da prisão provisória, oriundo das reformas processuais alavancadas na América Latina no fim do século XX, objetivou alterar a lógica de antecipação da pena aproximando-se da lógica cautelar descrita na jurisprudência da Corte Interamericana (DUCE; FUENTES; RIEGO, 2009).

Desse modo, percebe-se que mesmo após a vigência da Lei 12.403/2011, que instituiu no Brasil um novo sistema de cautelares pessoais, o encarceramento não diminuiu e que as medidas cautelares, devido ao seu caráter provisional, não foram revistas a conforme preconiza o artigo 282, § 5º do Código de Processo Penal brasileiro. Portanto, ensina Barletta (2014, p.13), a prisão cautelar “representa a forma mais grave de ingerência do poder estatal na liberdade individual.” Assim, sendo, “não é por outro motivo que os desafios que se apresentam para o processo penal do século XXI [...], situam-se no plano da eficácia ou ineficácia dos sistemas garantistas das Constituições e dos tratados internacionais (LOPES JR, 2013, p.5) ”.

Nesse sentido, são muitos os pronunciamentos no âmbito do Sistema Interamericano em matéria de prisão cautelar, dentre os quais foram eleitos para essa investigação cinco casos da Corte Interamericana com o objetivo de construir cronologicamente o posicionamento da Corte acerca da temática.

O primeiro, Caso Suárez Rosero vs. Equador, trata da prisão de Rosero por policiais em razão de suspeita de envolvimento com organização internacional

de tráfico de drogas. Na decisão, restou consolidado o posicionamento de que a presunção de inocência está intimamente ligada à excepcionalidade da prisão processual. Desse modo, a presunção de inocência constitui a base de sustentação de todas as garantias judiciais, sendo um princípio do qual decorre o dever estatal de não restringir a liberdade do preso para além dos limites estritamente necessários, já que a prisão preventiva é medida cautelar e não punitiva.

Destaca-se o seguinte trecho da decisão que, especificamente, trata acerca da presunção de inocência e culpabilidade:

77. Esta Corte considera que ao princípio da presunção de inocência subjaz o propósito das garantias judiciais, ao afirmar que uma pessoa é inocente até que sua culpabilidade seja demonstrada. Do disposto no artigo 8.2 da Convenção deriva a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações e que não evitará a ação da justiça, pois a prisão preventiva é uma medida cautelar, não punitiva. Este conceito está expresso em múltiplos instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, entre outros, no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, que dispõe que a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral (artigo 9.3). Caso contrário, estar-se-ia cometendo uma injustiça ao privar de liberdade pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida, por um prazo desproporcional à pena que corresponderia ao crime imputado. Seria o mesmo que antecipar uma pena à sentença, o que é contrário aos princípios gerais do direito universalmente reconhecidos. (Corte IDH, 1999, § 77).

Desse modo, ao sentenciar o Caso, a Corte Interamericana estabelece que a presunção de inocência serve a impedir que as pessoas fiquem privadas de sua liberdade por tempo não justificado e, assim, desproporcional inclusive ao correspondente de tempo previsto a pena do fato que a ela se imputa. Ademais, cumpre destacar que foi no julgamento deste caso que se destacou a importância do habeas corpus como instrumento de garantia de liberdade e de integridade pessoal da pessoa presa.

O segundo, Caso Tibi vs. Equador, trata da prisão de Tibi pela Interpol em razão de suspeita de sua participação em crime de tráfico de drogas. Ao analisar o tempo de prisão preventiva, de mais de dois anos, compreendeu que referida cautelar é a medida mais severa a ser imputada, devendo, então, observar seu caráter excepcional, uma vez que se encontra limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade (Corte IDH, 2004, § 106).

O terceiro, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, trata de vedação a publicação de um livro pelo ex-militar Iribarne, cuja desobediência o levou a prisão preventiva. Nesse caso, a Corte estabelece os requisitos necessários para a excepcional prisão preventiva, elencando a existência de indícios suficientes da culpabilidade e a necessidade estrita da medida para o desenvolvimento das investigações caso o imputado apresente riscos a obstruí-las caso fique em liberdade. Desse modo, destacam-se dois trechos da decisão que enfatizam os requisitos necessários para a excepcional prisão preventiva:

198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia²¹³. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención. (Corte IDH, 2005, § 198)

206. La Corte estima, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, que los requisitos para que se pueda emitir un auto de procesamiento son diferentes a los exigidos para ordenar prisión preventiva, dado que esta última exige, además de un grado razonable de imputabilidad de la conducta delictiva al procesado, que la privación de la libertad sea necesaria para evitar un daño al proceso que pueda ser ocasionado por el acusado. (Corte IDH, 2005, § 206).

O quarto, Caso Lopez Alvarez vs. Honduras, trata de prisão por suspeita de tráfico de drogas. Lopez foi detido, sem autorização judicial, enquanto carregava pacotes que continham substâncias que, segundo autoridades policiais, pareciam ser drogas ilícitas. Na decisão, a Corte consolidou que o princípio da proporcionalidade deve ser limite e condição de legitimidade da prisão processual, de modo que a prisão provisória só será medida cautelar legítima se, além de obedecer aos parâmetros legais, houver relação de proporcionalidade entre os elementos de convicção invocados em sua decretação e os fatos investigados.

Ademais, sentenciou que a privação de liberdade sem responsabilidade criminal definida por período desproporcional equivale à antecipação da pena, nos seguintes termos:

69. Do artigo 7.3 da Convenção se observa a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que este não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações nem eludirá a ação da justiça.⁸⁵ As características pessoais do suposto autor e a gravidade do cri-

me do qual é acusado não são, por si mesmos, justificativa suficiente para a prisão preventiva. A prisão preventiva é uma medida cautelar e não punitiva.⁸⁶ Viola-se a Convenção quando se priva de liberdade, durante um período excessivamente prolongado, e, portanto, desproporcional, pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida. Isso equivale a antecipar a pena (Corte IDH, 2006, § 69).

Por fim, o quinto, Caso Bayarri vs. Argentina, trata da detenção de Bayarri, sub-oficial da Polícia Federal, preso sem mandado judicial e fora das hipóteses de flagrante. Sua prisão preventiva prolongou-se por mais de doze anos, tendo a Corte reiterado, assim, o dever do juiz para a revisão da prisão, visto que é dele a função de diligenciar para prevenir ou fazer cessar detenções ilegais e arbitrárias. Ademais, reitera a sentença que as características pessoais do imputado e a gravidade do delito não compõem justificação suficiente para a prisão preventiva, visto que a liberdade é regra e não exceção (Corte IDH, 2008, § 74).

Os casos acima, para além dos Informes da Comissão e demais julgados da Corte, órgãos que compõem o Sistema Interamericano, consolidam o entendimento acerca da prisão provisória. Dessa forma, possível afirmar que a prisão cautelar, caso não observados os seus requisitos, atua como uma pena antecipada, pois não possui condenação a pessoa imputada serve apenas para somar aos índices do exponencial encarceramento abusivo no Brasil e na América Latina. Logo, resta compreensível os motivos pelos quais o Sistema Interamericano tem redobrado suas recomendações sobre a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Sob esta perspectiva a prisão provisória se consolida para o sistema como medida excepcionalíssima, que deverá ser fundamentada em razões extremas, a ser controlada e mantida por um período exíguo de tempo, na qual seus limites sejam periódica e efetivamente reavaliados pelas autoridades judiciais, no contexto de um sistema que contemple obrigatoriamente um amplo leque de medidas cautelares alternativas ao encarceramento (BARLETTA, 2014, p. 142)

Sobrevém, ao analisar os dados apresentados da realidade carcerária provisória brasileira juntamente com o posicionamento do Sistema Interamericano, cujas normativas o Brasil é parte, questionar os motivos pelos quais o país não os considera. Sequencialmente, é possível questionar se os parâmetros, ou seja, o fortalecimento dos limites convencionais com base nos tratados sobre direitos humanos, podem servir de base para o sistema de justiça criminal brasileiro.

A APLICABILIDADE DAS NORMATIVAS DE DIREITOS HUMANOS

No marco da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos pode ser entendida como a literatura de essencialidade, visto que é a base das normativas sobre direitos humanos (LEDESMA, 2004) e está ratificado pela maioria dos Estados-americanos. No Brasil, o texto foi incorporado pelo ordenamento jurídico pelo Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992. Tal incorporação seguiu o rito previsto no §3º do artigo 5º da Constituição Federal, recepcionado pela Emenda Constitucional Nº45/2004, que define equivalência dos tratados e convenções sobre direitos humanos às emendas constitucionais.

Os tratados de direitos humanos, segundo Cançado Trindade (2000), implicam em direitos e obrigações relacionadas as pessoas sob a jurisdição do Estado que o aprova, devendo, então, tutelar os direitos fundamentais. Desse modo, quando um Estado opta por ratificar um tratado suas disposições normativas passam a vincular suas ações na integralidade. Desse modo, dentre princípios e cláusulas evocados está o de não se alegar disposições internas para descumprir tratados, previsto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Cabe salientar que, acerca do status normativo dos tratados de direitos humanos na ordem jurídico brasileira, esse estudo se alinha ao entendimento de Cançado Trindade (1996), seguido por Valério Mazuolli (2010), quanto ao exame de constitucionalidade não mais se limitar apenas ao texto constitucional, mas também às responsabilidades assumidas pelo estado a nível internacional.

A Convenção Americana, para além de um sistema de garantias, prevê mecanismos para o controle externo dos Direitos Humanos. Assim, dispõe que os órgãos dos Estados parte devem verificar seus atos para que estejam convergentes às interpretações da Convenção, que é de responsabilidade última da Corte Interamericana, pois possui caráter vinculante (LEDESMA, 2004). A verificação, então, dá-se pelo exercício do controle de convencionalidade, termo cunhado por Sergio Garcia Ramirez, ex-presidente da Corte, e mencionado em seus votos nos casos segundo e quarto acima descritos (MAZZUOLI, 2011).

A competência, no plano interno, para a realização do controle de convencionalidade fica a cargo dos tribunais locais e de autoridades públicas, que tem a obrigação de verificar se há compatibilidade de seus atos e normas jurídicas com o preconizado na Convenção Americana e na jurisprudência da Corte Interamericana (BARLETTA, 2014, p.152 e 157). Desse modo, por ter o Brasil

ratificado a Convenção Americana, bem como ter reconhecido a competência contenciosa da Corte Interamericana por meio do Decreto N° 89, de 03 de dezembro de 1998, é possível afirmar que a aplicação da Convenção é de caráter imediato. Contudo, a discussão doutrinária tem versado entre os parágrafos segundo e terceiro do artigo 5º da Constituição Federal, em razão da previsão de que a aprovação dos tratados deve cumprir o rito pelo quórum qualificado de três quintos, o que, na falta, impediria a recepção pelo direito interno do tratado com status de emenda constitucional.

A título de exemplo está a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário 466.343 sobre a legitimidade da prisão civil do depositário infiel com base, dentre outras normativas internacionais, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O debate entre a atribuição do status normativo supralegal ou constitucional, mesmo que tenha sido reconhecida a constitucionalidade de acordo com tese sustentada pelo Ministro Celso de Mello, demonstra a necessidade de maior discussão sobre o tema, já que,

Conferir aos tratados internacionais de direitos humanos o status de direito ordinário não só legitima o Estado signatário a descumprir unilateralmente acordo internacional, como ainda afronta a ideia de Estado Constitucional Cooperativo e inviabiliza a tutela dos direitos humanos em nível supranacional (MARINONI, 2013, p. 59)

O controle de convencionalidade exercido pelo Brasil é precário, fato que termina por repercutir em todo o funcionamento do sistema de justiça, ao qual se insere o criminal. Os fatos para a falta do reconhecimento, de acordo com Barletta (2014, p.203-4), são para além do desconhecimento dos operadores sobre os instrumentos e decisões do Sistema Interamericano, de cunho político, cujas violações sistemáticas de direitos e garantias, principalmente no complexo penal-penitenciário acusam a redução dos direitos humanos e o sobrevier de práticas autoritárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprir apresentar as conclusões da exposição acerca da prisão provisória e direitos humanos, pretendida neste estudo. O objetivo central era o de analisar a prisão cautelar no Brasil com ênfase aos limites convencionais desenvolvidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o que foi possível de alcançar mediante a divisão da revisão em pontos que partiram do geral ao específico.

Os dados oficiais do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-

rias (INFOPEN, 2017), a base de dados do Departamento Penitenciário Nacional, divulgados em 2017, demonstraram que o Brasil tem a terceira população carcerária do mundo. Ademais, foi possível identificar, com base no mesmo relatório, que para além do crescimento da população a taxa de aprisionamento segue em linha crescente, o que demonstra que diferente da China, segunda maior população carcerária, o Brasil não tem logrado políticas de desencarceramento.

Desse modo, a instituição de um sistema de medidas cautelares alternativas à prisão Nô tem sido suficiente para o desencarceramento, fato que é possível de estar atrelado pelo desconhecimento, ou resistência política para o reconhecimento, das normativas e jurisprudência que orienta a aplicação de tais medidas. Esse sistema de garantias e princípios norteadores da decretação da prisão cautelar está dado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Assim, para o conhecimento da atual linha de entendimento do Sistema vinculado a Organização dos Estados Americanos e, portanto, ao Brasil já que o país ratificou a Convenção Americana e reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana, foram contextualizados quatro decisões da Corte acerca da temática da prisão provisória. Nos casos narrados foi possível identificar que a prisão provisória deve ser excepcional.

Por fim, mediante a comparação dos dados brasileiros com as decisões parâmetro de interpretação da Corte, foi possível apresentar a crítica doutrinária acerca do não exercício do controle de convencionalidade pelo estado brasileiro, bem como acerca da necessidade de debates que impulsionem o entendimento de seu dever.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. Orientadora: Bethânia de Albuquerque Assy. Tese de doutorado- Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito, 2014

DUCE, J., Maurício; FUENTES M., Claudio; RIEGO R., Cristián. La Reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. In: RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio (Dir.) **Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas (vol. 1)**. Santiago, Chile: CEJA, 2009.

LEDESMA, Hector Faundez. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales**. San Jose de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

LOPES JR., Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim IBCCrim**, ano 21, n° 251, out./2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do Direito Brasileiro).

Em: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coords). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Geraldo; BADARÓ, Gustavo Henrique; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; FERNANDES, Og. **Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas**. Comentários à lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.103

TEIXEIRA, Marcelo Markus; PEREIRA, Reginaldo; BIEGER, Andrey Luciano. Os Critérios de Recepção das Decisões acerca dos Delitos de Desacato do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Superior Tribunal de Justiça à Luz do Controle de Convencionalidade Externo. **Seqüência**, Florianópolis, n. 80, p. 179-201, Dec. 2018 .

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. IIDH-CICV-ACNUR-Comissão da União Européia Co-Edição, São José da Costa Rica/Brasília, 1996.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol.1**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. In: Direito e Democracia: **Revista do Centro de Ciências Jurídicas**, Canoas, vol.1, nº 1, 2000.

A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE OS INSTITUTOS DA TENTATIVA E DO DOLO EVENTUAL

THE (IN)COMPATIBILITY BETWEEN THE INSTITUTES OF ATTEMPT AND DOLUS EVENTUALIS

Gregório Cabral de Farias¹

Bruno Seligman de Menezes²

RESUMO: Essa pesquisa objetiva examinar a questão da compatibilidade entre tentativa e dolo eventual no Direito Penal brasileiro, superando-se décadas de incertezas quanto ao tema, das quais o corolário é uma infinidade de casos idênticos sendo tratados de modo diferente, a depender primeiramente, até o oferecimento da exordial acusatória, do entendimento do titular da ação penal e, ao cabo, do entendimento do Magistrado pela compatibilidade, ou pela incompatibilidade, entre os referidos institutos. Para isso, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, e o método de procedimento comparativo. Ao final do estudo, concluiu-se que a compatibilidade entre dolo eventual e tentativa deve ser analisada casuisticamente, através de critérios político-criminais, mais precisamente se no caso concreto há maior proximidade do dolo eventual com a culpa consciente, caso em que haverá incompatibilidade com a tentativa, ou com o dolo direto, ocasião em que haverá a compatibilidade com a tentativa.

PALAVRAS-CHAVE: Tentativa, Dolo eventual, Compatibilidade.

ABSTRACT: This research aims to examine the possibility of reconciling the institutes of attempt and Dolus Eventualis in Brazilian criminal law, overcoming decades of uncertainties on the subject, uncertainties of which the corollary is an infinity of identical

1 Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN) – Santa Maria/RS. E-mail: gregoriocfarias@outlook.com

2 Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Direito Penal Empresarial (PUCRS). Professor de Direito Penal e Processo Penal (FADISMA/UFN). Membro do IBCCRIM. Advogado Criminalista.

cases being treated in a different way, to depend first, up to the offer of the exculpatory accusation, the understanding of the owner of the criminal action and, finally, the Judge's understanding of the compatibility or incompatibility between said institutes. To achieve this purpose, the deductive approach method and the comparative procedure method were used. At the end of the study, it is concluded that the question of compatibility between Dolus Eventualis and attempt should be analyzed casuistically, through political-criminal criteria, more precisely the closest proximity to Dolus Eventualis in concrete with conscious guilt, in which case there will be incompatibility with the attempt, or with direct deceit, occasion in which there will be compatibility with the attempt.

KEYWORDS: Attempt, Dolus Eventualis, Compatibility.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda os institutos da tentativa e do dolo eventual com vistas ao melhor entendimento acerca de sua compatibilidade, ou não, no ordenamento jurídico pátrio.

Registre-se que se enfrenta uma enorme insegurança jurídica no que tange ao tema em tela, com vasta doutrina e jurisprudência litigando quanto à possibilidade de se combinar a modalidade tentada de um delito com o dolo eventual figurando como elemento subjetivo do tipo.

Nesse diapasão, enquanto o tema não é pacificado, delitos cometidos de maneira análoga são imputados e julgados de maneira distinta, a depender do entendimento adotado pelo Promotor atribuído, ou pelo julgador competente, razão pela qual busca-se investigar a fundo ambos os posicionamentos, a fim de concluir pela alternativa mais coerente com o Direito Penal brasileiro.

Este estudo tem como objetivo examinar a possibilidade de se compatibilizar os institutos da tentativa e do dolo eventual no Direito Penal Brasileiro.

O primeiro capítulo investiga a evolução histórica do instituto da tentativa nas sucessivas codificações penais que vigoram em nosso Direito e, após, será analisada a tentativa tal qual definida pelo atual Código Penal e pela doutrina moderna.

Na sequência, o segundo capítulo demonstra a evolução histórica do dolo na estrutura do delito, desde o entendimento pelo seu posicionamento na culpa-

bilidade até o entendimento da doutrina finalista, de que se encontra inserido no tipo penal. Ainda, será efetuada a diferenciação entre dolo direto e dolo eventual, bem como entre este e a culpa consciente.

Finalmente, o terceiro capítulo irá se utilizar das premissas deduzidas dos primeiros dois capítulos para analisar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pela compatibilidade, ou não, entre os institutos da tentativa e do dolo eventual.

Para este estudo foi utilizado o método de abordagem dedutivo, pois parte-se de premissas gerais - os conceitos de Tentativa e Dolo Eventual - a fim de se chegar a uma conclusão específica - a possibilidade, ou não, de se compatibilizar estes institutos. Ademais, utilizou-se do método de procedimento comparativo, vez que se analisa os dois institutos jurídicos retro mencionados, particularizando-os e verificando a possibilidade de compatibilizá-los. Após, parte-se para comparações entre as vertentes defensoras da compatibilidade e da incompatibilidade entre os supracitados institutos.

O INSTITUTO DA TENTATIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Historicamente, a tentativa surge no Direito Penal brasileiro com o Código Penal do Império, de 1830, para o qual haveria crime quando a tentativa se manifestasse por atos externos e tenha havido o início da execução, não sendo esta efetiva por circunstâncias independentes à vontade do agente³.

Naquela legislação, a pena da tentativa seria punida com a pena do crime consumado, reduzida de um terço, salvo quando à tentativa tiver sido imposta pena especial⁴. Exemplificando, narra o art. 274 do referido diploma legal que na tentativa de roubo, quando verificada a violência, ainda que nada tenha sido subtraído, será aplicada a mesma pena do delito consumado.

Posteriormente, em 1890, promulgou-se o primeiro Código Penal da República, no qual haveria tentativa de crime quando, com intenção de cometê-lo, o agente executasse atos exteriores que, por se relacionarem diretamente com o fato punível, constituam começo de execução, e esta não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente⁵.

3 Art. 2º, § 2º, da Lei nº 16 de 1830. Acesso em 07.Abr.2019.

4 Art. 34, *caput*, da Lei nº 16 de 1830. Acesso em 07.Abr.2019.

5 Art. 13, do Decreto nº 847 de 1890. Acesso em 07.Abr.2019.

O referido diploma legal inovou ao expressar a impunibilidade da tentativa nos casos de ineficácia absoluta do meio empregado e de impossibilidade absoluta do fim almejado pelo agente⁶, bem como em caso de contravenção e crime punível com pena não maior que a de um mês de prisão celular⁷.

Durante a ditadura militar brasileira, o decreto-lei 1004 de 1969, que não chegou a vigor, entregava ao magistrado discricionariedade para, em caso de gravidade excepcional, punir a tentativa com a pena do crime consumado⁸.

Atualmente, vige em nosso direito o Código Penal de 1940, com a Parte Geral amplamente reformada pela Lei 7.209/84. No entanto, no que tange à tentativa, não houve grandes alterações, a não ser a migração do supracitado instituto do art. 12, inc. II para o art. 14, inc. II do estatuto repressivo.

A tentativa encontra-se prevista no Código Penal pátrio em vigência, em seu artigo 14, inciso II, para o qual, o crime é considerado tentado quando após iniciada a sua execução, não se dá a consumação por circunstâncias que não podem ser imputadas à vontade do agente. Para Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto (2016, p. 110) “o tipo não se completa, ficando interrompido durante o seu desenvolvimento”.

Com efeito, para a melhor compreensão do supracitado instituto, faz-se necessário compreender a figura do *iter criminis*. Para tanto, colaciona-se lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Desde que o desígnio criminoso aparece no foro íntimo da pessoa, como um produto da imaginação, até que se opere a consumação do delito, existe um processo, parte do qual não se exterioriza, necessariamente, de maneira a ser observado por algum espectador, excluído o próprio autor. A este processo dá-se o nome de *iter criminis* ou “caminho do crime”, que significa o conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito (2005, p. 13).

Por força do art. 14, inc. II do Código Penal, que condiciona o reconhecimento da tentativa ao início da execução, a deliberação acerca do futuro cometimento de um crime ocorrida no foro íntimo da pessoa, a despeito de integrar o *iter criminis*, deve ser desconsiderada no que tange ao supracitado instituto. Quanto à chamada *cogitatio*, ou cogitação, bem como quanto a sua não punibilidade, leciona Cezar Roberto Bittencourt:

São os atos internos que percorrem o labirinto da mente humana vencendo obstá-

6 Art. 14, §ú, do Decreto n° 847 de 1890. Acesso em 07.Abr.2019.

7 Art. 16, do Decreto n° 847 de 1890. Acesso em 07.Abr.2019.

8 Art. 14, §ú, do Decreto-Lei n° 1004 de 1969. Acesso em 07.Abr.2019.

culos e ultrapassando barreiras que porventura existam no espírito humano. Mas nesse momento puramente de elaboração do fato criminoso a lei penal não pode alcançá-lo e, se não houvesse outras razões, até pela dificuldade de produção de provas já estaria justificada a impunibilidade da *nuda cogitatio* (2010, p. 86).

Nesse diapasão, para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli “de todos os momentos do *iter criminis*, só quatro interessam-nos para o estudo da tentativa: a etapa preparatória, a etapa da tentativa, a da consumação e a do exaurimento” (2005, p. 14).

Conforme Eugênio Pacelli e André Callegari (2017) a etapa preparatória é configurada por atos externos ao agente, o qual supera a cogitação e passa a agir objetivamente, como quando adquire uma chave falsa para posterior furto. Na sequência, os supracitados autores lecionam que, via de regra, tais atos só são passíveis de punição quando transformados em tipos penais, como ocorre no delito de terrorismo.

Deste modo, conclui-se que, via de regra, são puníveis apenas os atos de tentativa, de consumação e de exaurimento. Em explicação, discorre Néelson Hungria:

Segundo a *teoria realística*, decididamente aceita pelo nosso Código, não é concebível o crime sem que haja uma atuação voluntária, acarretando, pelo menos, uma situação de perigo, uma probabilidade de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Enquanto não atinge esse *minimum* de atuação objetiva, a vontade criminosa, do ponto de vista jurídico-penal, *non est de hoc mundo*. Vá que seja resgatada com abluções de água benta, em penitência de confessorário; mas não provoca a reação penal, o exercício do *jus puniendi* por parte do Estado (1978, p. 75).

Os atos da etapa de tentativa, por sua vez, são definidos por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2005) como aqueles que se dão desde o começo da execução até o momento da consumação do delito.

Tarefa não tão simples é individualizar as etapas da consumação e do exaurimento, porquanto conforme Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2005), há ocasiões em que consumação e exaurimento não se dão de maneira simultânea, ocorrendo um interregno no qual o delito se encontra consumado, mas não exaurido, como no caso dos crimes continuados. Deste modo, a análise acerca das etapas da consumação e do exaurimento deve ser feita caso a caso, conforme o tipo penal correspondente.

Outro ponto de relevo no que se refere ao instituto da tentativa é o funda-

mento de puni-la, ou seja, as razões que levaram o legislador a classificar a tentativa de se praticar um delito como penalmente relevante. Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli “nosso código funda a punibilidade da tentativa na impressão que produz no Direito, por ser ameaçadora para o bem jurídico, o que já representa uma forma de ofendê-lo” (2005, p. 40). Em complemento, Cezar Roberto Bittencourt (2010) salienta que no que tange à tentativa, o Código Penal Brasileiro adotou a teoria objetiva, que fundamenta a punibilidade da tentativa no perigo ao qual o bem jurídico tutelado na norma penal incriminadora é exposto pelo agente.

De outro giro, cumpre salientar que a despeito de penalmente relevante, a tentativa geralmente não repercute na esfera penal em intensidade equivalente ao delito consumado, havendo diferenciação nas respectivas penas. Tal previsão encontra-se expressa no parágrafo único do art. 14 do Código Penal, para o qual a tentativa, salvo disposição em contrário, é punida com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. Em pertinente complemento, discorre a clássica doutrina de Néelson Hungria:

A tentativa é crime em si mesma, mas não constitui crime sui generis, com pena autônoma: é violação incompleta da mesma norma de que o crime consumado representa violação plena, e a sanção dessa norma, embora minorada, lhe é extensiva (1978, p. 78).

A jurisprudência⁹ tem estabelecido que o percentual de redução de pena nos casos da tentativa deve ser fixado com base na proximidade da consumação do delito, ou seja, do quanto se percorreu no *iter criminis*. Isto porque quanto mais próximo da consumação, maior a ameaça ao bem jurídico tutelado no tipo penal correspondente.

Assim, considerando-se que a tentativa é a violação incompleta da norma penal incriminadora, bem como que ela será punida com uma redução de um a dois terços em relação à pena do crime consumado, conclui-se que o patamar de redução deverá ser inversamente proporcional à proximidade da consumação do delito por parte do agente.

No entanto, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli ressaltam que:

Há casos em que a tentativa é punida com a mesma pena cominada ao crime consumado, vale dizer, sem a redução obrigatória consignada pelo parágrafo. Tal ocorre, v.g., no delito tipificado no art. 352 do CP - evadir-se ou tentar evadir-se

9 Por exemplo: Apelação nº 70079744645, TJ/RS. Acesso em 15. Abr. 2019.

(2005, p. 132).

Observa-se que o supracitado art. 352 do Código Penal, referente ao delito de evasão mediante violência contra a pessoa, comina a mesma pena ao delito tentado em relação ao consumado. Tal previsão encontra legitimidade na parte inicial do parágrafo único do art. 14 do Código Penal, que ao estabelecer a diminuição da pena aos delitos tentados resguarda a possibilidade de disposição legal em contrário.

Quanto às contravenções penais, leciona Cezar Roberto Bittencourt (2010) que, a despeito de teoricamente possível a ocorrência da tentativa, há disposição legal afastando tal possibilidade, qual seja o art. 4º da Lei de Contravenções Penais.

Portanto, de todo o exposto conclui-se que a tentativa é corolário de uma conduta dolosa que não atingiu o resultado típico por motivos desvinculados do querer do agente. É aí que reside a discussão a respeito do desvalor da conduta (que é o mesmo tanto nos crimes consumados quanto nos tentados) e o desvalor do resultado (o qual é maior nos crimes consumados), motivando a redução da pena. Entretanto, se a tentativa é uma modalidade de crimes dolosos, é fundamental discutir sua compatibilidade com o dolo eventual, no qual não há uma vontade diretamente voltada ao resultado previsto no tipo penal, senão que uma adesão a um resultado, tido como possível, ou provável, a partir da censurável indiferença por parte do agente.

2. O INSTITUTO DO DOLO EVENTUAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Atualmente é cediço que dolo e culpa, bem como as suas respectivas espécies, estão inseridos no tipo penal. No entanto, cumpre referir que para que se chegasse à supracitada conclusão foi necessária longa evolução dogmática naquilo que se denomina Teoria do Delito.

Registre-se que ao tempo do “causalismo”, os elementos subjetivos encontravam-se na culpabilidade, ou seja, alheios ao tipo penal. Cezar Roberto Bittencourt (2012) discorre que esse modelo apresentava um tipo objetivo-descritivo, uma antijuridicidade objetivo-normativa e uma culpabilidade subjetivo-descritiva, fragmentando o delito em dois aspectos, quais sejam o objetivo, consistente na tipicidade e na antijuridicidade, e o subjetivo, representado pela culpabilidade.

O posicionamento dos elementos subjetivos do delito na culpabilidade é

a residência das maiores críticas da doutrina moderna ao causalismo. Conforme Eugênio Pacelli e André Callegari:

A crítica feita a essa teoria reside no fato de ela considerar que o conteúdo da volição não deve ser analisado na ação, mas na culpabilidade. A falha da teoria causal da ação é que ela esvazia o conteúdo da vontade. A intenção dos causalistas é imputar todos os juízos objetivos à ação típica e antijurídica e todos os juízos subjetivos à culpabilidade, como se pudesse haver uma separação perfeita e peremptória entre o objetivo e o subjetivo (2017, p. 217-218).

Posteriormente ao causalismo, surge a teoria “neoclássica”, ou “neokantismo”, que segundo Bruno Seligman de Menezes (2014), passa a se preocupar majoritariamente com a conduta, em detrimento do resultado - o qual era a preocupação prioritária do causalismo -, conduta esta que passa a ostentar maior relevância sob o aspecto normativo.

Em arremate, Cezar Roberto Bitencourt refere:

(...) a teoria neoclássica do delito caracterizou-se pela reformulação do velho conceito de ação, nova atribuição à função do tipo, pela transformação material da antijuridicidade e redefinição da culpabilidade, sem alterar, contudo, o conceito de crime, como a ação típica, antijurídica e culpável (2012, p. 268).

Portanto, conclui-se que o neokantismo não trouxe grandes inovações no que tange à posição do dolo na estrutura do delito, mantendo-o na culpabilidade.

Finalmente, surge o “finalismo”, modelo desenvolvido por Hans Welzel e responsável por organizar a estrutura do delito como a conhecemos atualmente. Para Welzel:

A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A *finalidade*, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso - dita de forma gráfica - “vidente”, e a causalidade, “cega” (2001, p. 27).

Cezar Roberto Bitencourt (2012) leciona que a maior revolução dogmática produzida pelo finalismo foi a retirada dos elementos subjetivos da culpabilidade, deslocando o dolo e a culpa para o injusto, ou seja, para o tipo penal.

Não obstante, a doutrina finalista sofreu e segue sendo alvo de críticas decorrentes de sua alteração na estrutura do delito e de supostas consequências dessa inovação, as quais são assim respondidas por Welzel:

As tradicionais críticas à doutrina da ação finalista pela “subjetivização do injusto”, ou pelo “esvaziamento do conceito de culpabilidade”, são, por isso, completamente infundadas. Com a inclusão do dolo no tipo não se retira deste nenhum elemento *objetivo*, nem fica, portanto, sequer subjetivado; de outro lado, o objeto da reprovabilidade não fica reduzido, em absoluto, porque a atividade subjetiva do autor em relação ao fato é um elemento constitutivo da reprovabilidade (vide Capítulo 8, n. 8.1.1); com isso se destaca, porém, claramente todo o conteúdo objetivo e subjetivo da ação típica, assim como a essência e os elementos constitutivos da culpabilidade. Nos delitos *culposos*, a culpabilidade fica completamente livre de elementos estranhos, ao se incluir a infração do cuidado devido no tipo ao mesmo tempo, com o traslado do desvalor da ação, ficam constituídos o tipo e antijuricidade. O suposto “esvaziamento do conceito de culpabilidade” é, na realidade, sua *depuração* de elementos estranhos (2001, p. 92).

Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (2002) refere que a estrutura proposta pela teoria finalista define a culpabilidade como a reprovação ao ato de um indivíduo que pode saber o que faz (imputável), que sabe o que faz (possuidor de consciência da ilicitude) e que pode não fazer o que faz (exigibilidade de conduta diversa), quando comete o injusto.

Configurada a presença dos elementos subjetivos do delito no tipo penal, bem como explicada, ainda que de maneira sumária, a evolução dogmática que culminou no entendimento atual, passa-se à análise do dolo especificamente, sobretudo a modalidade do dolo eventual.

O dolo está previsto no art. 18, inciso I, para o qual o crime é doloso tanto quando o agente quis o resultado, hipótese de dolo direto, quanto quando o agente, conscientemente, aceita o risco de produzi-lo, sendo esta última hipótese referente aos casos de dolo eventual. Assim, para Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto, o dolo eventual se dá “quando o agente, conscientemente, admite e aceita o risco de produzir o resultado” (2016, p. 126).

Registre-se que o Código Penal vigente equiparou o dolo direto com o dolo eventual. Isto porque ao prever o risco de produzir o resultado e aceitá-lo, o agente tomou uma decisão contrária ao bem jurídico tutelado na norma penal incriminadora, demonstrando indiferença com o possível cometimento do delito, indiferença à qual o legislador optou por cominar maior reprovabilidade em

relação ao delito culposo.

Nesse diapasão, lecionam Eugênio Pacelli e André Callegari:

Não há diferenciação de pena conforme a espécie de dolo, ou seja, mesmo que o agente cometa o fato com dolo direto ou eventual, a pena será a mesma para o crime que cometeu. (...), Ou seja, havendo um crime de homicídio simples (art. 121, caput, CP), tanto se cometido com dolo direto como com eventual, a pena restará balizada pelos limites estabelecidos no tipo (6 a 20 anos) (2017, p. 276).

Ademais, mister trazer à baila exemplo prático de crime praticado com dolo eventual. Para Eugênio Pacelli e André Callegari:

É um exemplo de dolo eventual de homicídio (art. 121, CP) o caso em que o agente, ao efetuar um disparo de arma de fogo para cima com o intuito de produzir som, prevê que poderia acertar em alguém e, mesmo assim, acreditando ser realmente possível esse resultado final (não crendo na inocorrência) e, assumindo o risco, dispara a arma de fogo e mata outrem (2017, p. 275).

Pertinentemente, Juarez Tavares (2018) narra que dentre as teorias volitivas do dolo eventual, a única compatível com o ordenamento jurídico brasileiro é a teoria do consentimento, segundo a qual o sujeito que assume o risco de produzir o resultado acaba incorporando a produção do resultado em sua vontade, de modo que a assunção do risco é sinônimo de aceitação do resultado.

Diferentemente do que ocorre em nossa codificação penal pátria, no Direito alemão há ainda uma terceira categoria de dolo, mais precisamente uma segunda categoria de dolo direto. Naquele país, o dolo direto como conhecemos no Brasil é denominado dolo direto de primeiro grau, enquanto o chamado dolo direto de segundo grau, conforme Ingeborg Puppe (2004) é aquele em que o agente, ao atuar objetivando determinada consequência, age consciente de que determinado resultado típico diverso ocorrerá certamente, ou ao menos atua consciente de que há uma pequena probabilidade do resultado típico diverso não ocorrer.

Outrossim, é necessário diferenciar o dolo eventual da culpa consciente. Conforme Eugênio Pacelli e André Callegari (2017), a culpa consciente ocorre quando o resultado criminoso é previsto pelo agente, no entanto este acredita que não irá produzi-lo, pois confia profundamente em suas habilidades ou conhecimento. Deste modo, tanto no dolo eventual quanto na culpa consciente o agente conhece o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, mas apenas no primeiro há aceitação do possível cometimento do delito, ou seja, o sentimento de indiferença, fundamento da maior reprovabilidade do dolo

eventual em relação à culpa consciente.

Compactuando com os supracitados autores, Guilherme de Souza Nucci (2010) argumenta que um racha com vítimas fatais anteriormente era punido apenas como delito culposos, na modalidade da culpa consciente, mas atualmente há casos em que se considera o desprezo pela vida por parte do condutor do veículo, incidindo a modalidade do dolo eventual

Ainda nesse sentido, Carlos Martínez-Buján Pérez (2008) arremata que diferentemente dos casos culposos, no dolo eventual há uma decisão contrária ao bem jurídico que se dá quando da aceitação do possível resultado típico, o que configura um gravíssimo desprezo consciente ao bem jurídico tutelado na norma penal incriminadora.

Entretanto, essa distinção operada entre dolo eventual e culpa consciente no Direito Penal brasileiro, bem como a equiparação do primeiro com o dolo direto, é fortemente criticada por Juarez Tavares:

Tomando em consideração justamente o rigorismo da diferenciação entre efeitos diretamente vinculados à intenção do agente e os demais efeitos secundários, pode-se dizer que o dolo eventual, não importa a teoria que seja utilizada, constitui uma forma mais grave de culpa consciente e, assim, deveria ter sido tratado no Código Penal (2018, p. 299).

Assim, conclui-se que o dolo eventual possui uma série de semelhanças e diferenças em relação à culpa consciente. O mesmo panorama pode ser verificado quando se compara o dolo eventual com o dolo direto.

Conforme será exposto adiante, essas semelhanças e diferenças existentes entre as figuras do dolo eventual e da culpa consciente, bem como entre as figuras do dolo eventual e do dolo direto, serão fundamentais na análise quanto a possibilidade de compatibilizar o dolo eventual e a tentativa, servindo de sustentáculo para as duas correntes que tratam da temática.

3. A COMPATIBILIDADE ENTRE A TENTATIVA E O DOLO EVENTUAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Concluída a análise de ambos os institutos - dolo eventual e tentativa -, passa-se ao estudo da doutrina no que tange à existência, ou não, de compatibilidade entre os mesmos. Consoante Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto:

O dolo eventual - como modalidade de dolo indireto - configura-se quando o

agente, consciente, assume o risco de produzir o resultado e consente com a ocorrência do mesmo. Assim é que, não havendo o consentimento do resultado - mas apenas a assunção do risco -, caracteriza-se a culpa consciente. Desse modo, como a tentativa não é possível nos crimes culposos (não intencionais), tampouco nos crimes preterdolosos (ou preterintencionais), ela também não é possível nos crimes com dolo indireto. (2016, p. 112).

Ainda, para Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto, “se não há tentativa na contravenção porque ela constitui crime de perigo, não há que se falar, igualmente, em tentativa com dolo eventual, haja vista que neste encontra-se também o dolo de perigo” (2016, p. 112).

Igualmente, Eugênio Pacelli e André Callegari (2017) aduzem que só quem tem conhecimento e vontade de realizar os elementos do delito pode conceitualmente iniciar a sua realização, dirigindo sua vontade ao respectivo cometimento.

Em posicionamento oposto, há numerosa doutrina que consente com a possibilidade de enquadramento da tentativa em delitos cometidos com dolo eventual. Zaffaroni e Pierangeli afirmam que “na tentativa, o dolo eventual será admissível nos mesmos casos e circunstâncias que o for para o delito consumado” (2005, p. 41). Isto porque, consoante os autores:

Deve-se ter sempre em conta que o dolo da tentativa é o mesmo do crime consumado, ou, por outras palavras, é o mesmo querer da realização do tipo objetivo. (...) Trata-se de um delito incompleto, de uma tipicidade subjetiva completa, com um defeito na tipicidade objetiva (2005, p. 44).

Nesse desiderato, Guilherme de Souza Nucci (2010) também opina pela admissibilidade da coexistência entre dolo eventual e tentativa, a despeito da dificuldade de comprovação no caso concreto. Exemplificando, o supracitado autor aduz:

O sujeito que desfere, por exemplo, vários tiros em uma delegacia de polícia, para aterrorizar a vizinhança e os policiais, buscando fragmentar o poder estatal, não quer, de forma direta, matar este ou aquele agente policial - aliás, pode nem saber se há algum no plantão -, mas, sem dúvida, *assume* o risco de fazê-lo. A representação do resultado *morte* passa-lhe na mente, ainda que como resultado secundário, admitido no íntimo, ou mesmo ignorado, quando não deveria sê-lo, o que permite a configuração de uma tentativa de homicídio caso o bem jurídico *vida* tenha efetivamente corrido risco. Ingressou na esfera executória (os tiros configuram atos idôneos para matar), estando esta indubitavelmente no âmbito do seu conhecimento, o que é mais do que suficiente para a concretização de uma tentativa, desde que haja a interrupção da trajetória por intervenção exterior à sua

vontade (2010, p. 184).

Logicamente, essa divergência doutrinária gera reflexos na jurisprudência brasileira, de modo que nos tribunais a questão da compatibilidade entre os referidos institutos se encontra longe de restar pacificada.

Os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul demonstram em seus votos mais recentes o quão divididas são as opiniões quanto a compatibilidade, ou não, entre tentativa e dolo eventual, evidenciando a insegurança jurídica existente no tocante a esta temática.

Foram escolhidos julgados do TJ/RS, do STJ e do STF, utilizando-se como critério de seleção a atualidade dos mesmos, a completa pertinência temática e a eloquência dos votos contidos no corpo dos acórdãos.

Na Primeira Câmara Criminal do TJ/RS, os Desembargadores Honório Gonçalves da Silva Neto, Manuel José Martinez Lucas e Sylvio Baptista Neto têm entendido que o dolo eventual é incompatível com a tentativa, a qual só pode ser admitida na hipótese de dolo direto. Nesta Câmara, apenas o Desembargador Jayme Weingartner Neto tem argumentado que dolo eventual e tentativa são compatíveis, na esteira da jurisprudência do STJ¹⁰.

Entretanto, na Segunda Câmara Criminal do TJ/RS, somente o Desembargador Luiz Mello Guimarães tem julgado pela incompatibilidade entre dolo eventual e tentativa, argumentando que esta se vincula à vontade do agente, inexistente nos casos de dolo eventual, em que apenas se assume o risco de produzir o resultado. Em sentido oposto, os Desembargadores Joni Victoria Simões, José Antônio Cidade Pitrez e Rosaura Marques Borba entendem que o dolo eventual e a tentativa são compatíveis, pois o agente pratica o ato assumindo o risco de produzir o resultado típico e é possível que circunstâncias alheias à sua vontade impeçam a produção do mesmo¹¹.

Já na Terceira Câmara Criminal do TJ/RS, em que pese a escassez de julgados mais recentes sobre o tema em tela, na última oportunidade em que a compatibilidade entre dolo eventual e tentativa esteve em análise, os Desembargadores Diógenes Vicente Hassan Ribeiro e Sérgio Miguel Achutti Blattes argumentaram que dolo eventual e tentativa são compatíveis, na esteira dos entendimentos do STJ e do STF¹².

10 Por exemplo: RESE nº 70079333910, 70078676590 e 70079333449, TJ/RS. Acesso em 09. Jun. 2019.

11 Por exemplo: RESE nº 70079036190 e Apelação Crime nº 70075462622, TJ/RS. Acesso em 09. Jun. 2019.

12 Por exemplo: RESE nº 70073776692, TJ/RS. Acesso em 09. Jun. 2019.

Portanto, percebe-se que a depender da Câmara Criminal em que eventual recurso for distribuído no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a mesma situação fática poderá ser tratada de maneira oposta.

Em resposta, tanto o Superior Tribunal de Justiça¹³, quanto o Supremo Tribunal Federal¹⁴, responsáveis pela uniformização da jurisprudência brasileira, têm fixado entendimento pela compatibilidade entre os institutos em estudo. Isso porque o Código Penal equiparou ambas as espécies de dolo, sendo, conforme as referidas cortes, indiferente para fins de tentativa se o delito estava sendo praticado por agente imbuído de dolo eventual ou direto.

Outrossim, nos casos de crimes dolosos contra a vida, o STJ tem argumentado que o juiz natural da causa é o Tribunal do Júri, devendo a ele se submetido o enfrentamento acerca da compatibilidade entre dolo eventual e tentativa, pois até o momento da decisão de pronúncia impera o princípio do *in dubio pro societate*¹⁵.

No entanto, não parece ser adequado remeter ao jurado leigo a última palavra acerca de questão tão controversa entre especialistas, haja vista as supracitadas divergências existentes tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Da análise de ambos os posicionamentos, pode-se facilmente perceber um aspecto cuja importância tem sido subestimada pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Conforme já se antecipou no final do capítulo anterior, boa parte dos argumentos tendentes a afastar a possibilidade de se compatibilizar a tentativa com o dolo eventual estão vinculados com as semelhanças entre o elemento subjetivo em estudo e a culpa consciente. Igualmente, importa referir que boa parte dos argumentos contrários, ou seja, que almejam estabelecer a compatibilidade entre dolo eventual e tentativa, levam em conta as suas semelhanças com o dolo direto, sobretudo a equiparação realizada pelo legislador entre as supracitadas modalidades de dolo.

Assim, e talvez seja este o motivo da questão em tela ainda não ter sido pacificada, percebe-se que ambas as correntes possuem uma certa parcela de razão em suas explanações, merecendo parcial procedência.

Observe-se o caso do motorista que, além de embriagado, dirige em velocidade muito acima da permitida e acaba perdendo o controle do seu veículo, vindo a colidir com outro automóvel, cujos passageiros se lesionam gravemente,

13 Por exemplo: RESP nº 1.486.745-SP e 1.668.615-RS, STJ. Acesso em 25. Nov. 2018.

14 Por exemplo: HC nº 114.223-SP, STF. Acesso em 25. Nov. 2018.

15 Por exemplo: AGINT no RESP 166815-RS, STJ. Acesso em 09. Jun. 2019.

mas sobrevivem após eficaz atendimento médico. É provável que caso houvesse o resultado morte, restaria o agente denunciado e condenado por dolo eventual quanto ao delito de homicídio, pois presentes fortes indícios de que assumiu o risco de causar um acidente e matar alguém. No entanto, se mostra difícil sustentar uma imputação pelo delito de tentativa de homicídio, porque o dolo eventual do agente no caso supracitado encontra-se separado da culpa consciente por uma linha tênue.

Registre-se que a Lei. nº 13.546, de 2017, ao acrescentar o § 3º no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, transformou a embriaguez ao volante em hipótese qualificadora do delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, claramente impedindo a imediata vinculação do delito de homicídio, quando cometido nesta circunstância, com o dolo eventual. No entanto, quando além de embriagado, o agente ainda dirige em alta velocidade, ou seja, quando consciente de que seus reflexos estão prejudicados pela embriaguez, o motorista ainda dirige em velocidade que lhe dificulta o controle do veículo, mostra-se provável que ele assumiu o risco de produzir o resultado típico, sendo, em tese, possível a vinculação deste delito, nestas circunstâncias, com o dolo eventual.

Nesse sentido, conclui-se que no caso narrado, o que separa o dolo eventual presente na conduta do agente da culpa consciente é apenas a direção em alta velocidade. Assim, têm-se que nesta hipótese, há incompatibilidade entre dolo eventual e tentativa, pois o elemento subjetivo do agente está situado mais próximo da fronteira com a culpa consciente do que da fronteira com o dolo direto.

Agora, considere-se o exemplo da mulher que, irredimida com o pedido de divórcio efetuado pelo marido, se dirige fora do horário de expediente ao escritório do mesmo e, ciente de que as reuniões semanais entre os sócios ocorrem em dias aleatórios, mas sempre naquele horário, atea fogo no local com o dolo direto de causar dano patrimonial ao marido. Considere-se ainda que a mulher não deseja diretamente matar o marido e os sócios dele, mas está tão furiosa que ao incendiar o local mostra-se indiferente e, portanto, assume o risco de matar todos aqueles que eventualmente estejam presentes. Conclui-se ser possível afirmar que a mulher age com dolo eventual quanto aos delitos de homicídio que venha a consumir.

De outro giro, considere-se ainda que todos os presentes escapem do evento com lesões leves, pois um caminhão dos bombeiros passava pelo local, logrando retirar as vítimas do prédio pouco antes do fogo tomar conta do local. É possível, em tese, que no caso narrado a autora responda pelas tentativas de ho-

micídio com dolo eventual. Isso porque o dolo eventual da agente no caso acima é separado do dolo direto, ainda que de 2º grau, por uma linha tênue.

Portanto, a análise acerca da compatibilidade entre tentativa e dolo eventual deve ser efetuada casuisticamente, adotando-se como critério a proximidade do dolo eventual do agente no caso concreto com os elementos subjetivos vizinhos, quais sejam a culpa consciente e o dolo direto.

Cumpra referir que o critério da proximidade do dolo eventual com o elemento subjetivo vizinho não é dogmático como as soluções propostas pelas duas correntes sobre o tema, para as quais resta irreduzível a afirmação quanto a compatibilidade, ou incompatibilidade, entre dolo eventual e tentativa. O supracitado critério é político-criminal e orienta a análise casuística dessa “(in) compatibilidade” por parte do Magistrado no caso concreto.

Assim, quando o dolo eventual estiver mais próximo da fronteira com a culpa consciente, será forçoso concluir pela sua incompatibilidade com a tentativa. Igualmente, quando o dolo eventual estiver mais próximo da fronteira com dolo direto, deverá o Magistrado concluir pela sua compatibilidade com a tentativa.

Quanto à política-criminal, esclarece Claus Roxin:

La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica. Un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como con el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de la constitucionalidad socioestatal (2002, p. 49).

Pertinente é o complemento proferido por Bruno Seligman de Menezes:

Claus Roxin conjuga o pensamento dedutivo, a partir da emissão de juízos valorativos político-criminais, conjuntamente com o indutivo, por meio da composição de grupos de casos, buscando unificar ideias de segurança jurídica e justiça, inerentes à melhor noção de direito, mas que muitas vezes caminham em descompasso (2014, p. 38).

No entanto, as decisões judiciais quanto à compatibilidade ou incompatibilidade entre dolo eventual e tentativa nos casos concretos devem evidenciar as circunstâncias fáticas que levaram o Magistrado a concluir que o dolo eventual do agente estava mais próximo da fronteira com este ou aquele elemento subjetivo vizinho.

Deste modo, dificulta-se a arbitrariedade judicial, haja vista que as circunstâncias fáticas elencadas pelo Juiz como indicativos de proximidade com algum dos elementos subjetivos vizinhos poderão ser padronizadas pelos tribunais superiores, bem como pela doutrina, rompendo com décadas de incertezas quanto ao tema em tela e com as decorrentes insegurança jurídica e ausência de isonomia nos julgados.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi desenvolvido a partir da análise dos institutos da tentativa e do dolo eventual, conforme dispostos pela codificação penal brasileira e interpretados pela doutrina.

Em um primeiro momento investigou-se a evolução da tentativa nos Códigos Penais que vigoram em nosso país desde o Império, em 1830. Após superada essa retrospectiva histórica, focou-se na análise da tentativa conforme o atual Código Penal, nos fundamentos de sua punibilidade e na sua relação com o *iter criminis*.

Na sequência, o presente estudo se voltou à análise do dolo eventual, partindo-se da evolução do posicionamento do elemento subjetivo na estrutura do delito, que no causalismo era incorporado à culpabilidade, o que foi mantido pelo neokantismo, porém fortemente modificado pelo finalismo, que transportou o elemento subjetivo para o tipo penal. Após, estudou-se o dolo e suas espécies, conforme o Código Penal em vigor e a doutrina brasileira, assim como as diferenças entre o dolo eventual e o dolo direto. Ainda, abordou-se o instituto da culpa consciente, em comparação com o dolo eventual, apontando-se as diferenças entre ambos os institutos, conforme o entendimento doutrinário pátrio.

Ao cabo, analisou-se as duas correntes doutrinárias existentes quanto à compatibilidade entre tentativa e dolo eventual, uma favorável à possibilidade de se compatibilizar os dois institutos, outra contrária à esta possibilidade. Também se investigou os efeitos dessa divergência doutrinária nos julgados dos tribunais brasileiros, do que decorre enorme insegurança jurídica, sendo o presente estudo fundamental para a superação do presente contexto.

É decorrência lógica o fato de que se a doutrina está há décadas dividida entre duas correntes, uma a favor e outra contra a compatibilidade entre dolo eventual e tentativa, tal dicotomia também reverbera na jurisprudência, o que ficou evidenciado pela análise dos julgados efetuada no presente estudo.

Enquanto uma corrente fundamenta a compatibilidade entre tentativa e dolo eventual na proximidade deste com o dolo direto, bem como na equiparação efetuada pelo Código Penal entre ambas as espécies, a corrente dissonante fundamenta a incompatibilidade entre tentativa e dolo eventual na proximidade deste com a culpa consciente, sendo certo que a tentativa é absolutamente incompatível com o elemento subjetivo culpa, independentemente da espécie.

De posse das informações compiladas ao longo do estudo, buscou-se solucionar a questão da compatibilidade entre dolo eventual e tentativa dando parcial procedência para ambas as correntes, naquilo que cada uma possui de melhor em seus fundamentos.

É evidente que se nenhuma das correntes restou pacificada após décadas de divergências, nenhuma delas está absolutamente correta. Por outro lado, pode-se igualmente afirmar que nenhuma das duas correntes está absolutamente equivocada.

Assim, se a compatibilidade entre dolo eventual e tentativa está amparada na maior proximidade do dolo eventual com o dolo direto, e se a incompatibilidade entre dolo eventual e tentativa está assentada na maior proximidade do dolo eventual com a culpa consciente, vislumbra-se no cerne da lide entre as duas correntes uma maneira transigente de superá-las. Isso porque a assunção do risco de cometer um delito, bem como a indiferença para com o resultado típico não se dá com a mesma intensidade em todos os casos.

Em suma, conclui-se que a análise da compatibilidade, ou não, entre dolo eventual e tentativa, deverá se dar não mais a partir de dogmas incorporados *a priori* pelo julgador, mas a partir de uma análise caso a caso orientada por critérios político-criminais, conforme a maneira como o dolo eventual restar demonstrado no plano concreto.

Assim, surge como solução o critério da maior proximidade com o elemento subjetivo vizinho, através do qual poderá ser conferida maior isonomia entre os julgados e segurança jurídica entre os jurisdicionados, sobretudo com a edição de súmulas pelos Tribunais de uniformização jurisprudencial, indicando quais hipóteses fáticas em abstrato são indicadoras de um dolo eventual mais próximo de um dolo direto ou de uma culpa consciente.

Portanto, caso o dolo eventual na situação em julgamento se verificar separado da culpa consciente por uma linha tênue, deverá ser reconhecida a sua incompatibilidade com o instituto da tentativa. Do mesmo modo, se o dolo

eventual em concreto se demonstrar segregado do dolo direto por uma linha tênue, inegável será a sua compatibilidade com a tentativa.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Do crime consumado e do crime tentado. In: FRANCO., Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas Essenciais**: Direito Penal - Parte Geral I. Vol. II. 2010. p. 83-101.

BRASIL. **Código Criminal do Império**, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2019.

_____. **Código de Trânsito Brasileiro**, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

_____. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2019.

_____. **Código Penal**, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2019.

_____. **Código Penal**, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1004.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.668.615/RS. Rel. Ministro Felix Fischer. 06 de fevereiro de 2018, Brasília, DF. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.486.745/SP. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. 05 de abril de 2018, Brasília, DF. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.668.615/RS. Rel. Ministro Felix Fischer. 30 de novembro de 2017, Brasília, DF. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 144.223/SP. Rel. Ministro Teori Zavascki. 27 de outubro de 2015, Brasília, DF. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70078676590. Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, 12 de dezembro de 2018, Porto Alegre, RS. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70079036190. Rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, 25 de outubro de 2018, Porto Alegre, RS. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70075462622. Rel. Des. Joni Victoria Simões, 16 de maio de 2019, Porto Alegre, RS. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jun. 2019. _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 70079333449. Rel. Des. Honório Gonçalves da Silva Neto, 19 de dezembro de 2018, Porto Alegre, RS. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70079744645. Rel. Des. Cristina Pereira Gonzales, 10 de abril de 2019, Porto Alegre, RS. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 70079333910. Rel.

Des. Honório Gonçalves da Silva Neto, 14 de novembro de 2018, Porto Alegre, RS. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 70073776692. Rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 28 de fevereiro de 2018, Porto Alegre, RS. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jun. 2019.

BUSATO, Paulo César; PÉREZ, Carlos Martínez-Buján; PITA, María del Mar Díaz. **Modernas Tendências sobre o Dolo em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: Volume 1, Tomo 2. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MENEZES, Bruno Seligman. **Direito Penal Médico**: Crimes Culposos em Práticas Consentidas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PUPPE, Ingeborg. **A Distinção entre Dolo e Culpa**. Trad. Luís Grecco. Barueri, SP: Manole, 2004.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2002.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da Teoria do Delito**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**: Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**: Doutrina e Jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

A EXPANSÃO DO SISTEMA CRIMINAL: DO MEDO AO ESPETÁCULO

Paulo Thiago Fernandes Dias¹

Sara Alacoque Guerra Zaghout²

Tiago Lorenzini Cunha³

Resumo: Trata-se de trabalho científico dedicado ao estudo do expansionismo do Sistema Penal no Brasil, com destaque para a atuação da grande mídia, principalmente no que tange à exploração do sentimento de medo coletivo da população e, num segundo momento, na exploração sensacionalista e espetacularizada de atos processuais penais, especialmente os relacionados à prisão de pessoas apontadas como autoras de infrações penais. A pesquisa, portanto, dentre outros referenciais teóricos, baseia-se nos estudos desenvolvidos por pensadores como Jesús-Maria Silva Sánchez, Noam Chomsky, Pierre Bourdieu e Rubens Casara. Em investigação qualitativa e mediante revisão bibliográfica, pretende-se demonstrar como o histórico consumo de violência pela sociedade contribui para a expansão do Sistema Penal.

Palavras-chave: Expansão do Sistema Penal, Medo, Mídia, Espetáculo, Violência.

-
- 1 Doutorando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor, em nível de graduação, de Direito Penal na UNICEUMA/ITZ e de Direito Processual Penal na Faculdade UNISULMA-IESMA. Advogado. Membro do IBCCRIM. Lattes: lattes.cnpq.br/424735323466382. Email: paulothiagofernandes@hotmail.com
 - 2 Doutoranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Mestra em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Direito pela Faculdade de Imperatriz. Advogada. E-mail: sah.alacoque@hotmail.com
 - 3 Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS na linha de violência e segurança pública. Atualmente bolsista CAPES-PRINT e estudante de pesquisa associado ao Departamento de Direito da Universidade de Queen Mary de Londres. Membro da diretoria executiva do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduado no curso de especialização em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela UFRGS. Graduado em Direito pela PUCRS. Advogado criminalista. Lattes: lattes.cnpq.br/1150674172857468. E-mail: tiagolorenzini@hotmail.com

Abstract: This is a scientific work dedicated to the study of the expansionism regarding the Penal System in Brazil, with emphasis on the role of the mainstream media, especially in relation to the exploitation of the feeling of collective fear of the society and, in a second moment, focusing also manufactured and spectacular exploitation of criminal procedural acts, especially those related to the imprisonment of people accused of committing criminal offences. The research, therefore, among other theoretical references, is based on studies developed by thinkers such as Jesús-Maria Silva Sánchez, Noam Chomsky, Pierre Bourdieu and Rubens Casara. As a qualitative research through a literature review, this research aim to demonstrate how the historical consumption of violence by society result in the expansion of the Penal System.

Keywords: Expansion of the Penal System, Fear, Media, Spectacle, Violence.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o tema da expansão do sistema criminal (*lato sensu* e no Brasil) tem sido resultado de uma constante pressão popular presente no imaginário coletivo social, no sentido de demandar dos aparelhos institucionais do Estado e de outras agências de controle como no caso da política, a tarefa da administração da justiça criminal como sendo uma espécie de gestão racional de riscos e de expectativas sociais, implementados por meio de uma lógica eficientista, punitivista⁴ e político-criminal pelo Direito Penal moderno. Não obstante, várias são as instituições sociais envolvidas nesse processo de reinterpretação da lógica constitutiva do Estado moderno (a lei ou o Direito) e o quanto essa linguagem poderia ou não ser flexibilizada em prol de interesses que existem – ao menos teoricamente – fora das zonas normativas e dogmáticas do sistema jurídico positivo.

Mais ainda, desde o Estado até a religião e a política, um longo rol de agências regulatórias fiscaliza os limites do que é permitido e/ou proibido de ser realizado em relação ao sistema de justiça criminal. Isso porque, enquanto os agentes estatais (juízes, promotores, políticos, etc.) procuram assegurar a es-

4 DA SILVA SANTOS, José Carlos. Punitivismo: “Valeu a pena?” Não, não valeu nem vale para ninguém! Justificando, 29 abril, 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/04/29/punitivismo-valeu-a-pena-nao-nao-valeu-nem-vale-para-ninguem/>>. Acesso em: 30 de novembro, 2019; INTERNET. 57% dos brasileiros são favoráveis à pena de morte, diz pesquisa. Veja, 8 jan. 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/57-dos-brasileiros-sao-favoraveis-a-pena-de-morte-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 27 de novembro, 2019.

estratégia simbólica do “interesse no desinteresse”, isto é, disseminar uma certa representação visual de que suas ações e seus pensamentos estão sempre à serviço da estrutura normativa e jurídica do Estado moderno e da sociedade, do ponto de vista do “universal” ou “espaço público”.⁵ Em verdade, o que eles escondem é algo drasticamente diferente dessa realidade, pois buscam ocultar o fato de que eles não estão, a todo momento, jogando o jogo linguístico e retórico das outras instâncias sociais.

Dessa forma, os limites entre a proteção ou letigimação da racionalidade jurídico-penal e a sua expansão ou enfraquecimento teórico nada mais é do que um véu frágil e fictício daquilo que realmente acontece dentro e fora do sistema de justiça. De forma exemplificada é importante lembrarmos a recorrente possibilidade de que tanto o magistrado pode, a qualquer hora, facilmente adotar a postura e o comportamento do político, como também o político pode, a qualquer hora, tomar as togas do poder judiciário para estabelecer e diferenciar o justo do injusto perante a sociedade.

Em outros termos, por mais que o iluminismo penal do século XVIII quisesse afirmar que a racionalidade jurídico-utilitária seria suficiente para impedir que as fronteiras entre a política e o judiciário fossem borradas entre si,⁶ a velocidade do mundo social possui comportamentos e mentalidades (dinâmicas culturais) que dificilmente conseguem ser perfeitamente espelhadas pelo mundo ou espaço jurídico.⁷ De fato é quase impossível escaparmos do entrelaçamento das diversas organizações sociais (a política e o Estado, o trabalho e o casamento, o público e o privado, etc.), uma vez que todo “campo” social é um lugar onde se mede ou se disputa forças, interesses, vantagens, entre outros.⁸

Em contrapartida, de que forma esses agentes estatais conseguem converter a linguagem do Estado moderno (a lei) em uma ferramenta espetacular e espetaculizada de um combate à criminalidade a qualquer preço ou sem limite (do conhecimento)? Em outros termos, como eles têm sido tão bem-sucedidos no empreendimento neoliberal de esconder a expansão do sistema criminal e seus

5 BOURDIEU, Pierre. **On the State**: Lectures at the Collège de France, 1989-1992. Editores: Patrick Champagne et al., e tradução de David Fernbach. Cambridge: Polity Press, 2014, p. 3-6.

6 Para Beccaria, tendo em vista que noções obscuras como virtude, honra e espírito da lei eram geralmente utilizadas pelos magistrados para estabelecerem critérios de julgamentos diferenciados entre a nobreza e o resto da sociedade, a racionalidade jurídico-utilitária era o que permitiria, entre outros objetivos, que somente o legislador e não o juiz tivesse o poder de “interpretar as leis” de uma nação. Mais detalhes em: BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32 e ss.; 39.

7 DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: EDIPRO, 2016, p. 71 e ss.

8 BOURDIEU, Pierre. **Questões de Sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero Limitada, 1983, p. 89 e ss.

interesses privados e nada “públicos”, como sendo essas disposições particulares also semelhante ou igual ao interesse geral da maioria social?

Para além desses questionamentos e diretrizes iniciais, nosso trabalho tem por objetivo principal demonstrar que o “medo do crime” foi – e continua sendo – uma das estratégias institucionais e modernas mais rentáveis para os agentes públicos, a fim de ocultar tanto a expansão do sistema criminal quanto convertê-lo em um mecanismo espetacular do espetáculo. Do ponto de vista histórico, enquanto que o cumprimento da lei⁹ e a sua imposição perante todos sem distinção entre posições e escalas sociais faria com que os futuros “criminosos” tivessem medo da punição estatal,¹⁰ na atualidade o medo do crime não precisa nem sequer ser mais justificado “juridicamente” pelos funcionários institucionais, cenário esse que inaugura uma nova fase do Direito penal moderno: *não é a eficácia das leis que garantem o medo do crime (ação) e do criminoso (outro), mas é o medo do crime que garante a sua própria eficácia espetacularizada.*

Nessa perspectiva, termos como espetáculo, risco, velocidade e neoliberalismo não somente trouxeram novas dinâmicas complexas para o Direito e o Estado moderno, mas também são elas capazes de promover uma série de múltiplas interpretações culturais em virtude de seus possíveis significados simbólicos e que nem sempre podem com uma ou outra classificação expressar o quadro de reflexões sobre as flutuações contemporâneas da linguagem jurídica da modernidade através dos agentes públicos. Dito de outro modo é primordial percebermos que o espetáculo do crime não se apresenta apenas como um aglomerado de imagens que são transmitidas pelos mais diversos veículos de comunicação diariamente, ao passo no qual estaríamos meramente acostumados ou obesossecados pelo consumo da realidade do crime, em sua versão digitalizada (virtual ou fictícia). Pelo contrário, acima de tudo, como adverte Debord,¹¹ o “espetáculo” é mais do que mero conjunto de imagens, mas sim uma “relação social entre pessoas intermediada por imagens”.

De maneira geral, talvez pudéssemos afirmar que a união de nossa sociedade atual – ou sua fé unitária – não se materializa mais por meio da crença na lei, enquanto “racionalidade estatal”¹² da modernidade, porém por intermédio

9 WEBER, Max. **Sociologia das religiões**. Tradução de Cláudio J. A. Rodrigues. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2010, p. 61 e ss.

10 BECCARIA, op. cit., p. 128 e ss.

11 DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 2 ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017, p. 38 e ss.

12 WEBER, Max. **Sociologia das religiões**. Tradução de Cláudio J. A. Rodrigues. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2010, p. 61 e ss.

do entendimento de que todos se reúnem agora para temer o crime ao custo das margens da lei, fato esse que garante que o crime não existe para ser controlado racionalmente pelas instituições, mas para ser consumido enquanto mercadoria. Nesse sentido, a racionalidade jurídica e iluminista do século XVIII, isto é, o próprio Direito Penal moderno passa a ser uma mera ferramenta expansionista do direito popular de temer o crime, enquanto uma relação social entre pessoas (espetáculo).

Por esse motivo é que precisamos lançar visibilidade ou foco sobre o que está para além do sistema de justiça criminal e sua dogmática jurídica, no sentido de termos condições de analisar de fora para dentro e não de dentro para fora. Enquanto que a crítica oferecida pelo dogmático inserido e que revisa somente as premissas e o funcionamento do sistema nada mais faz do que repetir a lógica jurídica que legitima a si e ao sistema ao qual representa, o verdadeiro criminólogo crítico – e não meramente o crítico criminológico em que o crítico existe enquanto simples processo de adjetificação – procurará sair, simbolicamente, do sistema e de suas tradicionais visões (jurídica, nesse caso), a fim de pesquisar novas formas de compreensão tanto sobre aquilo que todos pensam quanto sobre aquelas coisas que outros esqueceram propositalmente de pensar.

Finalmente, ao utilizarmos o método de revisão bibliográfica, nossa missão deve ser, em alguma medida, mais do que a simples intenção de catalogar autores e teorias interdisciplinares e menos do que a própria repetição da linguagem jurídica de dogmáticos do Direito Penal. Desse modo, no primeiro e único item de nosso trabalho, intitulado *O medo do crime como uma fábrica racional de relações sociais (espetáculos)?*, abordaremos o caráter contraditório do medo do crime e do criminoso (o outro e a sua ação) e de suas causas; a concepção de homem moderno adotada pelo Iluminismo penal do século XVIII e sua realidade espetaculizada do mundo social; e, finalmente, de que forma a fábrica racional do medo da criminalidade e do desviante justifica a sua própria eficácia espetaculista e não a lei penal moderna.

2 O MEDO DO CRIME COMO UMA FÁBRICA RACIONAL DE RELAÇÕES SOCIAIS (ESPETÁCULOS)?

Começemos nossas reflexões pela investigação acerca da natureza ambivalente do medo do crime e do criminoso (ação e sujeito, respectivamente) e os efeitos político-criminais dessa cruzada espetaculizada promotiva pelas agências de controle. Isso porque é importante clarificarmos as razões pelas quais, em

especial, esse modelo ideal humano tanto moderno quanto iluminista do século XVIII não se transformou nos dias atuais – ou melhor ainda, do dia para a noite – em uma ferramenta expansionista, punitivista e espetacular do espetáculo, mas sim que ele sempre foi resultado de uma crença jurídico-filosófica que, de qualquer sorte, não fabricaria os resultados esperados pelos filósofos penalistas da realidade europeia da chamada Idade das luzes.

Longe disso, como tem criticado a Criminologia Cultural nos últimos anos, as teorias institucionais e institucionalizadas de controle e de preservação do crime, defendidas pela Criminologia e pela dogmática penal tradicional, trouxeram como resultado o inverso daquilo que desejavam combater, o seu lado oposto.¹³ Assim, o controle gerou ainda mais descontrole, a racionalidade gerou ainda mais irracionalidade, a tentativa de diminuição das taxas de criminalidade no ocidente gerou o aumento exponencial de seu inverso, a civilidade ideal gerou ainda mais barbárie pública dentro e fora do sistema criminal, entre outras transformações e consequências simbólicas.

Em outras palavras, o projeto moderno de fabricar mentes e corpos racionais ou, ainda, homens pensantes e atuantes conforme uma racionalidade econômica de custo e benefício (*homo economicus*) buscou somente legitimar uma dinâmica cultural fantasiosa, na qual o temor das penas traria ao homem racional não só felicidade, mas também preveniria os futuros delitos. Além disso, não sendo “racional” que um homem decida infringir as leis de uma nação e o pacto social entre homens livres, sacrificando a liberdade/felicidade de todos em nome da sua própria liberdade, a obediência à lógica abstrata do Estado moderno (as leis ou o Direito) impediria a anarquia social.¹⁴

Por outro lado, o que exemplifica o caráter duvidoso e paradoxal da crença sonhadora nesse modelo jurídico-filosófico é que todo e qualquer ser humano não só deseja, mas sempre irá querer pensar e agir, de forma racional-utilitária. Em verdade, uma vida guiada exclusivamente pela racionalidade ou pela confiança nas regras jurídicas nada mais passa de um sonho que possui no espetáculo o seu fundamento imaginário.

Como lembra Hayward, ao buscarem controlar o comportamento huma-

13 Acerca desse entendimento, ver: FERRELL, J.; SANDERS, C. R. Toward a Cultural Criminology. In: FERRELL, J.; SANDERS, C. R. (eds.). **Cultural Criminology**. Boston, MA: Northeastern University Press, 1995, p. 304 e ss.; FERRELL, J.; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. **Cultural Criminology: an invitation**. London: SAGE, 2008, p. 53; 60; 63 e ss.; PRESDEE, Mike. **Cultural Criminology and the Carnival of Crime**. London: Routledge, 2000, p. 158 e ss.

14 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23 e ss.; 30-31.

no por meio da correção jurídico-criminal, os filósofos penais clássicos do XVIII deixaram de lado a tarefa de compreender a complexidade humana para além da realidade retratada pelos “instrumentos da modernidade” (racionalidade, abstração, neutralidade, etc.).¹⁵ Como consequência desse quadro, a sociedade poderia ser apenas dividida entre o sujeito racional e o irracional, aquele violador ou outro obediente às leis de uma nação ou, finalmente, aquele que sucumbe ao reino particular de suas emoções e outro que as suprime ao adotar uma visão racional do mundo.

Em contrapartida é preciso questionarmos, em meio ao plano real e não meramente ideal, qual sujeito seria capaz de guiar a totalidade de sua vida cotidiana somente com base em decisões racionais, não-utilitárias ou não-emotivas? Assim, não é a simples eficácia ou não das leis de um dado território que faz com que o crime seja prevenido em direção ao futuro, na medida em que temer mais ou menos o crime e/ou o criminoso (sua ação e o outro) ou, mesmo, punindo-o com mais ou menos rigor estatal, não revela por si só a fragilidade e a fraqueza dessa concepção. É o contrário, a eficácia especularizada do medo do crime está inserida num contexto em que, independente ou não da obediência humana as leis nacionais, o próprio modelo de humano que ela depende é irreal.

Diante disso, apesar de reivindicarmos por meio da imaginação popular a edição de leis e de penas cada vez mais severas, o que os iluministas penais do XVIII não imaginavam, no entanto, é que todo o seu projeto traria, como efeito máximo e especularista: a “claustrofobia” institucional, a vontade de fugirmos da “hiperbanalização de nossas vidas diárias”,¹⁶ o “sufocamento da alma” do homem moderno;¹⁷ e não controle das taxas de criminalidade ou da anarquia popular. Mais ainda, como explica Presdee, esse modelo de “modernidade” é a “forma mais racional da irracionalidade” humana, uma vez que o ato de viver em si é substituído pelos resultados que uma vida racional consegue nos trazer. Em certo sentido, estamos presos a “armadilhas” imaginárias que nos dizem quando e como devemos viver nossas existências, pois a espontaneidade é convertida em uma forma planejada da experiência.¹⁸

Na contemporaneidade, a fábrica racional do medo do crime e do criminoso (outro) alimenta o seu próprio espetáculo social, uma vez que não sonha-

15 HAYWARD, Keith. ‘Situational crime prevention and its discontents: rational choice theory versus the “culture of now”’. *Social Policy and Administration*. Vol. 41, n. 3, pp. 232-250, June 2007, p. 233 e ss.

16 HAYWARD, Keith. *City limits: crime, consumer culture and the urban experience*. London: Cavendish, 2004, p. 152-154.

17 PRESDEE, Mike. *Cultural Criminology and the Carnival of Crime*. London: Routledge, 2000, p. 159.

18 *Ibidem*, p. 159-160.

mos em alcançar a crença nas leis jurídicas de proteção ou de controle de nossa nação. Tal temor contra o estilo cultural de vida do “outro” (desviante criminal) representa agora um espetáculo específico, pois o medo não é mero sentimento ou emoção, mas um modelo de relacionamento em sociedade. Isso porque, dado o poder da “imagem do crime” na velocidade digital e física de nossas relações atuais, não podemos esquecer que a tentativa de nos auto-representarmos por meio de imagens passa a ser agora mais interessante do que somente visualizá-las.¹⁹

Ao contrário da fábrica de homens racionais e econômicos (custo-benefício) do iluminismo, nossa real situação é aquela da difícil definição moderna do humano, devido as tensões culturais dessa modernidade frágil e em constante declínio epistemológico (conteúdo) e metodológico (forma de implementá-lo). Segundo Young, em todas as direções que olhamos somos atravessados por uma certa dose de “melancolia” da modernidade, isto é, uma espécie de sensação de incoerência, individual e social, sentida pelos indivíduos que não mais conseguem encontrar fronteiras seguras, em um tempo de “vertigem” ou de contínua transformação e mudanças. Nesse prisma interpretativo, as “fronteiras normativas” se veem afrouxadas no tempo e no lugar, motivo pelo qual os sujeitos da modernidade procuram por narrativas próprias, dissociadas daquelas emanadas pelas políticas de controle das instituições sociais (Estado, família, trabalho, etc.).²⁰

Contudo, a velocidade jurídica da fábrica racional de corpos e mentes do século XVIII não é a igual a velocidade do mundo “globalizado” e “unificado” de tempo presente. Para além dessa transposição das fronteiras normativas e que informam ou estruturam a ordem social cotidiana (ou o chamado de “não lugar da velocidade”),²¹ percebemos também a velocidade do tempo moderno como um não-tempo (invisível) de permanente violência e alienação dos corpos. Em outros termos, exercitamos agora nosso consumo pelas máquinas (aparelhos audiovisuais) andando cada vez mais rápido, a fim de que possam acompanhá-las, no sentido de alimentar os motores desses engenhos com nosso tempo de existência (vida), em vez de combustível técnico-científico ou tecnológico.

Ademais, a sociedade moderna, como afirma Virilio, não se divide em clas-

19 HAYWARD, Keith. Focando as lentes: Criminologia Cultural e a Imagem. Tradução de Álvaro Oxley Rocha e Tiago Lorenzini Cunha. *Revista de Direito da Cidade*. Vol. 11, n. 1, pp. 550-580, 2019, p. 553.

20 YOUNG, Jock. *The vertigo of late modernity*. London: SAGE, 2007, p. 2-3; 6; 31-32. Sobre essa a essa fluidez, liquidez e “desregulamentada” modernidade, ver BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 113.

21 VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 20-21; 52-53.; 55-56.

ses sociais ou possui uma multiplicidade de Estados Nacionais, mas sim que se apresenta perante tanto um único e novo Estado Internacional (“Estado de Emergência”) quanto um novo modelo social (“dromocrática”), haja vista que não há mais democracia (linguagem normativa), porém “dromologia”, isto é, a linguagem da velocidade ultrapassou a positividade dos ordenamentos tradicionais. Quanto mais depressa movemo-nos, menos tempo temos para a reflexão, de modo que não temos condições de oferecer resistência a algo que nos excita e nos domina, concomitantemente e a todo o momento.²²

No entanto, a fábrica racional espetacular do medo do crime e do criminoso (outro) lida com diferentes noções do risco, pois, enquanto que na sociedade iluminista-penal as incertezas existenciais eram marcadas pela geografia nacional da proteção do espaço interno (“civilizado”) *versus* a guerra contra o espaço externo (“incivilizado”), o risco na sociedade contemporânea é outro: somos um tecido social a espera de “catástrofes” ou eventos globais imprevisíveis e invisíveis aos olhos humanos. Essa expectativa de desastres, segundo Beck, não está preocupada “com a Constituição e as regras da democracia”, mas está repleta de um “desconhecimento explosivo e faz desaparecer todos os pontos de referência”.²³ Nesse sentido, estamos a testemunhar na modernidade, como lembra Santos, algumas “perplexidades ou desafios” em diversos âmbitos de análise, sendo uma dessas dificuldades a perplexidade que se encontra os Estados Nacionais em relação à transnacionalização de suas fronteiras, quadro esse que pouco aparece na mídia, em comparação com a contínua repetição midiática de que esses Estados seriam sempre ineficazes para atuarem, concretamente, no mundo social e, por isso, possuíam então baixa legitimidade para existirem.²⁴

Em outra linha, não são somente os meios de comunicação que se utilizam do temor do crime e do criminoso (outro) – ou mesmo daquelas inseguranças gerais presentes no imaginário coletivo – para promoverem o show espetacular que permitirá a criação de relações sociais mediadas por imagens de violência. Longe disso, a fábrica racional sustentada pelo sistema de justiça penal é a instância, pela via de seus funcionários oficiais (promotores, juízes, etc.), que mais se beneficia e, ao mesmo tempo, se alimenta do ideal moderno do homem racional e econômico. Isso porque é o medo do crime e do criminoso (ação e sujeito) que gera o sentimento de insegurança social necessária, para que tal temor seja transformado

22 *Ibidem*, p. 55-56; 123; 126; 133; 123 e ss.

23 BECK, Ulrich. **A Europa alemã**: de Maquiavel a «Merkievél»: estratégias de poder na crise do euro. Lisboa: Edições 70, 2013, p. 23-24.

24 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 20 e ss.

na condição de possibilidade única, sem a qual o sistema de justiça nem mais existiria e/ou funcionaria em nome de uma falsa maioria social.

Em realidade, entre as muitas realidades e fatos que esses agentes buscam ocultar está o cenário de que as emoções de insegurança social não possuem um aspecto ontológico, mas recente na história da humanidade, isto é, que os tempos atuais estão mais instáveis e, por causa disso, os aparelhos institucionais precisam reprimir com ainda mais severidade e punição. Além disso, ao defenderem que os mundos social e jurídico são inevitavelmente similares numa espécie de relação incestuosa entre dois familiares apaixonados que nascem na mesma família, o que eles querem com essa espetaculizada unidade familiar, tanto falsa quanto artificial, é nos fazer acreditar que o mundo “real” é facilmente compreendido e delimitado diante de um modelo racional, jurídico e econômico humano.

De forma exemplificada, em um mundo em que é possível acreditarmos que a diferença entre o criminoso e o não-criminoso e/ou o racional e o irracional pode ser medida somente pela escolha de um ou de outro sujeito em infringir ou não a lei penal; tal relação de forças simplificadoras promove melhores condições para a atuação estatal da violência jurídica sobre o outro, do que aquela que almeja analisar a possibilidade do sujeito se guiar por outras emoções que não simplesmente o medo institucional da pena. Dito de outro modo, nem todos os seres humanos optam por enfrentar os seus sentimentos de insegurança ontológica do mesmo modo, haja vista o fracasso do modelo moderno em sua fase tardia que trouxe, como um de seus resultados, afirma Young, a descontinuidade das narrativas seguras e certas entre indivíduos e instituições sociais. Nesse sentido, em vez de sermos governados por uma vida de escolhas guiadas por regras certas, determinadas, precisas e pré-determinadas pelas agências regulatórias, a possibilidade de cada um de nós construir o nosso próprio destino se torna um novo ideal tardo-moderno,²⁵ tomando o lugar da racionalidade iluminista.

Ademais, na visão de Presdee, o que reforça a “natureza sedutora do crime” na atualidade é justamente o modelo de interpretação da ação humana que é adotado pelas agências estatais, pois a racionalidade que classifica o crime ou violação a lei jurídica somente como uma avenida irracional de significado falha tanto em compreender quanto em perceber a racionalidade ou a lógica própria do aspecto sensual da ação ilícita. Em síntese, o medo da punição encoraja e não faz desistir determinados sujeitos da prática desviante, pois o que essas instâncias de controle não conseguem aceitar é exatamente o quadro de forças, na qual a própria “so-

25 YOUNG, Jock. *The vertigo of late modernity*. London: SAGE, 2007, p. 3 e ss.; 17.

cidade racional” não aguenta viver, por muito tempo, as consequências de um mundo guiado pela razão (jurídica).²⁶

Não por outro motivo, como tem defendido a Criminologia Cultural nas últimas décadas, somos capazes de experimentar excitação, alegria e divertimento em relação ao crime e ao criminoso (outro) e não meramente medo ou temor social.²⁷ Contudo, o Estado e os seus agentes se utilizam de uma série de noções ambíguas ou vazias em si mesmas (impunidade, separação de poderes, soberania, vontade popular, democracia, justiça, etc.) para poderem continuar a manter a fábrica racional do medo da criminalidade. Nesse sentido, em meio ao tempo atual, parece dominar o entendimento de que não é a possibilidade do sujeito ter ou não praticado uma infração ilícita que fará com que ele se torne criminoso ou não-criminoso, mas sim que é o medo do crime e outras noções tidas como neutras ou sem significado, que permitem a esses agentes manter e reproduzir a eficácia de seus espetáculos ou performances cotidianas.

Por outro lado, essa fábrica racional de conceitos abstratos não é facilmente reconhecida pela sociedade contemporânea, uma vez que ninguém será contra ideias com apelo popular. Como lembra Bourdieu, essa estratégia simbólica é altamente rentável ao sistema de tecnocratas e burocratas oficiais, porque chancela atribuir qualquer significado simbólico a uma “ideia com força social”, permitindo construir então um “poderoso discurso” que projeta crenças automáticas no imaginário coletivo social.²⁸ Por exemplo, alguém dirá ser contra direitos humanos, democracia, a proteção da ordem social e a luta contra a impunidade, a corrupção ou a má-fé pública? Dificilmente!

No entanto, o que cada sujeito interpreta como direitos humanos, democracia, proteção da ordem social, impunidade, corrupção e fé pública? Não há como saber. No mesmo sentido, na perspectiva de Casara, uma das características do Estado pós-democrático e neoliberal é a maneira pela qual o neoliberalismo, entendido como nova subjetividade ou razão global, sustenta uma certa “cegueira ideológica” das leis da economia como superiores aquelas emanadas pelo Direito moderno. À exemplo da “impunidade”, o autor chama-nos atenção para uma dessas cegueiras propositais dos agentes de justiça, na medida em que, embora o Brasil seja um dos quatro maiores países do globo com maior população carcerária-

26 PRESDEE, Mike. **Cultural Criminology and the Carnival of Crime**. London: Routledge, 2000, p. 158 e ss.

27 Ibidem, p. 3-12; 162-163.

28 BOURDIEU, Pierre. **Acts of Resistance: Against the New Myths of Our Time**. Translated by Richard Nice. Cambridge: Polity Press, 1998, p. 34 ss.

ria, nossa imaginação popular ainda está impregnada pela ideologia de que a falta de punição é um dos “principais problemas brasileiros”.²⁹

Nas palavras de Casara:

[...] A percepção da realidade não é neutra. O que cada um de nós identifica como “realidade” é o resultado de uma trama simbólico-imaginária: o indivíduo, ao nascer, é lançado na linguagem (no simbólico), o que sempre antecipa sentidos, e ele passa a produzir imagens-ideias a partir dela. Por isso, muitas vezes a sensação de insegurança não corresponde aos efetivos riscos a que uma pessoa está submetida. Pela mesma razão, muitas vezes, acredita-se viver em um Estado democrático, sem que isso seja verdade.³⁰

De qualquer sorte, a nível midiático, como esclarece Silva Sánchez, o que os meios de comunicação exploram, não raras vezes, são exatamente os sentimentos de insegurança social na modernidade, a fim de que possam projetar e manipular o medo social dos indivíduos. Em contrapartida, em determinados casos, tais ansiedades sociais nem sempre condizem com o evento de violência real narrado; tudo isso em prol do desenvolvendo de “catástrofes” imaginárias, de modo a legitimarem os seus interesses corporativos.³¹

É o que Chomsky trata como representação enquanto realidade, isto é, a forma distorcida como os veículos de mídia exploram determinados acontecimentos, tornando-os críveis, ainda que eles não tenham qualquer comprovação fática. Nesse sentido, o autor questiona o papel exercido pelos veículos de imprensa, na condição de longa manus do governo estadunidense, no que concerne à busca pelo consenso em torno da guerra contra o Iraque:

É necessário, também, falsificar completamente a história. Essa é outra maneira de superar as tais restrições doentias: passar a impressão de que quando atacamos e destruímos alguém, na verdade estamos nos protegendo e nos defendendo de agressores e monstros perigosos, e assim por diante.³²

Essa lógica da utilização da mídia como propaganda política e para fins de manipulação também se observa no que campo da exploração de sentimentos afetos à criminalidade: medo, ódio, insegurança, vingança, empatia em relação à

29 CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 116 e ss.

30 Ibidem, p. 115. Outras observações mais detalhadas sobre o neoliberalismo enquanto novo sistema normativo de relações individual e social na atualidade, ver: DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

31 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Madrid: EDISOFER S.L., 2011, p. 28-29.

32 CHOMSKY, Noam. **Mídia**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 36.

vítima, confiança nos agentes estatais incumbidos da persecução penal, criminalização da defesa, gozo coletivo com prisões/execuções, etc.

Assim, no contexto do que chama de democracia de espectadores, Chomsky aduz que “a propaganda política está para uma democracia assim como o porrete está para um Estado totalitário”³³. Reconhecendo o funcionamento dos veículos de mídia em prol dos interesses governamentais, conclui-se que “a mídia é um monopólio coletivo. Todos têm o mesmo ponto de vista”³⁴. Este consenso formado em torno do crime, enquanto produto de consumo, e como algo a ser combatido, custe o que custar, é um fator de destaque para a expansão do sistema criminal.

Finalmente, se o “espetáculo” é um “instrumento de unificação”³⁵ ou um modelo de relacionamento individual e social com o outro, o que ele realmente unifica e como desejamos interagir com aquele que está não tão longe de nós? Em meio a nossa imaginação cultural cotidiana, nós buscamos constantemente “tomar conta do mundo”, mas quem toma conta de nós ou nos controla?³⁶ Em verdade, somos o produto da chamada fábrica racional do medo do crime e do criminoso (o outro e sua ação), homens governados por uma racionalidade econômica, jurídica e utilitária prontos a servir aos interesses do sistema criminal ne era do neoliberalismo global? Ou, alternativamente, somos a prova de que a real eficácia do sistema penal não são as leis ou o Direito, porém o modelo de humano que ele, enquanto espetáculo, procura promover e proteger, a qualquer custo?

3 CONCLUSÃO

Por que tememos o crime e o criminoso (o sujeito e sua ação)? Embora pareça ser óbvia e trivial, essa parece ser um dos questionamentos mais difíceis de encontro de uma resposta razoavelmente clara na atualidade. Em parte, isso acontece porque a fábrica racional do homem racional e econômico não produziu os resultados político-sociais que almejava, entre eles, a redução de posturas anarquistas ou humores a institucionais, felicidade e harmonia coletiva, controle dos índices de criminalidade de uma nação, entre outras finalidades.

Por outro lado, a eficácia e a crença espetacular nesse modelo de convivên-

33 Ibid., p. 21.

34 Ibid., p. 29.

35 DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 2 ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017, p. 38 e ss.

36 LISPECTOR, Clarice. I Watch Over the World, **Review: Literature and Arts of the Americas**, 44:2, 250-251, 2011.

cia humana – ou essa fábrica criada e protegida por uma série de agentes estatais – procurou esconder a sua fatídica relações de forças, na qual a concepção de homem moderno, defendida pelo Iluminismo do século XVIII, foi e continua sendo nada mais do que uma simples construção cultural histórica daquele momento da história da humanidade e, por isso, ela jamais foi uma ontologia capaz de explicar as razões tanto emotivas quanto simbólicas que nos levam uma vida guiada para além de zonas precisas, claras e pré-determinadas pelas instituições sociais.

Os métodos de medição da modernidade (neutralidade, abstração, racionalidade, etc.) que são utilizados pelos agentes de justiça para diferenciar o criminoso do não-criminoso e o racional do irracional contam com noções obscuras, ambíguas e vazias de significado, para que então tais funcionários consigam propositalmente preencher o significado dessas categorias normativas, a fim de preservar o projeto moderno do XVIII, como sendo uma universalidade eterna do *ser*. Contudo, a fábrica racional do temor do transgressor e de sua ação se caracterizada, em verdade, como uma falsa e eterna irracionalidade do universal, uma vez que tal sistema falha em perceber a possibilidade do sujeito contemporâneo em experimentar emoções positivas (adrenalina, prazer, divertido, etc.) e não apenas negativas (medo e ódio).

Quando a correção institucional do comportamento humano vem antes de sua compreensão nós acabamos aceitando a reprodução de uma determinada realidade imposta, sem que possamos então, em contrapartida, impormos a nossa percepção interpretativa sobre o mundo que nos cerca. Para além dos limites normativos e existenciais entre dominar e ser dominado encontramos a complexidade do mundo social, incapaz de ser resumido por meio da linguagem jurídica. Onde reside o espetáculo do Direito criminal moderno e sua expansão sistemática?

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: A busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BECK, Ulrich. **A Europa alemã**: de Maquiavel a «Merkievell»: estratégias de poder na crise do euro. Lisboa: Edições 70, 2013.
- BOURDIEU, Pierre. **Questões de Sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero Limitada, 1983.
- _____. **Acts of Resistance**: Against the New Myths of Our Time. Translated by Richard Nice.

Cambridge: Polity Press, 1998.

_____. **On the State: Lectures at the Collège de France, 1989-1992.** Editores: **Patrick Champagne et al., e tradução de David Fernbach.** Cambridge: **Polity Press, 2014.**

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CHOMSKY, Noam. **Mídia.** São Paulo: Martins Fontes, 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal.** Tradução de Mariana Echalar. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DA SILVA SANTOS, José Carlos. Punitivismo: “Valeu a pena?” Não, não valeu nem vale para ninguém! **Justificando**, 29 abril, 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/04/29/punitivismo-valeu-a-pena-nao-nao-valeu-nem-vale-para-ninguem/>>. Acesso em: 30 de novembro, 2019.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo.** Tradução de Estela dos Santos Abreu. 2 ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social.** Tradução de Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: EDIPRO, 2016.

FERRELL, J.; SANDERS, C. R. Toward a Cultural Criminology. In: FERRELL, J.; SANDERS, C. R. (eds.). **Cultural Criminology.** Boston, MA: Northeastern University Press, 1995.

_____; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. **Cultural Criminology: an invitation.** London: SAGE, 2008.

HAYWARD, Keith. **City limits: crime, consumer culture and the urban experience.** London: Cavendish, 2004.

_____. ‘Situational crime prevention and its discontents: rational choice theory versus the “culture of now”’. **Social Policy and Administration.** Vol. 41, n. 3, p. 232-250, June 2007.

_____. Focando as lentes: Criminologia Cultural e a Imagem. Tradução de Álvaro Oxley Rocha e Tiago Lorenzini Cunha. **Revista de Direito da Cidade.** Vol. 11, n. 1, pp. 550-580, 2019.

INTERNET. 57% dos brasileiros são favoráveis à pena de morte, diz pesquisa. **Veja**, 8 jan. 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/57-dos-brasileiros-sao-favoraveis-a-pena-de-morte-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 27 de novembro, 2019.

LISPECTOR, Clarice. I Watch Over the World, **Review: Literature and Arts of the Americas**, 44:2, 250-251, 2011.

PRESDEE, Mike. **Cultural Criminology and the Carnival of Crime.** London: Routledge, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 7 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** 3. ed. Madrid: EDISOFER S.L., 2011.

VIRILIO, Paul. **Velocidade e política.** Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

YOUNG, Jock. **The vertigo of late modernity.** London: SAGE, 2007.

WEBER, Max. **Sociologia das religiões.** Tradução de Cláudio J. A. Rodrigues. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2010.

A INSTABILIDADE GERADA PELOS VIRAIS DAS FAKE NEWS: UMA AMEAÇA A PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO PENAL

Lívia Sandes Silva¹

Andressa Thaysa Cavalcante Vieira²

RESUMO: O presente artigo possui o objetivo de fomentar o debate acerca da periculosidade advinda do fenômeno das *fake news* para os princípios do Direito Penal, principalmente para o Princípio da Segurança Jurídica, por compreendermos que estes são basilares para o sistema penal e uma valorosa conquista para o processo jurídico. Apesar da disseminação de notícias falsas ser uma prática antiga, o seu impacto - em uma sociedade cada vez mais tecnologicamente integrada e eticamente desconectada dos princípios jurídicos - possui novas proporções, que colocam em risco direitos e garantias individuais e coletivas. O caráter instantâneo dessa propagação, faz com que o Direito e seus procedimentos, não possuam capacidade de frear os impactos gerados pelas *fake news*. Em decorrência disso, partiu-se de uma análise da problemática a partir dos projetos de lei, que tramitam no Congresso Nacional, e visam sua criminalização, sob o escopo, em sua maioria, da proteção do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: *Fake news*, princípios, Direito Penal, Segurança Jurídica, controle normativo.

ABSTRACT: This article aims to foster debate about the dangerousness of the phenomenon fake news for the principles of criminal law, because we understand that these are fundamental for the criminal system and a valial achievement for the legal process. Although the spread of fake news has long been used, the impact

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – UNIT. Membro da Liga Acadêmica de Ciências Criminais da Universidade Federal de Alagoas – LACC. Email: livia-sandes@hotmail.com.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Membro da Liga Acadêmica de Ciências Criminais da Universidade Federal de Alagoas – LACC. Email: andressacavalcante@outlook.com.

on na increasingly technologically integrated society that violate legal principles has new proportions, which jeopardize individual and collective rights and guarantees. The instacharacter of the spread, makes the law and its procedures, have no ability to contain the impacts generated by fake news. Therefore, we have made na analysis of the problem from the bills that are being processed in Brazil congress and aim at criminalizing fake news with the justification of protecting democracy.

KEYWORDS: fake news, principles, criminal law, normative control.

1 INTRODUÇÃO

Consta-se que, com o *boom* da disseminação de *fake news* - fenômeno antigo que ganhou o aspecto viral com o advento das mídias digitais hodiernamente - o sistema jurídico sofreu grandes transformações, ao passo que precisou se adaptar à nova conjuntura social. Isso ocorre porque, tal fenômeno atinge a privacidade dos indivíduos, violando dos direitos individuais aos coletivos, bem como a própria estrutura e garantias trazidas pela Constituição Federal e pelo Código Penal, em uma velocidade que os procedimentos penais não conseguem acompanhar.

Além disso, esse evento contribui ainda para a acentuação de práticas autoritárias advindas dos grupos de interesse, como a classe política e parcelas da população, afetando a principiologia do Direito Penal, principalmente o Princípio da Segurança Jurídica, no que tange desde seu conceito até a sua efetivação. É notável que, a existência normativa de um Estado Democrático de Direito não gera respaldo suficiente para barrar a atuação das práticas supracitadas, já que esta não vigora em um sistema social pautado na defesa e na luta por sua efetivação de direitos e garantias.

Sendo assim, apesar do ordenamento jurídico brasileiro ser denso e revestido por uma principiologia robusta, que procura permear e absorver os impactos de inúmeras mudanças e problemas sociais, o Direito positivo não alcança a velocidade inerente à esse fenômeno. Há um descompasso no ritmo entre os mecanismos jurídicos aplicáveis à frenagem das *fake news* e a amplitude e instantaneidade da sua propagação, pois, sem a efetivação dos princípios e leis vigentes, não há viabilidade de tipos penais que procuram enquadrar condutas, abarcarem um fenômeno que possui como principais aliados a velocidade e a fluidez.

Essa situação é melhor vista quando analisamos os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional que visam criminalizar o fenômeno das *fake news*, ao passo que não conseguem definir apropriadamente os tipos penais propostos. Esse fato gera mais instabilidade a disseminação de notícias falsas, já que pelas disposições trazidas geram o risco da criação de mais uma norma penal em branco para o ordenamento brasileiro e o Direito Penal.

2 CONCEPÇÃO SOCIAL DO FENÔMENO VIRAL

Ao analisar a perspectiva histórica do fenômeno, nota-se que não é possível determinar uma origem para a conduta de disseminar notícias falsas. Porém, ao tratarmos desse ato pela perspectiva atual, nos deparamos com uma mutação da conduta que passou de mero dessabor social para fenômeno, sendo esse acompanhado de uma mecânica proporcionada pelos serviços de streamings e das “viralizações” (excesso de compartilhamento de informação sobre uma notícia).

De acordo com o dicionário britânico “Collins” *fake news* foi eleita a palavra do ano em 2017 significando, basicamente, informações que não representam a realidade, mas que são compartilhadas como sendo verídicas. A grande questão é que tais notícias falsas ultrapassaram os limites de meros boatos ou mentiras, afinal, com a expansão das redes sociais e o avanço da tecnologia na era digital, a velocidade de seu compartilhamento aumentou fortemente, podendo prejudicar até o próprio conceito de democracia, manipulando o conteúdo transmitido e descredibilizando as informações.

É notável que avanços tecnológicos e científicos ocorrem diariamente, apesar da efetividade do sistema legislativo, jurídico e jurisprudencial não se encontrar a par de tamanha celeridade, cabe no rol do dever-poder do Estado formar diretrizes capacitadas e habilitadas para o exercício de contenção dos malefícios advindos dessa prática, principalmente quando se inserem em um caráter criminoso.

Por mais que concordemos que a sociedade brasileira deve focar essas diretrizes normativas para o campo educacional, vivemos em um corpo social que prega a necessidade de leis e previsões punitivas para que se cogite a realização de qualquer mudança de hábito. Dessa forma, não podemos nos desprender da necessidade de reacender os debates acerca dos diversos projetos de leis que tramitam sobre a matéria no Congresso Nacional, assim como não podemos nos desconectar dos benefícios inerentes ao acesso facilitado à informações e a necessidade de preservação do direito à liberdade de expressão.

3 CONCEPÇÃO JURÍDICA DO FENÔMENO VIRAL

O Direito - em seus mais diversos entendimentos, nas mais antagônicas sociedades - ao longo da história sempre encontrou seu significado atrelado ao ideal de justiça, de eficiência na resolução de conflitos e de peça central na manutenção da paz social. Porém, o entendimento quanto ao significado dessa ciência não pode ser desvinculado do seu uso fático para a legitimação de diversas catástrofes sociais, que usaram seu amparo como base para a adoção de medidas destrutivas, em sua maioria, viabilizadas pela existência de normas penais em branco a serviço de uma parcela política e social.

Nota-se que essa inquietação é presente na perspectiva de outros autores como Roberto Lyra Filho³ que faz, em sua obra “O que é direito”, uma reflexão acerca da servidão do Direito, como lei, aos grupos de interesse do Estado. Dessa forma, segundo ao autor, a legislação possui um caráter simultâneo de “Direito e Antidireito”, o primeiro servindo como a ciência propriamente dita e o segundo sendo sua negação, influenciada pelos interesses das classes dominantes.

O entendimento desse autor para a dupla significação dessa ciência é fundamental para entender que a interferência das *fake news* gera aspectos negativos para as normas jurídicas na proporção em que são relevantes para os grupos de interesse. Esse fato demonstra que o uso desse mecanismo faz com que a sociedade brasileira caminhe do lado oposto à efetivação das garantias constitucionais, processuais e penais.

Dessa forma, vale salientar o papel dos princípios jurídicos como ferramenta geral e central na a resolução de conflitos sociais e normativos, em seus mais diversos sentidos, além de possuir capacidade de viabilizar a efetivação de direitos e garantias. Sendo assim, segundo o penalista Guilherme Nucci, pode-se definir princípios como:

Os princípios são normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas, no tocante à aplicação de normas de alcance limitado ou estreito. Além do mais, parece-nos correta a denominação feita por Robert Alexy, mencionando serem os princípios “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades

3 LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. Coleção Primeiros Passos 62, São Paulo – Editora Braziliense, 2012.

fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.⁴

Em virtude disso, percebe-se que o impacto desse fenômeno atinge o sistema jurídico como um todo, porém, pelo caráter de *ultima ratio*, a ameaça causada ao Direito Penal possui proporções dantescas, colocando em xeque conquistas históricas e basilares para essa ciência jurídica.

4 IMPACTO SOCIAL DO FENÔMENO VIRAL.

Desde a conceituação aristotélica de que o homem é um animal político e assim é também a sociedade em que habita, não há como estudar conceitos antropológicos, sociológicos e jurídicos sem associá-los a política. Com a disseminação de notícias falsas não é diferente, já que dentre suas características de formação há a politização e o sensacionalismo. Atrelar politização e sensacionalismo às *fake news* causam efeitos danosos, em muitos casos irreversíveis, para o funcionamento social.

Além da violação de princípios penais e processuais penais, como já elencado, a proliferação dessas notícias pode acarretar na supressão de outras garantias, como as previsões constitucionais e os Direitos Fundamentais e Humanos. Essa associação, seja velada ou explícita, demonstra que a proliferação de notícias falsas adquirem um papel político e social de extrema importância e impacto, pois vivemos em um corpo social cada vez mais tecnologicamente conectado.

Por mais que muitas vezes as *fake news* sejam usadas para a manutenção de grupos de interesse e formação de senso comum, a população vem desempenhando atuação fundamental nesse processo, se comportando num duplo papel de agente de criação e proliferação e de vítima das consequências nefastas dessa prática que afasta a sociedade dos ideais de justiça e de devido processo legal, colocando em risco até mesmo o significado de pertencer a um Estado Democrático de Direito.

4.1 CORPO SOCIAL COMO AGENTE DAS FAKE NEWS

É preciso refletir sobre a atuação dupla da sociedade no que tange às *fake news*, pois esta atua como agente e como vítima delas. Assim sendo, em muitos dos casos, motivados pelo o intuito de lucrar em cima da publicação e ou prejudicar o veiculado ao compartilhar informações inverídicas, sem a menor responsa-

4 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4ª Edição, Rio de Janeiro – Editora Forense, 2015.

bilidade crítica sobre as consequências que este ato trará, divulgam-se notas sobre pessoas, imagens, informações alarmantes que causam grande impacto, a fim de obter clicks e causar discórdia, visando, apenas, o interesse pessoal.

Com o célere avanço da internet, o advento das redes sociais e a sensação de impunidade presente no ambiente virtual, não há mais filtro nem empatia na divulgação dessas informações, e o rápido compartilhamento gera a falsa ideia de verdade, sem ao menos saber a fonte da informação. É a geração que valoriza muito mais a notícia do que a real credibilidade dela, a geração que presa pelo acesso rápido às informações, sem ao menos refletir sobre o que está sendo visto. Assim, tem como maiores vítimas dessas atrocidades os famosos e celebridades, políticos e empresas, que recebem maiores holofotes, mas também acontecem para pessoas anônimas do meio comum.

Os motivos para se criar as *fake news* são diversos, indo além da finalidade puramente comercial, da simples criação de manchetes alarmantes para atrair acessos de sites e faturar com a publicidade digital, sendo utilizadas, inclusive, para apenas criar boatos e intensificar alguma ideia, gerando lucro para alguém, reforçando algum pensamento, através de mentiras e a ampliação da cultura do ódio. É preciso, portanto, refletir sobre o quanto a sociedade perdeu a senso da coletividade, o quanto há hoje o interesse pessoal em detrimento do bem-estar coletivo, em que não há mais empatia nem piedade, apenas um mercado altamente competitivo e destruidor, ganhado, no fim, quem difamar mais o outro.

Pelo fato dos responsáveis pelas *fake news* atuarem, geralmente, em *offline*, nas regiões mais discretas e ocultas da web, não é fácil para a maioria dos usuários reconhecê-los, e, assim, puni-los, o que torna esse mercado cada vez mais interessante, além disso, geralmente, atuam com *ID 's* falsos e com servidores anônimos, logados com servidores fora do país, em *lan houses* secretas, dificultando ainda mais suas buscas.

4.2 CORPO SOCIAL COMO VÍTIMA DAS FAKE NEWS

Além do aspecto supracitado, não se pode dissociar o fato de que a sociedade também é atuada como vítima do fenômeno das notícias falsas, ao passo que recai sobre ela as consequências das *fake news* por ela criadas e as geradas pelos grupos de interesse. Dessa forma, os resultados mais danosos, como a supressão de direitos, ganham caráter de comum e colocam em risco o desenvolvimento do bem-estar social.

Episódios marcantes da história como as guerras do Vietnã, Afeganistão, Iraque, as revoltas que originaram a Primavera Árabe e ações, infelizmente comuns, de linchamentos, físicos e virtuais, são exemplos de como as notícias falsas potencializam as barbáries humanas e agem de encontro com os ordenamentos jurídicos. A marca da violência vem ganhando uma nova roupagem com o desenvolvimento tecnológico, o que gera não somente a criação de novos tipos penais, mas também um desafio de caráter tão instantâneo quanto os *clicks* para as ciências jurídicas e criminais.

O conceito aristotélico do homem político demonstra de forma contundente qual a motivação que impulsiona a sociedade a ser guiada por seus interesses. Porém, o conceito de quem são os homens só se torna completo quando nos atemos ao conceito de outro filósofo, Thomas Hobbes, que dissertou que os homens são os lobos dos próprios homens. Esses conceitos filosóficos explicitam o porquê de, apesar de encontrar consequências gravosas, a sociedade ainda permeia o uso de *fake news* para garantir os seus interesses à custa da justiça, das normas e da democracia.

5 IMPACTO JURÍDICO DO FENÔMENO VIRAL

No que concerne ao aspecto penal e processual dessa violação, vemos que quando há integração entre *fake news* e o direito, há um caráter punitivista, irracional e de extrema incapacidade de controle social. Os princípios que guiam o Direito Penal são diretamente suprimidos com a incidência das notícias falsas que afetam, principalmente, o Princípio da Presunção de Inocência.

Casos de repercussão internacional, como o assassinato da vereadora Marielle Franco em 2018, não estão livres das ações criminosas e irresponsáveis daqueles que pretendem afetar o andamento da justiça fazendo uso da disseminação de *fake news*. No caso supramencionado, após a execução da parlamentar e o posicionamento de uma parcela da sociedade em busca de justiça e punição, pelos meios e limites legais, houve uma série de notícias falsas envolvendo o nome da vereadora a fim de desqualificá-la e minimizar a importância do seu acesso à justiça.

Marielle teve seu nome e sua imagem associada ao tráfico de drogas, à facções criminosas e até mesmo teve sua sexualidade exposta de maneira vexatória, em uma tentativa de negar que lhe fosse provida a justiça que lhe cabe pelo ordenamento. A vereadora nunca enfrentou acusações ou processos que ligassem seu nome a algum ato criminoso – fato que não anularia a responsabilização de

seus assassinos e seus direitos legais -, apesar disso foi julgada por uma legião de pessoas nas redes sociais.

Um dos pontos que gerou maior indignação nos casos de *fake news* envolvendo o assassinato de Marielle, foi o posicionamento de uma magistrada que, ao disseminar uma das notícias falsas que tratava sobre o uma possível associação da vereadora ao tráfico, fez uma defesa a supressão dos direitos da executada em tom de justiça e consequência positiva para a sociedade. Além de ferir o Código de Ética da Magistratura, a juíza em questão demonstrou que nem aqueles que ocupam funções primordiais no acesso e garantia da justiça, estão isentos de preconceitos, ignorância e ausência de senso crítico, características que facilitam a proliferação das *fake news*.

É nesse sentido de alinhamento com a desinformação e a confusão quanto a amplitude, que muitos parlamentares propõe a criminalização do fenômeno através de uma norma penal em branco. Nos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional desde 2017 - principalmente prevendo a influência dessas no pleito presidencial de 2018, após a eleição estadunidense de 2016 que levou à eleição de Donald Trump e esteve envolta em inúmeros casos de *fake news* - ações como criar, incentivar, veicular, divulgar, compartilhar, não remover, propagar sabendo ou não da falsidade são citadas em uma tentativa descabida de tentar abarcar todas as possibilidades inerentes à fake news, em um só tipo penal passível de complementação.

Os projetos muitas vezes citam releituras de crimes já tipificados pelo ordenamento penal brasileiro, como a calúnia, difamação e injúria, além de citarem como justificativa a asseguaração da Segurança Jurídica e a defesa pelo Estado Democrático de Direito, ao passo que as disposições presentes nos projetos violam o direto à ampla defesa, contraditório e liberdade de expressão, pela gama de supostos crimes que podem ser por eles abarcados. Entre os analisados, destaca-se o PL 9533/2018, que procura enquadrar a disseminação de *fake news* contra a classe política como crime contra à Segurança Nacional, que, vale ressaltar, tem lei deixada de herança pela Ditadura Militar.

No geral, é possível perceber que na realidade, pelas justificativas presentes no projetos, muitos parlamentares buscam resguardar a possibilidade de não terem notícias, não importando se verdadeiras ou falsas, ao respeito de suas condutas. Dessa forma, apesar das urgências sociais advindas da problemática, o Poder Legiferante ainda não alinhou o seu entendimento quanto ao fenômeno com o que de fato faz-se necessário ser integrado ao debate: as ciências sociais aplicadas

e o os interesses da população brasileira.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, fixa-se a necessidade de redesenhar a política normativa no que diz respeito ao fenômeno das *fake news* que, apesar de não ser novo, nunca esteve antes na história dotado de uma proporção tão danosa como na atualidade. É necessário que o Direito busque se adaptar a essa nova característica do corpo social vigente para que possa, no futuro, acompanhar as mutações das *fake news* sem parâmetro mundial.

Os Princípios, que regem o Direito e o Processo, seriam suficientes para controlar as ações desenvolvidas pela sociedade se tivéssemos de fato uma educação que incutisse, desde o início da vida educacional, o valor social desses institutos para a manutenção da sociedade. Diante da realidade da vigência de uma sociedade cada vez mais eticamente desconectada dos princípios jurídicos e caminhando como no papel principal para a supressão dos próprios direitos, não podemos anular a esperança.

Faz-se necessário que se busque a efetivação das normas já vigentes no ordenamento jurídico, como caminho para salvaguardar os direitos individuais e coletivos violados pelo fenômeno viral. A construção de uma sociedade que utiliza o Direito como instrumento para a asseguaração de garantias normativas e não como uma máquina punitiva é viável e possível, porém ainda carece de aspectos basilares para sua formação, sendo o caminho iniciado pela asseguaração dos princípios que regem o Direito.

Em decorrência dos fatos supracitados, torna-se fundamental entender as implicações desse “novo” fato social a partir de uma perspectiva transdisciplinar. É de suma importância que se proponha o desenvolvimento de meios que permitam a manutenção de um sistema que prime pela efetivação dos princípios penais, dentre eles a Segurança Jurídica, e atue de forma incisiva no estudo e na criação de normas, que se adequem as necessidades e fragilidades apresentadas pelos fenômenos tecnológicos atuais. Além disso, essa adequação deve ser tratada como um compromisso do Poder Estatal para com o povo e os pilares do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Felipe Molenda. **As Fake News e os Desafios da Liberdade de Expressão**. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal – Volume 1**. 24ª Edição, São Paulo – Editora Saraiva, 2018.

_____. **Tratado de Direito Penal – Volume 2**. 19ª Edição, São Paulo – Editora Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 de Junho de 2019, 21 de Julho de 2019, 20 de Outubro de 2019 e 28 de Novembro de 2019.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 de Junho de 2019, 21 de Julho de 2019, 20 de Outubro de 2019 e 28 de Novembro de 2019.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar PL 6812/2017**. Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>. Acesso em:

_____. **Projeto de Lei Complementar PL 8592/2017**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar a divulgação de informação falsa ou prejudicialmente incompleta. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151560>. Acesso em: 30 de Junho de 2019, 21 de Julho de 2019, 20 de Outubro de 2019 e 28 de Novembro de 2019.

_____. **Projeto de Lei Complementar PL 9533/2018**. Altera a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências, para dispor sobre o incitamento através das redes sociais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167860>. Acesso em: 30 de Junho de 2019, 21 de Julho de 2019, 20 de Outubro de 2019 e 28 de Novembro de 2019.

_____. **Projeto de Lei Complementar PL 9761/2018**. Tipifica criminalmente a conduta de quem cria, veicula, compartilha, ou não remove, em meios eletrônicos, notícias ou informações que sabe ser falsas. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2169225>. Acesso em: 30 de Junho de 2019, 21 de Julho de 2019, 20 de Outubro de 2019 e 28 de Novembro de 2019.

_____. **Projeto de Lei Complementar PL 9838/2018**. Tipifica criminalmente a conduta de quem oferece, publica, distribui, difunde notícia ou informação que sabe ser falsa em meios eletrônicos ou impressos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2169820>. Acesso em: 30 de Junho de 2019, 21 de Julho de 2019, 20 de Outubro de 2019 e 28 de Novembro de 2019.

_____. **Projeto de Lei Complementar PL 9931/2018**. Tipifica o crime de divulgação de notícias ou informações falsas. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170681>. Acesso em: 30 de Junho de 2019, 21 de Julho de 2019, 20 de Outubro de 2019 e 28 de Novembro de 2019.

_____. **Projeto de Lei Complementar PL 200/2019**. Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190714>. Acesso em: 30 de Junho de 2019, 21 de Julho de 2019, 20 de Outubro de 2019 e 28 de Novembro de 2019.

_____. **Projeto de Lei Complementar PL 241/2019**. Altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de criação e propagação de notícia inverídica. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190763>. Acesso em: 30 de Junho de 2019, 21 de Julho de 2019, 20 de Outubro de 2019 e 28 de Novembro de 2019.

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2ª Edição, São Paulo – Editora EDIPRO, 2014.
- CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de. KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. **O tratamento jurídico das notícias falsas (*fake news*)**. Revista *Justiça@* - Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal. Ano 10, nº 40, p. 28 – 42, 2018. Disponível em: https://portal.trf1.jus.br/data/files/54/63/C8/39/05ED96108497CD96833809C2/Revistajusti_a.pdf. Acesso em: 30 de Junho de 2019, 21 de Julho de 2019 e 28 de Novembro de 2019.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Volume Único, Parte Especial (arts. 121 ao 361)**. 11ª Edição, Salvador – Editora JusPodivm, 2019.
- _____. **Manual de Direito Penal – Volume Único, Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. 7ª Edição, Salvador – Editora JusPodivm, 2019.
- D'ANCONA, Matthew. **Pós-Verdade – A nova guerra contra os fatos em tempos de fake news**. 1ª edição, São Paulo - Faro Editorial, 2018.
- JUNGES, José Otávio. **A desinformação na sociedade viral: O papel das *fake news* na construção do senso comum**. Monografia – Curso de Graduação em Jornalismo, Faculdade Araguaia, Goiânia, 2018.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. Coleção Primeiros Passos 62, São Paulo – Editora Braziliense, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4ª Edição, Rio de Janeiro – Editora Forense, 2015.

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PESSOA “INTERSEX” SER VÍTIMA DE FEMINICÍDIO

Murilo Coelho Pires de Almeida¹

Taís Severich²

RESUMO

A intersexualidade é o termo utilizado para designar pessoas que detém características anatômicas, hormonais e cromossômicas dissonantes com o conceito tradicional de sexo masculino ou feminino. Tais pessoas, enquanto minorias abarcadas pelo movimento LGBTQI+, sofrem violências diariamente, não apenas do Estado, enquanto autorizador de intervenções cirúrgicas erroneamente denominadas “corretivas”, mas também daqueles que as consideram “aberrações”. Desta forma, o presente trabalho questionará se pessoas intersexuais podem ser vítimas da qualificadora do crime de homicídio “cometido contra mulher por razões da condição do sexo feminino” – o feminicídio. Por meio da pesquisa bibliográfica este trabalho abordará os principais aspectos relativos ao tema, incluindo as decisões no julgamento sobre a LGBTfobia no Supremo Tribunal Federal e proporrá hipóteses de proteção da comunidade intersexual, aliada à jurisprudência hodierna e os princípios de Direito Penal.

Palavras – chave: Intersexo, direito penal, feminicídio.

ABSTRACT

Intersexuality is the term used to denominate people who have anatomical, hormonal and chromosomal characteristics inconsonant with the traditional concept of male or female sex. Those people, as a minority included in the LGBTQI+ movement, suffer daily violences, not just from the State, as an authorizer of surgical interventions wrongly denominated “corrective”, but also from those who deem them to be “freaks”. Therefore, the current study will question if intersexual people could be victims of the first degree murder “committed against woman by reasons of it’s condition of female sex” – the femicide. Through bibliographic research this paper will approach the main aspects relative to the topic, including

1 Acadêmico do curso de Direito do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais – CESCAGE

2 Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Unopar – Ponta Grossa

the decisions on judgment upon LGBTphobia on the Supreme Federal Court and will propose hypotheses to protect the intersexual community, allied to modern case law and principles of Criminal Law.

Keywords: Intersex, criminal law, femicide.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como intuito analisar a possibilidade do intersexual, enquanto pessoa que não se adéqua aos padrões tradicionais de gênero, ser vítima da hipótese qualificadora do homicídio cometido contra mulher em razão de sua condição de sexo feminino, conhecida popularmente como feminicídio.

A comunidade intersexual anteriormente relegada aos tratamentos médicos passou nos últimos anos a buscar seu reconhecimento enquanto pessoas de direitos e o fim da cirurgia denominada “corretiva” que impõe grande estresse e lesões corporais e emocionais para a vida toda.

Os intersexuais, enquanto grupo inserido na luta LGBTI+, conquistam visibilidade a cada dia, de modo que inevitavelmente um de seus membros poderá vir a sofrer alguma violência ou até mesmo um atentado contra sua vida em razão de sua condição que pudesse caracterizar a hipótese de feminicídio.

Deste modo, o trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será feita uma breve explanação quanto à intersexualidade bem como uma crítica à visão patologizante do ordenamento jurídico quanto a esse grupo por meio da Resolução nº 1.664/2003 do Conselho Federal de Medicina.

O segundo capítulo tratará do feminicídio, explanando as formas em que se opera a qualificadora bem como a interpretação extensiva dada pelo Supremo Tribunal Federal quanto às pessoas que podem figurar no pólo passivo do tipo penal.

O terceiro e último capítulo conjugará as perspectivas analisadas nos tópicos anteriores, buscando soluções à hipótese aventada em conformidade com a jurisprudência e os princípios de Direito Penal.

Foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, por meio de análise de doutrina, legislação, jurisprudência e *sites* da *internet* pertinentes ao tema.

2 A INTERSEXUALIDADE

A intersexualidade é um termo cunhado em 1917 no ensaio *Intersexuality*

and the Endocrine Aspects of Sex do geneticista americano Richard Goldschmidt em contraposição ao termo “hermafroditismo”, hoje tido como pejorativo pela comunidade intersexual por aludir à criatura mitológica.

Marianna Fux (2018, p. 429) desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em texto da excelente obra *Intersexo* da eminente autora Maria Berenice Dias, conceitua a intersexualidade como:

[...] a hipótese em que a harmonia entre os cromossomos sexuais, hormônios sexuais, genitália e características sexuais secundárias de uma pessoa foge ao padrão que fixa um indivíduo como pertencente ao sexo feminino ou masculino, sendo impraticável determinar o “sexo global” daquela pessoa.

Fernanda Carvalho Leão Barreto (2018, p. 49) relata na mesma obra que “a intersexualidade não se confunde, pois, com orientação sexual, que diz respeito às inclinações afetivas e sexuais da pessoa, à expressão do desejo”; de fato, a intersexualidade é uma conjugação de características cromossômicas, gonadais e morfológicas internas e externas de ambos os sexos.

No Brasil, a intersexualidade é tida como uma patologia, definida como uma anomalia de diferenciação sexual e regula-se pela Resolução nº 1.664/2003 do CFM que determina a realização de cirurgia corretiva e tratamento hormonal para a adequação da pessoa intersexual ao sexo masculino ou feminino. A cirurgia corretiva é, em regra, realizada nos primeiros meses de vida por escolha dos pais com orientação de equipe médica, sem que a pessoa intersexual possa escolher se deseja ou não realizar a adequação, dada sua tenra idade e falta de discernimento.

Todavia, a própria Resolução nº 1.664/2003 apresenta na Exposição de Motivos os enalços a serem enfrentados na escolha da realização ou não da cirurgia corretiva, entre eles a incerteza se a pessoa intersexual acompanhará o sexo que lhe foi designado e da falta de estudos quanto as repercussões na vida daqueles que não realizaram a readequação sexual (Conselho Federal de Medicina, 2003, Resolução nº 1.664).

Não obstante a falta de estudos quanto tais repercussões, é manifesto que a realização da cirurgia corretiva em regra acarreta danos físicos e psíquicos irreparáveis, não faltando exemplos de pessoas intersexuais que chegaram até a cometer suicídio por não se adequarem ao corpo que lhes foi incumbido, de modo que atualmente entre as reivindicações da comunidade intersexual está o fim da realização da cirurgia corretiva e do tratamento hormonal.

3 A QUALIFICADORA DE FEMINICÍDIO

O feminicídio é a hipótese qualificadora do crime de homicídio cometido contra a mulher em razão do sexo feminino e está disposto no art. 121, § 2º, inciso VI do Código Penal. Nem todo homicídio cometido contra a mulher se caracteriza como feminicídio, pois é necessário que seja cometido contra a mulher em razão da sua condição de sexo feminino, de modo que um homicídio cometido contra uma fiscal de trânsito que aplicou multa a motorista que ultrapassou o sinal vermelho não caracteriza necessariamente feminicídio, podendo, todavia, ser qualificado por outra hipótese disposta no § 2º do art. 121, *e.g.*, motivo fútil.

A qualificadora ocorrerá quando envolver violência doméstica, aquela ocorrida dentro do ambiente doméstico, *i.e.*, dentro da residência da vítima onde coabita com seu agressor ou sua agressora, sendo plenamente possível o sujeito ativo ser uma mulher, por exemplo, numa relação homoafetiva onde uma das mulheres atente contra a vida de sua companheira; quando envolver violência familiar, aquela que pode ocorrer fora da residência, mas entre pessoas unidas por laços familiares naturais ou por afinidade. Ainda, poderá ocorrer por menosprezo, que nada mais é que a repulsa pelo sexo feminino; ou por discriminação, na qual há um tratamento depreciativo da mulher em razão de seu sexo e/ou gênero.

Não obstante a atual redação do referido artigo, o Projeto de Lei 8.305/2014 determinava que a qualificadora de feminicídio fosse intentada contra a mulher por razões de seu gênero. Note-se, enquanto a atual redação determina um requisito biológico – ser do sexo feminino, o projeto de lei determinava um requisito social, o gênero, reconhecendo como mulher não apenas aquelas que detêm características biológicas, cromossômicas, endócrinas e morfológicas do que se entende comumente por mulher, mas também as pessoas transexuais e transgêneros que não se identificam com seu sexo biológico e se reconhecem socialmente como mulher.

Para suprir essa lacuna legislativa propositalmente criada pelas bancadas tradicionalistas do Congresso Nacional, a doutrina hodierna, apoiada pelo julgamento da ADI 4275 no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu pela desnecessidade de realização de cirurgia de transgenitalização e tratamento hormonal de pessoas transexuais para a modificação de prenome e sexo no registro civil, estendido também às pessoas transgênero; reconheceu que o gênero é uma criação social e que é possível o registro de pessoa como mulher mesmo que suas características sexuais indiquem ser do gênero masculino, impondo assim um critério jurídico.

Nessa toada o Conselho Nacional de Justiça – CNJ emitiu Provimento nº

73 de 28 de junho de 2018 regulamentando a alteração de nome e gênero no registro civil, independente da comprovação de realização de cirurgia de redesignação sexual, tratamento hormonal ou patologizante, de apresentação de laudos médicos ou psicológicos ou mesmo de decisão judicial, bastando declaração expressa do requerente.

Quanto os sujeitos que podem ser vítimas do crime de homicídio qualificado por feminicídio disciplina Greco (2017, p. 80):

[...] entendemos que o único critério que nos traduz, com a segurança necessária exigida pelo Direito, e em especial o Direito Penal, é o critério que podemos denominar jurídico. Assim, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) em que figure, expressamente, o seu sexo feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio.

Ainda, Bittencourt (2018, p.90) resume de maneira incisiva que:

[..] somente quem for oficialmente identificado como mulher (certidão do registro de nascimento, identidade civil ou passaporte), isto é, apresentar sua documentação civil identificando-a como mulher, poderá ser sujeito passivo dessa qualificadora. Nesse sentido, **é irrelevante que tenha nascido do sexo feminino, ou que tenha adquirido posteriormente**, por decisão judicial, **a condição legalmente reconhecida como do sexo feminino**. Nesses casos, não cabe discutir no juízo penal a justiça ou a injustiça, a correção ou a incorreção de sua natureza sexual. Cumpridas essas formalidades, a pessoa é reconhecida legalmente como do sexo feminino e ponto-final. É mulher e tem o direito de receber as mesmas garantias à mesma proteção legal dispensada a quem nasceu mulher.

Em contrapartida, Nucci (2019, p.127) adere à linha que considera que o critério a ser utilizado é o objetivo:

Não aquiescemos à ideia de ser uma qualificadora subjetiva (como o motivo torpe ou fútil) somente porque se inseriu a expressão “por razões de condição de sexo feminino”. Não é essa a motivação do homicídio. O agente não mata a mulher somente porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes. Não se descarta, por óbvio, a possibilidade de o homem matar a mulher por questões de misoginia ou violência doméstica; mesmo assim, a violência doméstica e a misoginia proporcionam aos homens o prazer de espancar e matar a mulher, porque esta é fisicamente mais fraca. **É o que se chama de violência de gênero, o que nos parece objetivo – e não subjetivo**. Basta verificar processo por processo de agressão à mulher: o marido matou a esposa porque se casou com uma mulher? Não, ele se sente encorajado em matá-la, porque se sente superior e ela o traiu com outra pessoa. Não sabe resolver o

assunto com civilidade, na esfera civil.

Excetuando o respeitável doutrinador paulista, acompanhamos o entendimento dos demais professores quanto à possibilidade das pessoas transexuais e transgênero serem vítimas de feminicídio, desde que realizada a modificação do registro, excetuando, ainda, o entendimento do professor Cezar Roberto Bitencourt quanto à necessidade de decisão judicial para a modificação do registro civil, pois como já mencionado o Provimento nº 73/2018 do CNJ dispensa a necessidade de decisão judicial ou a realização de cirurgia corretiva e tratamento hormonal, bastando a manifestação expressa do requerente.

4 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE A PESSOA INTERSEXUAL SER VÍTIMA DE FEMINICÍDIO

Passadas as definições iniciais, cumpre atingir o ponto de discussão do presente trabalho – a hipótese de enquadrar o perpetrante do crime de homicídio contra pessoa intersexual na qualificadora de feminicídio.

No caso, há que se analisar preliminarmente se a pessoa intersexual decidiu pela realização de cirurgia corretiva e tratamento hormonal ou mesmo se identifica-se com um dos gêneros binários. Se houve identificação com o gênero masculino, impossível o enquadramento do ofensor na hipótese de homicídio qualificado por feminicídio, tendo em vista que a referida qualificadora só atinge pessoas do gênero feminino.

Se a pessoa intersexual se identifica com o gênero feminino e detém registro civil declarando ser do gênero feminino, utilizando por analogia o julgamento da ADI 4275 que possibilitou a modificação do registro civil de pessoas transgênero e transexuais, é possível que essa pessoa seja vítima de feminicídio, desde que cometido contra ela em razão de sua condição de gênero feminino nas hipóteses de violência doméstica e familiar, bem como nas hipóteses em que houver menosprezo ou discriminação da mulher pela mesma razão de ser mulher, nos termos do art. 121, §2º do Código Penal.

Uma terceira possibilidade a ser aventada se dá quando a pessoa intersexual decide pela não adequação a um dos gêneros binários, preferindo manter-se no que a doutrina nomeia de “terceiro sexo”, “gênero neutro” ou “gênero indeterminado”. Nesses casos, impossível o enquadramento da qualificadora de feminicídio nos casos de homicídios cometidos contra pessoa intersexual, em razão de sua condição de intersexualidade.

Ocorre que em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF de relatoria do Ministro Celso de Mello e Mandado de Injunção 4733/DF de relatoria do Ministro Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal entendeu haver omissão normativa inconstitucional do Congresso Nacional na implantação de medidas legislativas tendentes à proteção da comunidade LGB-TI+, dando entendimento constitucional de que a transfobia – aversão à transexuais, transgêneros e travestis; e a homofobia – aversão à homossexuais, deve ser equiparada ao crime de racismo, disposto na Lei nº 7.716/89, até que o Congresso edite norma específica. Desta forma, quaisquer violências cometidas contra transexuais, transgêneros, travestis, homossexuais e, utilizando de analogia, aos intersexuais, em razão dessa condição, qualificam-se como racismo social. Na hipótese de cometimento do crime de homicídio doloso influiria a qualificadora de motivo torpe, desde que, reitere-se, seja cometido contra a pessoa intersexual em razão da sua condição de gênero.

A última possibilidade fundamenta-se na utilização do princípio da restritividade não apenas como método de valoração da prova, mas como método de interpretação da lei, restringindo a abrangência da qualificadora e submetendo a comunidade intersexual ao limbo jurídico. O princípio da restritividade, consagrado pelo brocardo latino *“in dubio pro reo”*, prevê um juízo de valor das provas no processo penal que tende à absolvição do acusado quando houver dúvidas de sua culpabilidade. Todavia, se estendermos sua aplicação à interpretação da lei, seria impossível enquadrar a hipótese de feminicídio aos casos de homicídios cometidos contra pessoa intersexual, sob pena ainda de se ferir o princípio da legalidade, ante ausência de norma anterior.

Não concordamos com esta última hipótese, tendo em vista o caráter fragmentário do Direito Penal que determina a proteção não exaustiva, mas seletiva, dos bens jurídicos mais importantes contra as violências mais intoleráveis, como seria o ataque à vida de uma pessoa intersexual em razão da condição de seu gênero.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, extrai-se que a comunidade intersexual sofre muito na invisibilidade que a medicina, com o aval do Direito, os colocou, como meros corpos a serem normalizados e ajustados a um padrão social considerado correto. Destarte, vivemos tempos sombrios onde grupos no poder clamam pelo retorno de instituições e práticas arcaicas violadoras dos direitos mais fundamentais, ca-

bendo aos grupos ameaçados e à comunidade científica a luta pela preservação de tais valores e, especialmente aos intersexuais, a luta pelo seu reconhecimento como sujeitos de direitos.

Não obstante, a violência contra tais grupos inevitavelmente continuará a ocorrer e existe a possibilidade de algum de seus membros sofrer um atentado direto contra sua vida meramente por sua condição de pessoa intersexual. Assim, retornamos ao questionamento inicial quanto à possibilidade da pessoa intersexual ser vítima de feminicídio, da qual quatro possibilidades foram aventadas.

As duas primeiras possibilidades partem do desejo da pessoa intersexual adequar-se em um dos gêneros sexuais tradicionais – feminino ou masculino, das quais apenas na ocorrência da primeira possibilidade poderia haver o enquadramento do ofensor na forma qualificada do crime de homicídio cometido contra a mulher, em razão de seu gênero – sexo social, tomando por base o julgamento no Supremo Tribunal Federal da ADI 4275 que expandiu a abrangência do art. 121, § 2º, inciso VI do Código Penal. A terceira possibilidade retrata os casos em que a pessoa intersexual não deseja se enquadrar em um desses gêneros, de forma que no caso de um atentado contra a vida da pessoa intersexual motivado pela condição de ser intersexual seria possível o enquadramento desse crime em LGBTIfobia, que equipara-se ao crime de racismo consoante julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 26 e no Mandado de Injunção 4733.

A última possibilidade fundamenta-se na utilização do princípio da restritividade não apenas como método de valoração da prova, mas como método de interpretação da lei, restringindo a abrangência da qualificadora e submetendo a comunidade intersexual ao limbo jurídico.

Só o tempo dirá se a comunidade intersexual e demais grupos minoritários terão seus direitos respeitados ou se a sociedade partirá à barbárie.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BUTLER, Judith. **Undoing gender**. 1. ed. New York: Routledge, 2004.

BRASIL. **Código penal. decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.664/2003**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 13 mai. 2003. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm. Acesso em: 01 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4.275/DF. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou de realização de tratamentos hormonais ou patologizantes.** Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 1º de março de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&text=.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF.** Requerente: Partido Popular Socialista – PPS. Interessados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 01 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção 4733/DF.** Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 01 dez. 2019.

DIAS, Maria Berenice et al. **Intersexo: aspectos: jurídicos, internacionais, trabalhistas, registrais, médicos, psicológicos, sociais, culturais.** 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FAUSTO-STERLING, Anne. **Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality.** 1. ed. New York: Basic Books, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.** 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte especial, arts. 121 a 212 do código penal: volume 2.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E OS CRIMES OMISSIVOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

THE THEORY OF THE DOMAIN OF THE FACT AND THE OMISSIVE CRIMES IN THE BRAZILIAN JURISPRUDENCE

Talita Cristina Fidelis Pereira Biagi¹

Luiza Radigonda Lopes²

RESUMO: A presente pesquisa visa verificar na jurisprudência nacional a aplicação equivocada da teoria do domínio do fato desenvolvida por Claus Roxin em situações que envolvam crimes omissivos impróprios. Após o julgamento da Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal, e a tentativa de criar responsabilidade penal aos acusados com fundamento da teoria do domínio do fato, a jurisprudência pátria tem criado uma universalidade à referida teoria que não condiz com aquilo que seu precursor propôs. O conceito de domínio do fato foi utilizado pela Suprema Corte de forma vazia, descomprometida, sendo possível afirmar que houve uma transfiguração desta para aplicá-la com a finalidade de criar imputação penal nos crimes omissivos impróprios. A pesquisa se pauta no estudo da teoria do domínio do fato e nas teorias que explicam a responsabilidade nos crimes omissivos impróprios, para constatar que os tribunais brasileiros, em sua grande maioria, estão cada dias mais distantes da dogmática penal.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do domínio do fato; omissão imprópria; responsabilidade penal.

ABSTRACT: This study aims to analyze the mistaken application of the ‘domination of the act’ theory by Claus Roxin in the national jurisprudence, when used in situations that involve omissive

1 Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Docente em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Londrina. Advogada. E-mail: talita@talitafidelis.com.br

2 Graduanda do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Londrina. E-mail: luizarlopes98@gmail.com

crimes. After the trial of Criminal Action 470 in the Brazilian Federal Supreme Court and the attempt to creating criminal liability for defendants by applying the theory of the ‘domination of the act’, the Brazilian jurisprudence has created a theory-based universality that does not combine with what its precursor had proposed. The concept of domain of the fact was employed by the Supreme Court in an empty, uncommitted manner, and it is possible to imply its transfiguration has occurred aiming the creation of criminal responsibility in the improper omissive crimes. This research supports itself on the ‘domination of the act’ by Roxin and also on theories which explain the responsibility in the improper omissive crimes, coming to the conclusion that the vast majority of Brazilian courts are drifting apart from the criminal dogmatic.

INTRODUÇÃO

A teoria do domínio do fato, após o julgamento da Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal (STF), se tornou uma saída dogmática na jurisprudência brasileira para a imputação de crimes a agentes, em especial no âmbito empresarial. Em tempos contemporâneos à Operação Lava Jato, é notório o esforço dos julgadores – e o clamor da sociedade – para se alcançar a responsabilidade penal de acusados dirigentes de empresa e em casos que envolvam partidos políticos.

Entretanto, nesta expectativa de combate à corrupção e repressão dos crimes de colarinho branco, percebe-se certa distorção por parte dos tribunais na aplicação da teoria originariamente proposta por Claus Roxin, especialmente no tocante à teoria do domínio da organização, que em tese, conforme a distinção feita pelo jurista alemão quanto às formas de domínio do fato, deveria integrar a classificação de autoria mediata (domínio da vontade).

Assim, ao aplicarem a teoria do domínio da organização como teoria autônoma e independente do domínio do fato, os tribunais arbitrariamente a modificam, de modo a viabilizar sua ampliação e conseqüente desvirtuação. Isto porque muitas vezes a utilizam como fundamento para condenar, quando não há de fato elementos probatórios suficientes para a imputação proposta nos ditames do direito penal brasileiro.

A importação da referida teoria, que na verdade deveria servir como critério restritivo do conceito de autor, seguindo a proposta do Código Penal alemão, tem-se dado por expandí-lo, de modo a resultar, por vezes, na responsabilidade

penal objetiva dos acusados que ocupam um cargo de maior responsabilidade, sem que se dê a devida atenção aos outros critérios necessários para uma responsabilização penal devida e subjetiva.

Destarte, através de réplica do voto da Ministra Rosa Weber, no julgamento da Ação Penal 470 no STF, no que se refere à aplicação da teoria do domínio do fato em crimes envolvendo empresários - uma vez que desta se utiliza, nestes casos, para a fundamentação da autoria – a presente pesquisa irá verificar os supostos equívocos existentes e como o problema de política criminal decorrente da necessidade de se punir superiores hierárquicos que se escondem por trás de pessoas jurídicas poderia ser resolvido dentro da dogmática penal brasileira.

2. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A doutrina penal brasileira, alguns anos atrás, limitava-se ao estudo do concurso de pessoas com a análise do artigo 29 do Código Penal brasileiro (CP)³, sob o aspecto do chamado conceito unitário de autor.⁴ Autor é todo aquele que concorre para o crime, respondendo todos pelo mesmo tipo penal, sendo que a única matização existente é no tocante à pena: *na medida de sua culpabilidade*.

Este modelo tradicional, clássico, e unitário de autor esteve presente na doutrina e jurisprudência nacional durante muitos anos. Com o aumento da criminalidade econômica, e com o surgimento de legislações que começaram a ampliar o artigo 29 do CP⁵, alguns problemas no âmbito dogmático começaram a surgir e a responsabilização penal do “homem de trás” na estrutura empresarial se tornou tarefa árdua.

Um dos exemplos desta tentativa legislativa de ampliar o artigo 29 do CP foi o disposto no artigo 75 do Código de Defesa do Consumidor⁶. Na primeira parte do dispositivo o legislador apenas “copiou” a determinação que já estava

3 Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

4 Leciona Damásio de Jesus que a teoria unitária “tem como fundamento a unidade de crime. Todos os que contribuem para a integração do delito cometem o mesmo crime. Há unidade de crime e pluralidade de agentes.” JESUS, Damásio de. **Direito penal**, volume 1: parte geral – 34. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 454.

5 Como exemplos, o artigo 11 da Lei nº 8137/90, artigo 75 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 2º da Lei 9605/98.

6 Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código incide nas penas a esse cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir, ou de qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

contida no artigo 29 do CP, sendo portanto desnecessário, e mais um exagero penal. Observada a má redação da segunda parte do dispositivo, por sua vez, é de fácil constatação que o legislador buscou inovar, contrariando princípios penais e dando margem à admissão da responsabilidade penal objetiva. Assim sendo, alguns doutrinadores repudiam esta interpretação, considerando-a ofensa direta ao princípio da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade, a partir fórmula *nullum crimen sine culpa*, expressa, de forma simples, que “não há crime sem culpabilidade”. Configura, portanto, um dos elementos básicos do Estado Democrático de Direito, como limite do poder punitivo estatal.⁷ Nesse sentido, em consonância ao princípio da responsabilidade penal subjetiva – o qual, inclusive, integra seu conceito e aplicação – o princípio da culpabilidade pauta-se na análise da culpa como exigência mínima da tipicidade penal, de modo a proibir a imputação penal pela mera causação de um resultado, isto é, sem que o agente tenha agido com dolo ou culpa (CP, artigo 18). Da mesma forma, tampouco pode a pena ultrapassar a medida da culpabilidade, sob pena de violação do princípio.⁸

Desse modo, pretende-se afastar a responsabilidade penal objetiva, a qual permitiria que o agente respondesse pelo simples fato de ter causado materialmente o evento, sem nenhum liame psicológico, bastando o dano para a aplicação da pena.

A partir disso, da seguinte maneira se posiciona José Geraldo Brito Filomeno quanto à responsabilidade nos delitos consumeristas:

sobretudo quando se trata de campanhas de publicidade enganosa ou abusiva, lançamento de produtos perigosos no mercado e outros atos atentatórios ao consumidor difusamente considerado, é extremamente difícil atribuir-se a pessoas determinadas a prática dos delitos definidos pelo Código do Consumidor ou legislação penal especial.⁹

Em crítica ao disposto no artigo 75 do diploma legal em tese, Manoel Pedro Pimentel bem assevera que “essa pretendida responsabilidade pela omissão do dever de fiscalizar é uma tentativa de escamotear a verdadeira doutrinária, responsabilizando pessoas jurídicas, pela prática dos chamados *crimes colegiados*,

7 OLIVÉ, Juan Carlos Ferré [et al.]. **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 97.

8 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** – 11. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 470/471.

9 GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto** – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 797.

através do recurso à fórmula da omissão do dever de fiscalizar.” Em seguida adverte que

deve o intérprete, portanto, tomar bastante cuidado para não incorrer no erro de reconhecer a mera *responsabilidade objetiva* do diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica, envolvendo em procedimento penal pessoas inocentes, que amargurarão os dissabores de uma acusação criminal, sem que fossem subjetivamente responsáveis.¹⁰

Outra parte da doutrina acredita que a enunciação trazida na segunda parte do artigo 75 não passa de mero dispositivo de caráter exemplificativo ou didático, apenas alertando as pessoas ali inseridas quanto ao cuidado que devem tomar em suas atitudes. Neste sentido, Sérgio Chastinet Duarte Guimarães salienta que

a única maneira de expurgar a responsabilidade penal objetiva do artigo 75 do Código de Defesa do Consumidor é considerar que a menção feita aos integrantes da pessoa jurídica é meramente exemplificativa, devendo o reconhecimento do concurso de pessoas nos crimes contra o consumo ficar sempre condicionado à medida da culpabilidade do agente.¹¹

Da mesma forma José Geraldo Brito Filomeno afirma que

vale mais o mencionado dispositivo, contudo, pelo seu caráter explicativo ou didático, lembrando-se a propósito que a chamada “lei dos crimes do colarinho-branco” (Lei nº 7.492/86), semelhantemente ao mencionado art. 75 do Código do Consumidor, chama a atenção dos diretores e administradores de entidades econômicas quanto à sua aprovação de atividades que redundem em prejuízo a investidores e outras pessoas interessadas, donde sua responsabilização também criminal (art. 25).¹²

É possível verificar a incansável tentativa legislativa de criar responsabilidade penal aos diretores, administradores, gerentes de pessoa jurídica, que muitas vezes não aparecem de forma tão clara da prática delituosa, mas que possuem um determinado poder de controle sobre o andamento do ilícito.

Pois bem, ante a ineficácia do Legislativo em inovar neste sentido – especialmente em razão da utilização de técnicas legislativas que violam preceitos basilares do Direito Penal – a jurisprudência precisou caminhar no sentido de trazer uma solução de política criminal ao problema apresentado. E neste sentido é que

10 PIMENTEL, Manoel Pedro. **Aspectos Penais do código de Defesa do consumidor**. Revista dos Tribunais, ano 79, v. 661, novembro de 1990, p. 256-257.

11 GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. **Tutela Penal do Consumo: abordagem dos aspectos do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 4º da Lei nº 8137, de 27 de dez. de 1990**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 55/56.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto** – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 784.

surge a aplicação da teoria do domínio do fato desenvolvida por Claus Roxin.

3. A APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E OS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

O ponto de partida da ideia de Roxin quanto à autoria no direito penal é que autor é a figura central do acontecer típico. O conceito de autor é indiferente em relação à culpabilidade e também não é mera questão de merecimento de pena ou determinação judicial da pena, sendo antes uma categoria relacionada ao tipo penal¹³.

Para Roxin, a utilização da teoria do domínio do fato tem a necessidade de diferenciar quem é autor e quem é partícipe dentro do acontecer típico. Tal necessidade surge em razão do disposto no Código Penal alemão no tocante ao concurso de agentes:

§ 25 Autoria

- (1) É punido como autor, quem comete o fato por si mesmo ou por meio de outro.
- (2) Se vários cometem conjuntamente o fato, cada um é punido como autor (coautor).

§ 26 Instigação

É punido como instigador, com pena igual à do autor, quem determinou dolosamente outro ao cometimento de fato antijurídico doloso.

§ 27 Cumplicidade

- (1) É punido como cúmplice quem prestou dolosamente auxílio a outrem para o cometimento de fato antijurídico doloso.
- (2) A pena do cúmplice tem como base a cominação dirigida ao autor. Ela deverá ser mitigada conforme o §49 Abs. 1.

Assim sendo, faz-se observar que no direito alemão tal distinção não é meramente simbólica, mas prática. O texto legal estabelece a classificação dos autores e partícipes, bem como a diferença da cominação de pena em cada situação, como demonstra o § 27, 2. Destarte, “a teoria do domínio do fato se propõe a

13 GRECO, Luis. LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. Revista dos Tribunais – RT 933/61 – Jul./2013. In BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais de Direito Penal e Processo Penal** – v. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1001.

auxiliar na subsunção do comportamento do autor ao § 25 StGB.”¹⁴

Neste ponto, a teoria do domínio do fato proposta por Roxin já se distancia do Direito Penal brasileiro, no qual o conceito de autor e partícipe referem-se, tão apenas, à questão da culpabilidade, conforme artigo 29 do CP.

Na teoria de Roxin, o domínio do fato como expressão da ideia reitora da figura central do acontecer típico manifesta-se de três formas concretas, a saber: o domínio da ação; o domínio da vontade e o domínio funcional do fato¹⁵.

O domínio da ação corresponde à autoria imediata, sendo autor aquele que realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo penal, cometendo o fato por si mesmo. Diferentemente do que previa a teoria subjetiva extrema na jurisprudência alemã, aquele que aperta o gatilho e mata é o autor imediato do crime de homicídio, ainda que não queira agir como tal. Do mesmo modo, também é autor imediato aquele que realiza a ação a mando de outrem, ou mesmo em erro de proibição inevitável determinado por um terceiro – sendo autor exculpado neste caso, mas ainda assim permanece autor do fato típico, ainda que não necessariamente o único¹⁶.

O domínio funcional do fato, por sua vez, refere-se à hipótese de coautoria. É quando a conduta delituosa se dá mediante a atuação coordenada, em divisão de tarefas, envolvendo pelo menos duas pessoas, as quais deverão partir de uma decisão conjunta para a prática do crime e atuar de forma relevante em sua realização. Neste caso ocorre a imputação recíproca, de modo que os (co)autores responderão pelo mesmo delito como um todo.¹⁷

É no tocante do domínio da vontade – correspondente a espécie de autoria mediata – que a aplicação da teoria de Roxin tem sido feita de maneira desvirtuada pelos tribunais brasileiros.

Conforme estipula o precursor da teoria, a autoria mediata se dá pelo domínio da vontade de um terceiro que, por alguma razão, é reduzido a mero instrumento, como se visualiza nas hipóteses de coação e erro (desde o erro de tipo até o erro de proibição evitável). Também o erro quanto à pessoa, que não

14 GRECO, Luis. LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. Revista dos Tribunais – RT 933/61 – Jul./2013. In BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais de Direito Penal e Processo Penal** – v. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 999-1000.

15 Ibidem, p. 1002.

16 GRECO, Luis. LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. Revista dos Tribunais – RT 933/61 – Jul./2013. In BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais de Direito Penal e Processo Penal** – v. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1003.

17 Ibidem, p. 1008.

diminui nem exclui nada do “homem da frente” basta para fundamentar uma autoria mediata, pois esta, para Roxin, encontra sua razão última no conhecimento superior do homem de trás, que lhe permite controlar o homem da frente como se fosse uma marionete. Nestes casos, tanto o homem de trás, quanto o homem da frente serão autores, reconhecendo então Roxin a possibilidade de autoria mediata por meio de um instrumento plenamente responsável.¹⁸

Além da possibilidade de autoria mediata pela coação ou erro, propõe Roxin uma terceira possibilidade de domínio da vontade por meio de um *aparato organizado de poder*. Esta, também denominada domínio da organização, é onde encontramos a maioria dos fundamentos das decisões jurisprudências brasileiras quando do uso, muitas vezes equivocado, desta teoria.

Para o autor¹⁹, o domínio da organização exige a presença dos seguintes requisitos²⁰:

- a) emissão de uma ordem a partir de uma posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada;
- b) organização dissociada do direito;²¹
- c) fungibilidade dos executores, funcionando estes como meras engrenagens de uma estrutura automática.

Neste ponto é que a decisão do STF na AP 470 criou um “precedente”, em um sentido mais estrito, e desde então está sendo replicada pelos tribunais inferiores, e pela própria Suprema Corte, de maneira completamente dissociada da formulação de Roxin.²²

18 Ibidem, p. 1004.

19 As noções gerais da teoria do domínio do fato aqui apresentadas encontram-se baseadas em artigo fundamental para a compreensão do tema desenvolvido por Luis Greco e Alaor Leite, ambos orientandos do Professor Claus Roxin, cf. GRECO, Luis. LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. Revista dos Tribunais – RT 933/61 – Jul./2013. In BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais de Direito Penal e Processo Penal** – v. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

20 Ibidem, p. 1005. Também encontrado em: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré [et al.]. **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 547/548. Esta obra conta com apresentação e prólogo redigidos pelo Professor Claus Roxin.

21 Pois em estruturas dissociadas do direito, a responsabilidade tende não a diminuir e sim a aumentar em função da distância que se encontra um agente em relação ao acontecimento final. Não significa que os executores sejam meros partícipes, pois realizam por mão própria todos os elementos de um tipo penal e tem, portanto, domínio sobre a ação, sendo autores.

22 Válido ressaltar que o Ministro Ricardo Lewandowski, em avanço, externou sua preocupação à época, conforme se observa no trecho retirado das fls. 56.817 e ss. dos autos de AP 470: “Então é isso, eminente Decano, sem querer divergir de Vossa Excelência, quero apenas expressar essa minha preocupação, que foi a preocupação do próprio Claus Roxin, porque, se essa teoria for aplicada sem nenhum temperamento, amanhã, por exemplo, o presidente da Petrobrás poderá ser responsabilizado por um vazamento numa plataforma de petróleo, porque teoricamente ele tinha o Domínio do fato; ou o chefe de redação ser responsabilizado por um artigo, que algum jornalista publique, ofensivo a algum cidadão; e assim por diante, os exemplos seriam múltiplos. Então é

A dificuldade de aplicação do entendimento do STF da teoria do domínio do fato se amplia ainda na medida em que cada ministro profere o seu voto de forma diferente, não havendo uma posição unitária da Corte, e dificultando, assim, o precedente, ainda que fático.

Ante a ausência de uma posição consolidada do Supremo sobre a teoria do domínio do fato, é quase impossível encontrar sua *ratio decidendi* que poderia ter efeitos vinculantes e permitir a desincumbência argumentativa²³ - nos termos utilizados por Alaor Leite.

O autor entende que os ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da referida Ação Penal, na verdade buscavam aplicar a teoria do domínio da organização e não a teoria do domínio do fato, pois pretendiam “fundamentar a punição de determinados acusados que gozavam de posições hierárquicas de destaque”²⁴.

Logo, a partir deste “precedente”, na tentativa de atribuir responsabilidade penal aos acusados com fundamento da teoria do domínio do fato, a jurisprudência pátria tem criado uma universalidade à referida teoria que não condiz com aquilo que seu precursor propôs.

O conceito de domínio do fato foi utilizado pela Suprema Corte de forma vazia, descomprometida com os fundamentos basilares que a ciência penal tanto se debruçou em determinar, o que tem causado verdadeira insegurança jurídica quando da sua aplicação pelos tribunais inferiores²⁵.

É possível compreender o recurso à teoria do domínio da organização como uma tentativa de transformar em autores (mediatos) de delitos praticados no interior de estruturas organizacionais aqueles que não cometem os fatos com as próprias mãos, mas por meio de outrem, ou aqueles que tinham o conhecimento dos fatos e deveriam, em razão disso, evitá-los.

É possível verificar em muitas decisões dos Tribunais, em especial do Tribunal Regional Federal da 4ª região (TRF4), que os julgadores se apoiam na

muito importante, eminente Decano, em quero expressar, mais uma vez, minha preocupação com relação à possível banalização dessa teoria e a aplicação que será feita não apenas pelos juízes brasileiros, mas também, por membros do Ministério Público.”

23 LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. Revista Brasileira de Ciências Criminais – 106/47 – jan.2014. In BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais de Direito Penal e Processo Penal** – v. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 485/532.

24 Ibidem, p. 505.

25 GRECO, Luis. LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. Revista dos Tribunais – RT 933/61 – Jul./2013. In BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais de Direito Penal e Processo Penal** – v. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1001.

teoria do domínio da organização – como se fosse diferente da teoria do domínio do fato – para criar responsabilidade penal para dirigentes de empresa que, em determinadas situações tinham o dever de agir pra evitar determinado resultado danoso.

A 8ª Turma do TRF4, em diversos acórdãos, utiliza o fundamento da Ministra Rosa Weber na AP 470 quanto à aplicação da teoria do domínio do fato, no seguinte sentido, com o nosso grifo:

A responsabilização criminal daquele que não atua nos atos finais, como na espécie, com razão é muito debatida da doutrina e na jurisprudência. Por todos os julgados, pertinente fazer referência ao paradigmático julgamento da Ação Penal nº 470/STF (caso “Mensalão”), tratado como teoria do domínio do fato. Daquele precedente, faço uso das considerações lançadas pela e. Ministra Rosa Weber:

A teoria do domínio do fato, como gênero, deve ser aplicada no caso de crimes cometidos pelos altos dirigentes de entidades empresariais na sua espécie conhecida como domínio das organizações. **Diferentemente da teoria do domínio do fato - cujo intuito principal é distinguir de maneira precisa as figuras do autor e do partícipe -, a teoria do domínio da organização, também desenvolvida por Claus Roxin, situa-se como forma autônoma de autoria mediata, em que o líder da organização, dotado de poder de mando (“homem de trás”), determina a prática delitiva, podendo ser responsabilizado por esta.**

Embora a adoção da teoria do domínio das organizações tenha surgido em contexto bastante específico, a partir dos crimes havidos no estado totalitário alemão, tenho que a mesma bem explica a atuação do autor mediato (o homem de trás) no contexto de crimes praticados por intermédio de organizações.

Explicando a posição de Roxin sobre o tema, na perspectiva do direito alemão, Alaor Leite assevera que o domínio das organizações ocorre quando “o homem de trás (a) dominar um aparato organizado de poder desvinculado da ordem jurídica e (b) possuir poder de mando, (c) pode emitir ordens que serão cumpridas por executores fungíveis, e é exatamente o domínio dessa estrutura organizacional com funcionamento automático que transformaria, segundo Roxin, em autor mediato dos delitos perpetrados pelos executores imediatos”. (LEITE, Alaor. in *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Luis Greco ...[et alli]. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 139/140).

Não se ignora que a posição de Alaor Leite, frente ao direito brasileiro, colocaria o tema na perspectiva de crime omissivo impróprio, na forma do art. 13, § 2º, do Código Penal.

Todavia, a “importação da teoria” para a teoria no direito brasileiro, para bem explicar a questão da autoria mediata de crimes no meio de empresas que acaba

por realizar atividades ilícitas, por meio de seus mais elevados administradores, parece-me apropriada, ainda que originalmente ela exigisse apropriação ilícita das estruturas do Estado.

Mas, de qualquer forma, não basta que o agente ocupe posição de proeminência hierárquica na estrutura da organização, **mas que reste demonstrado que ele efetivamente participa na tomada de decisão, ainda que não realize pessoalmente os elementos tipificadores do crime, mas determine ou permite que seus subordinados hierárquicos o façam, para atender determinação do “homem de trás” e no interesse da organização.**²⁶

Não se atentando ao erro teórico quanto à confusão entre teoria do domínio do fato e teoria do domínio da organização – tampouco se faz possível a aplicação da teoria do domínio da organização em organizações lícitas, dentro do Direito e não dissociadas a estas – o presente estudo analisa a tentativa, ainda que de forma oculta, de se criar responsabilidade penal decorrente de condutas omissivas daqueles que possuem posição hierárquica dentro de determinadas empresas, com fundamento na teoria de Claus Roxin.

Roxin, todavia, afirma que o critério do domínio do fato não é aplicável a todas as espécies de delitos, ou seja, é uma teoria que não busca a universalidade. Há delitos cuja autoria se determina com base em outros critérios, que não a ideia de domínio do fato, como os chamados por ele delitos de dever.²⁷

Estes, também chamados pelos espanhóis de delitos de violação de dever, são tipos penais em que o legislador, ao invés de descrever da forma mais precisa possível as ações humanas que lesionam o bem jurídico, serve-se de outra técnica e se apoia em deveres, concretizados em outros setores da ordem jurídica, e cuja violação passa a ser um requisito do tipo penal²⁸.

Nestes casos, Roxin entende como autor aquele que viola um dever especial, pouco importando o domínio que tenha sobre o fato; quem concorre para o fato sem esse dever será mero partícipe.

Autor é apenas – e sempre – aquele que possui o dever elevado a requisito do tipo penal em questão. A razão da proibição penal, nesses casos, é a violação de deveres ligados a um papel social assumido pelo próprio sujeito, mas a infração

26 Esta mesma passagem é verificada em mais de oito julgados do TRF4 apenas neste ano de 2019, conforme demonstra levantamento realizado em novembro do referido ano.

27 GRECO, Luis. LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. Revista dos Tribunais – RT 933/61 – Jul./2013. In BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais de Direito Penal e Processo Penal** – v. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1008/1009.

28 Ibidem, p. 1010/1011.

ao dever não constitui, ao contrário do que afirma Jakobs, o conteúdo do injusto típico, sendo apenas determinante para o conceito de autor²⁹.

Os delitos omissivos impróprios, por sua vez, são exemplos de delitos de dever. Afirma Alaor Leite³⁰, nos exatos termos do proposto por Claus Roxin, que os crimes omissivos não podem ser regidos pelos critérios da teoria do domínio do fato pois pressupõem, necessariamente, um controle ativo do curso causal e não pode ser atingido por um mero não fazer. Por se tratarem de delitos especiais – só podem ser cometidos por aqueles que estão na posição de garante – tal fato também impede a aplicação da teoria do domínio do fato.

De forma oculta, os Tribunais buscam responsabilizar o superior hierárquico por não ter dado um comando no sentido de impedir o resultado, ou não ter realizado qualquer que fosse a conduta devida, mas o fazem imputando o delito na sua forma comissiva, e utilizando-se da teoria do domínio da organização para “criar responsabilidade penal”.

O que se percebe é que, com a utilização da teoria do domínio da organização, os julgadores pretendem imputar fatos a dirigentes de empresas, em sua forma comissiva quando, em verdade, correspondem a situações em que a imputação como crime omissivo impróprio resolveria o problema.

Preceituam Luís Greco e Augusto Assis que

há uma posição de garantidor do gerente tanto no que se refere à vigilância dos produtos que a empresa põe no mercado, quanto às pessoas que atuam no seio da empresa (ainda que restringida a delitos <referidos à empresa>). Isso significa que o que se está tentando obter por meio da teoria do domínio do fato – a responsabilização do superior hierárquico – na verdade, já é possível e deve ser feito principalmente com base no art. 13, §2º, CP, isto é, no delito de omissão imprópria.³¹

Importante fazer aqui referência à obra de Pierpaolo Cruz Bottini sobre os crimes de omissão imprópria³². O autor divide os crimes de omissão imprópria entre aqueles ligados a *riscos próprios* – neste caso a posição de garante estaria

29 GRECO, Luis. LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. Revista dos Tribunais – RT 933/61 – Jul./2013. In BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais de Direito Penal e Processo Penal** – v. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1011.

30 LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. Revista Brasileira de Ciências Criminais – 106/47 – jan.2014. In BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais de Direito Penal e Processo Penal** – v. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 485/532.

31 GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In GRECO, Luís [et al.]. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro** – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 116/117.

32 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

baseada na ingerência (alínea *c* do artigo 13, §2º do CP) – e aqueles ligados a *riscos alheios* – com a posição de garante baseada na lei ou assunção (alínea *a* e *b* do artigo 13, §2º, CP).

Contudo, o que se pretende com esta pesquisa é demonstrar que, nos casos de autoria mediata – não obstante a incansável tentativa de utilização da teoria roxiniana do domínio da organização, o fundamento da imputação deveria ser a ingerência, e não a teoria do domínio do fato.

Sobre o tema, Carlos Gómez-Jara Díez³³ realiza importante estudo no qual demonstra que a jurisprudência alemã tem caminhado no sentido de relativizar a teoria do domínio da organização proposta por Roxin para que seja possível aplicá-la dentro de estruturas empresariais não dissociadas do Direito.

Contudo, não se pretende neste estudo demonstrar a possibilidade, ou impossibilidade, de aplicação da teoria do domínio da organização no âmbito empresarial, mas demonstrar que o modo como esta foi aplicada pela Ministra Rosa Weber no julgamento da AP 470, e que vem sendo replicada, de maneira desmedida, pelos tribunais inferiores, na verdade não passa de responsabilidade penal decorrente de omissão.

Ou seja, imputam-se aos agentes condutas comissivas, com fundamento na teoria do domínio da organização, quando na verdade trata-se de omissão imprópria decorrente de ingerência, quando o superior hierárquico da empresa tem uma ação positiva que cria ou aumenta o risco de determinado ilícito ser cometido por seus inferiores, e não age no sentido de evitar que tal ilícito ocorra, concorrendo, em tese, para a prática do crime.

O que se visa com este artigo é a demonstração da notória necessidade de responsabilização dos agentes que se escondem por trás de determinada pessoa jurídica, na atual *política criminal*, e de que os argumentos jurisprudenciais no sentido de imputar determinado delito aos superiores hierárquicos de uma empresa com fundamento na teoria do domínio da organização poderia ser resolvida através da responsabilidade penal em sua forma omissiva imprópria.

Ocorre que, a responsabilização dos dirigentes, superiores de determinada empresa, com fundamento na posição de garante, a qual traz a responsabilidade pelos riscos criados, exige do aplicador maior rigorismo à dogmática penal, posto que não se pode imputar todo e qualquer resultado danoso decorrente da ativi-

33 GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa em virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.68/2007, p. 141-181, set-out. 2007.

dade empresarial àquele que estava na posição de garante.

Muito provavelmente, por esta razão, é que a jurisprudência esbarra nesta dificuldade e encontra na “teoria do domínio do fato” uma saída dogmática – ainda que importada e transfigurada – de responder aos anseios populares.

CONCLUSÃO

A teoria do domínio da organização, como espécie de domínio da vontade, foi idealizada – assim como a teoria maior do domínio do fato – como critério de diferenciação e delimitação da autoria e da participação nas hipóteses de concurso de agentes, de modo a suprir as falhas anteriormente observadas em decorrência da teoria subjetiva que era aplicada para fins de responsabilização penal no direito alemão.

Não obstante o Código Penal brasileiro, diferente da legislação alemã, pausar-se no conceito unitário de autor – segundo a qual não se diferencia autor e partícipe – recentes expressões legislativas e doutrinárias vieram no sentido de relativizar a teoria monista, possibilitando a aplicação da teoria do domínio do fato.

A partir do presente estudo, entretanto, observa-se que a aplicação da teoria do domínio da organização realizada pelos tribunais pátrios, além de ignorar o fato de que seu precursor não prevê a possibilidade de sua utilização do âmbito empresarial, tem sido empregada por mero capricho dos julgadores, uma vez que, na verdade, os julgados colacionados demonstram que a intenção no uso da teoria como critério de imputação de crimes aos dirigentes de empresa seria facilmente sanado fosse observado o artigo 13, § 2º do Código Penal.

Isto porque colocam-se referidos acusados na posição de garantidor dos atos realizados dentro e pela pessoa jurídica, de modo que sua responsabilização por crime omissivo impróprio, precisamente pela hipótese de ingerência, é o caminho a ser seguido, quando observados os critérios que possibilitem uma responsabilidade penal subjetiva. A importação de teorias estrangeiras – e tampouco suas deturpações – não pode ser tolerada como elemento de vaidade nas decisões dos tribunais, a qual tem-se utilizado como forma de relativização da dogmática penal.

REFERÊNCIAS

- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- BRASIL. Lei 2.848, de 07 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2019.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 29 nov. 2019.

_____. Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990. **Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 29 nov. 2019.

_____. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. **Lei de Crimes Ambientais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 29 nov. 2019.

GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa em virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.68/2007, p. 141-181, set-out. 2007.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In GRECO, Luís [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luis; LEITE, Alair. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. Revista dos Tribunais – RT 933/61 – Jul./2013. In BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais de Direito Penal e Processo Penal** – v. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. **Tutela Penal do Consumo: abordagem dos aspectos do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 4º da Lei nº 8137, de 27 de dez. de 1990**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**, volume 1: parte geral – 34. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Alair. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. Revista Brasileira de Ciências Criminais – 106/47 – jan.2014. In BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais de Direito Penal e Processo Penal** – v. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré [et al.]. **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Aspectos Penais do código de Defesa do consumidor**. Revista dos Tribunais, ano 79, v. 661, novembro de 1990.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral – 11. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ENTRE DEFESAS E ACUSAÇÕES: OS DESAFIOS DE UM FUTURO INCERTO AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Fernanda Miler Lima Pinto¹

RESUMO: O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado pelo Tratado de Roma e aprovado em 1998. A criação desse órgão constituiu um importante passo em âmbito internacional para se levar ao julgamento, em uma corte permanente, chefes de estado ou mesmo indivíduos comuns pela prática de delitos de alta gravidade, que costumavam ficar impunes. As origens para a criação da corte remontam ao período do fim da Segunda Guerra Mundial, um momento lastimoso, quando as atrocidades cometidas ultrapassaram os limites da barbárie, resultando em mais de 50 milhões de mortes. Percebendo esse contexto, os vencedores acordaram em instituir maneiras de punir o que passou a ser considerado crime contra a humanidade, e assim foram instituídos os tribunais de Nuremberg e de Tóquio. Mais tarde, outros tribunais *ad hoc* foram criados para fazer cessar abusos cometidos em outras guerras durante o período, como no caso da intervenção nas guerras da Iugoslávia e da Ruanda. A atuação dessas cortes trouxe a possibilidade revolucionária de julgar pessoas que praticaram delitos graves em conflitos considerados de caráter doméstico, os quais até o momento não se enquadravam na legislação penal internacional. A partir disso, decide-se criar um tribunal permanente, para evitar a seletividade de tribunais *ad hoc*, como ocorreu na investigação e punição dos massacres em Camboja, nos 1970. Assim foi instituída a Corte Penal Internacional, sediada em Haia, na Holanda, a qual tem competência para julgar os chamados crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, genocídio e crime de agressão. O Brasil somente reconheceu a jurisdição do TPI em 2002, quando ratificou o pacto, após aprovação do Congresso Nacional. No entanto, dessa data até hoje, o TPI ainda é um

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal. Advogada. E-mail: fernandamlp1206@gmail.com

desconhecido para muitos brasileiros. Esse trabalho é desenvolvido a partir de uma análise bibliográfica, buscando fortes nacionais e estrangeiras, artigos científicos, livros, matérias jornalísticas e entrevistas sobre o assunto. O objetivo aqui é apresentar e analisar algumas das principais críticas direcionadas ao TPI que estão contribuindo para sua instabilidade.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional; Estatuto de Roma; Instabilidades; Futuro Incerto.

ABSTRACT: The International Criminal Court (ICC) was established by the Treaty of Rome and approved in 1998. The establishment of this body was an important step in international environment to bring to trial in a permanent court, heads of state, or even ordinary individuals for committing high-gravity crimes that used to go unpunished. The origins of the creation of the court date back to the end of World War II, a pitiful moment when atrocities were committed beyond barbarism, resulting in over 50 million deaths. Realizing this context, the winners agreed to institute ways to punish what is now considered a crime against humanity, and so the Nuremberg and Tokyo courts were instituted. Other *ad hoc* courts were later set up to cease abuses committed in other wars during the period, such as intervention in the Yugoslavia and Rwanda wars. The performance of these courts has brought the revolutionary possibility of prosecuting people who have committed serious crimes in conflicts considered to be domestic, which so far have not been in international criminal law. Thus, it is decided to create a permanent court to prevent the selectivity of *ad hoc* courts, as occurred in the investigation and punishment of the massacres in Cambodia in the 1970s. Thus the International Criminal Court, located in The Hague, The Netherlands, which has jurisdiction to prosecute so-called crimes against humanity, war crimes, genocide and crime of aggression. Brazil only recognized the jurisdiction of the ICC in 2002, when it ratified the pact, after approval by the National Congress. However, from this date until today, the ICC is still unknown to many Brazilians. This work is developed from a bibliographical analysis, searching national and foreign sources, scientific articles, books, journalistic articles and interviews about this subject. The objective here is to present and analyze some of the main criticisms

directed at the ICC that are contributing to its instability

Keywords: International Criminal Court; Rome Statute; Instabilities; Uncertain future.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, o Tribunal Penal Internacional (TPI) figurou como alvo de diversas críticas, desde os anúncios de saída de países africanos às duras declarações do presidente estadunidense, Donald Trump, atacando essa corte ao não reconhecer sua jurisdição, legitimidade e autoridade. Por outro lado, a corte de Haia também tem muitos defensores que buscam as origens desse órgão para justificar sua existência.

Esse trabalho é desenvolvido a partir de uma análise bibliográfica, buscando fortes nacionais e estrangeiras, artigos científicos, livros, matérias jornalísticas e entrevistas sobre o assunto. O objetivo aqui é apresentar e analisar algumas das principais críticas direcionadas ao TPI que estão contribuindo para sua instabilidade. A hipótese inicial que norteia a pesquisa defende que o funcionamento, a política e princípios do TPI, por estarem em desacordo com os movimentos da política global atual comprometem a sustentabilidade dessa corte.

A estrutura do exposto a seguir é organizada em, primeiramente, apresentar aspectos essenciais para compreender minimamente a história, os princípios e o funcionamento do TPI, para em seguida discutir aspectos que estão influenciando o futuro desse órgão. Os resultados de pesquisa demonstram que a hipótese inicial se sustenta, mas não sozinha, sendo necessário apresentar aspectos que *a priori* não tinham sido considerados como os motivos da saída dos países africanos do TPI e a força da rejeição de potências globais a essa corte.

2. UMA CORTE EM HAIA: HISTÓRIA, PRINCÍPIOS E CASOS

A história do direito internacional humanitário, em meio à admissão da existência de conflitos armados e à busca de limites às consequências de guerras, convergiu esforços no sentido de estabelecer padrões mínimos de cooperação e autolimitação entre países. A partir disso, impondo restrições ao exercício ilimitado da força, mesmo em situações adversas (conflitos armados), pôde-se construir a possibilidade de confluir normas de interesse recíproco e de inspiração ética (SABOIA, 2000, p. 02). O Tribunal Penal Internacional (TPI) é criado nesse ambiente.

O estatuto de Roma foi aprovado em 1998 e criou o TPI. Esse fato constituiu um importante passo em âmbito internacional para se levar ao julgamento, em uma corte permanente, chefes de estado ou mesmo indivíduos comuns, pela prática de delitos de alta gravidade, que costumavam ficar impunes, principalmente devido ao princípio da soberania. (LEWANDOWSKI, 2002).

Ao final do século XX, algumas circunstâncias motivaram a criação dessa corte, fomentadas por mais de 50 anos. Acerca disso, Saboia (2000, p. 02) destaca três pontos fundamentais: 1) O fim da guerra fria flexibilizou os alinhamentos ideológicos que impediam a movimentação do direito internacional nesse direção; 2) A globalização e interdependência entre os países tornaram cada vez mais necessárias a construção de um conjunto normativo para as relações internacionais, inclusive como forma de proteção contra a atuação ilícita de atores não estatais; 3) Conflitos étnicos, raciais e religiosos acentuados pelas tendências de fragmentação do pós-guerra fria, nos quais ocorreram catástrofes humanitárias, colocaram em risco a ordem jurídica, a paz e segurança internacionais. Isso mobilizou atores internacionais e a opinião pública em favor da capacidade de sanção do direito internacional nessa situação.

A criação desse órgão constituiu um importante passo em âmbito internacional para se levar ao julgamento, em uma corte permanente, chefes de estado ou mesmo indivíduos comuns pela prática de delitos de alta gravidade, que costumavam ficar impunes. Os crimes investigados e julgados pelo Tribunal Internacional Penal são explicitados no artigo 5º do Estatuto de Roma, quais sejam: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão². Esses três primeiros delitos estão definidos nos artigos 6º,

2 Enrique Ricardo Lewandowski (2002, p. 192-193) explica resumidamente a definição desses crimes: “O Estatuto define o *crime de genocídio* como qualquer ato praticado “com intenção de destruir total ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, compreendendo: (1) matar membros do grupo; (2) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (3) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física, total ou parcial; (4) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e (5) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. Os *crimes contra humanidade*, qualificados como “qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque”, incluem: (1) homicídio; (2) extermínio; (3) escravidão; (4) deportação ou transferência forçada de populações; (5) encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional; (6) tortura; (7) estupro; (8) escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada ou outros abusos sexuais graves; (9) perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos; (10) desaparecimento de pessoas; (11) *apartheid*; e (12) outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas. São *crimes de guerra* os praticados em conflitos armados de índole internacional ou não, em particular quando cometidos como parte de um plano ou política para cometê-los em grande escala, abrangendo violações graves das Convenções de Genebra de 1949 e demais leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados, especialmente:

7º e 8º, respectivamente, do estatuto de Roma. No entanto, acerca desse último, até pouco tempo, não existia uma definição concreta para o crime de agressão, a qual somente foi decidida em 2010, após acordo na Conferência de Campala, Uganda, que resultou na Resolução RC/Res.6³.

Os efeitos das situações acima destacadas por Saboia ([200-?], p. 02) e a causa das atrocidades cometidas durante o período da Segunda Guerra Mundial, ultrapassando os limites da barbárie com mais de 50 milhões de mortes deram motivos para que os vencedores instituíssem maneiras de punir o que passou a ser considerado crime contra a humanidade. Dessa maneira, foram instituídos os tribunais de Nuremberg e de Tóquio.

Mais tarde, outros tribunais *ad hoc* foram criados para fazer cessar abusos cometidos em outras guerras durante o período, como no caso da intervenção nas guerras da Iugoslávia e da Ruanda. A atuação dessas cortes trouxe a possibilidade revolucionária de julgar pessoas que praticaram delitos graves em conflitos considerados de caráter doméstico, os quais até o momento não se enquadravam na legislação penal internacional.

A partir disso, decide-se criar um tribunal permanente, para evitar a seletividade de tribunais *ad hoc*, como ocorreu na investigação e punição dos massacres em Camboja, em 1970. Assim foi instituída a Corte Penal Internacional, sediada em Haia, na Holanda. O Brasil somente reconheceu a jurisdição do TPI em 2002, quando ratificou o pacto, após aprovação do Congresso Nacional⁴. No entanto, dessa data até hoje, o TPI ainda é um desconhecido para muitos brasileiros e enfrenta diversos problemas para ter sua importância reconhecida e garantir suas decisões. Essas dificuldades se justificam em grande parte também por conta

(1) homicídio doloso; (2) tortura e outros tratamentos desumanos; (3) ataque a civis e destruição injustificada de seus bens; (4) tomada de reféns; (5) guerra sem quartel; (6) saques; (7) morte ou ferimento de adversários que se renderam; (8) utilização de veneno e de armas envenenadas; (9) manejo de gases asfixiantes ou armas tóxicas; (10) uso de armas, projéteis, materiais ou métodos que causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários; (11) emprego de escudos humanos; (12) morte de civis por inanição; (13) organização de tribunais de exceção; e (14) recrutamento de crianças menores de 15 anos.” O crime de agressão teve sua definição decidida somente em momento posterior. Flávia Piovesan (2012, p. 147) explica: “Em 11 de junho de 2010, o Working Group sobre o crime de agressão adotou a Resolução RC/Res6, que introduz a definição do crime de agressão, os elementos do crime e o exercício de sua jurisdição, visando à emenda do Estatuto de Roma pelos Estados partes. Nos termos da proposta, crime de agressão compreende planejar, preparar, iniciar ou executar um ato de agressão, que, por sua natureza, gravidade e impacto, constitua uma manifesta violação à Carta da ONU, por parte de pessoa que esteja efetivamente no exercício do controle do Estado ou que diretamente tenha o controle político ou militar do Estado.”

3 Essa resolução está disponível no endereço eletrônico: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>

4 O texto do estatuto está disponível no endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm

dos princípios que deve seguir e seu histórico de julgamentos. Tendo em vista esses argumentos, destacam-se a seguir em tópicos separados alguns princípios caros ao TPI e também um breve panorama dos casos sob investigação e sob exame preliminar por essa corte.

2.1. APONTAMENTOS ACERCA DE ALGUNS PRINCÍPIOS DO TPI

O Estatuto de Roma explicita em seus artigos 20 ao 24, os princípios gerais e também regras de aplicação. Acerca dessas, o artigo 21 determina uma hierarquia para a aplicação da lei:

[...] primeiro, o Estatuto de Roma, com as definições e elementos de crimes e regras de prova e processo; depois, aplicação dos tratados e os princípios e regras de direito internacional; não sendo possível a aplicação destes, serão aplicadas as normas e princípios da lei dos Estados onde o crime foi cometido, desde que estes sejam compatíveis com os princípios do direito internacional. (AMBOS, 2000, p. 25)

Essa medida, segundo Kai Ambos (2000, p. 25) demonstra que “a Corte pode passar de uma fonte a outra até chegar na lei aplicável. Na prática significa sempre a possibilidade de recorrer-se à lei nacional, na medida em que o direito internacional não prevê regras em muitas áreas, particularmente na parte geral.”

Os princípios consagrados pelo Estatuto do TPI são elencados por Marielle Maia (2001, p. 73-75): 1) *Nullum crimen sine legem* (não há crime sem lei) – esse representa o conhecido princípio da legalidade, que consta no artigo 11, II, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 2) *Nulla poena sine legem* (não há pena sem lei) – a máxima também se relaciona com o princípio da legalidade, e determina que o condenado somente será punido mediante lei anterior que assim determine; 3) Irretroatividade – “Também ligada ao princípio da legalidade que busca eliminar a possibilidade de julgar, e de sentenças arbitrárias, mediante a aplicação de uma lei posterior ao feito, ou com base normativa prevista por um decreto ou outra disposição que não tenha *status* de lei.” (MAIA, 2001, p. 74); 4) Responsabilidade penal internacional individual – Esse princípio encontra amparo na jurisprudência do tribunal de *Nuremberg*⁵ e determina que os tri-

5 Segundo documento disponível do site do Tribunal Penal Internacional (International Criminal Court - ICC), a transcrição de alguns pontos da conferência “Julgamento de Nuremberg”, em ordem do 60º aniversário do julgamento de Nuremberg, durante a presidência do juiz Philippe Kirsch, destaca-se o excerto: “The first principle is that individuals can and should be held accountable for the most serious international crimes. The judgment of the Nuremberg Tribunal famously declared, ‘Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.’ Ensuring accountability is important in itself, but it is also

bunais internacionais possuem a competência para investigar suspeitos e julgar acusados de crimes de alta gravidade compreendidos no direito internacional; 5) Exclusão de jurisdição sobre menores de 18 anos – Adota-se a proteção a crianças e adolescentes em conformidade com as convenções internacionais da ONU; 6) Irrelevância de função oficial – Determina que independentemente do cargo ou posição oficial que suspeitos e acusados de praticar os delitos aqui em comento deverão ser investigados e julgados por essa Corte, no momento do cometimento do crime ou posteriormente; 7) Responsabilidade de comandantes e outros superiores – Refere-se à responsabilidade dos chefes militares e outros superiores quanto aos seus comandos, incluindo-se também a responsabilidade por omissão; 8) Imprescritibilidade – Os crimes de julgamento sob competência do TPI são imprescritíveis; 9) Elementos de intencionalidade – “Para os efeitos do Estatuto, entende-se que atua intencionalmente quem, em relação a uma conduta, propõe-se a incorrer nela; em relação a uma consequência, propõe-se a causa-la, ou é consciente de que a produzirá no curso normal dos acontecimentos.” (MAIA, 2001, p. 76); 10) Circunstâncias que excluem a responsabilidade penal – Previstas no artigo 31 do Estatuto de Roma; 11) Erro de fato ou erro de direito – “O erro de fato eximirá da responsabilidade penal, unicamente, se faz desaparecer o elemento da intencionalidade do referido crime; já o erro de direito constitui crime de competência do Tribunal.” (MAIA, 2001, p. 76). É considerado eximidor somente se desaparecer o elemento da intencionalidade. 12) Ordens superiores e disposições legais – As ordens superiores não são aceitas como circunstâncias eximidoras. Esse princípio já foi consolidado por outros instrumentos internacionais como a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado⁶ e a Convenção contra a Tortura⁷.

Além dessas características, Enrique Ricardo Lewandowski (2002, p. 192) destaca outros dois princípios: a complementaridade e a universalidade. O primeiro, talvez um dos mais notáveis para o TPI, versa que “a Corte somente atua se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de mitigar-lhe a sanção.” (LEWANDOWSKI, 2002, p. 192). O postulado defende

important because allowing impunity for widespread or systematic atrocities can have serious consequences for international peace.” (KIRSCH, 2006, p. 03)

6 Artigo 6º, I, da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado: “Nenhuma ordem ou instrução emanada de qualquer autoridade pública, civil, militar ou de outra natureza, poderá ser invocada para justificar um desaparecimento forçado. Qualquer pessoa que receba tal ordem ou instrução terá o direito e o dever de não lhe obedecer.”

7 Artigo 2º, III, da Convenção contra a Tortura: “A ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificação para a tortura.”

que em primeiro lugar os Estados tem o dever de reprimir os crimes capitulados pelo Estatuto de Roma, ainda mais porque o TPI não possui meios para fazer cumprir a pena determinada, ele precisa da cooperação dos estados para que haja uma repressão de modo mais eficaz. A Corte atua de modo subsidiário, quando as instituições nacionais falham no seu dever de investigar e julgar suspeitos e acusados no cometimento de crimes de alta gravidade contra a humanidade. Esse princípio leva em conta de modo determinante a soberania dos estados-parte. Gilberto Vergne Saboia (2000, p. 05) pontua que o TPI age numa lógica diferente dos tribunais *ad hoc*, visto que esses eram concorrentes e possuíam primazia sobre as cortes nacionais. O TPI, por outro lado, age em caráter excepcional, somente admissível nos casos em que se verifique a incapacidade e falta disposição dos Estados em processar os responsáveis.

O princípio da universalidade determina que “[...] os Estados-partes colocam-se integralmente sob a jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações.” (LEWANDOWSKI, 2002, p. 192).

Percebe-se pois que o pleno funcionamento e eficácia do trabalho efetuado pelo TPI depende da cooperação dos Estados para garantir as decisões e a legitimidade dessa corte. Essa dependência acaba por fragilizar o órgão no caso de ele se encontrar em cenário hostil para sua existência.

2.2. CASOS SOB INVESTIGAÇÃO E SOB EXAME PRELIMINAR NA CORTE DE HAIA

O processo legal do TPI se divide e segue a ordem de (1) exames preliminares, (2) investigações, (3) fase de pré-julgamento, (4) fase de julgamento, (5) fase de apelação e (6) execução da sentença.

Os exames preliminares são como um juízo de admissibilidade feito pelo procurador (*Office of the Prosecutor*). Nessa fase, é determinado se há os requisitos mínimos para iniciar uma investigação pela Corte: Se há evidências de crime de suficiente gravidade sob a jurisdição do TPI, se a justiça nacional do país não está trabalhando no caso e há óbices para sua atuação e se a abertura das investigações serve aos interesses da Justiça e das vítimas. Se esses requisitos não forem preenchidos ou se os crimes não se encaixam naqueles sob a jurisdição do TPI, o caso não poderá ser investigado por essa corte.

Passado esse exame, preenchidos esses requisitos, avança-se à segunda fase: a investigação. Depois de juntar evidências e identificar os suspeitos, a acusação

requer aos juízes do TPI para emitir um mandado de prisão (para isso, conta-se com a cooperação dos estados para fazer a captura e a transferência dos acusados ao TPI) ou uma convocação de apresentação (se o acusado não comparecer voluntariamente, é emitido um mandado de prisão).

No estágio do pré-julgamento, três juízes são encarregados de confirmar a identidade do suspeito e assegurar que esse compreende as acusações que lhe recaem. Após, a acusação, a defesa e o representante legal das vítimas são ouvidos e dentro de 60 dias, os juízes decidem se o caso possui robustez em evidências que o comprovem a existência e se ele tem condições de prosseguir para a fase de julgamento. Essa é a próxima etapa do processo, onde perante três juízes, a acusação deve provar sem dúvidas a culpa do acusado.

Feito isso, os juízes analisam todas as evidências e emitem um veredito de culpa, que possibilita a emissão de uma sentença. Os juízes podem sentenciar uma pessoa a cumprir mais de 30 anos de aprisionamento ou até mesmo, prisão perpétua. Os juízes também podem ordenar reparação às vítimas.

Em seguida, abre-se o período de apelações, que tanto pode ser requerida pela defesa quanto pelo procurador, no que se refere ao veredito de culpa ou à sentença. A apelação é decidida por cinco juízes da câmara de apelações, que nunca são os mesmos das fases anteriores. Essa assembleia determina se a decisão apelada será mantida, alterada ou rejeitada. A decisão proferida nessa fase é um julgamento final, a não ser que a câmara de apelações decida que o julgamento deverá ser refeito.

A última fase se dá com a execução da sentença que tem vigor nos países comprometidos com o Estatuto de Roma e são esses os responsáveis por possibilitar que a decisão dessa corte seja cumprida, pois o TPI não possui força policial e nem órgão de execução. Por esse motivo, é essencial ao funcionamento desse tribunal a cooperação dos estados, especialmente para fazer capturas, transferir presos para o centro de detenção em Haia, congelar bens de suspeitos e fazer cumprir as sentenças.

Até o presente momento, nove casos estão sob exame preliminar no TPI, provenientes dos seguintes países: Afeganistão, Colômbia, Guiné, Iraque/Reino Unido, Nigéria, Palestina, Filipinas, Ucrânia e Venezuela.

Os casos sob a fase de investigação são dos países: Uganda, República Democrática do Congo, Sudão (Darfur), República do Quênia, Líbia, Costa do Marfim, Mali, República Centro-Africana (dois casos), Geórgia, Burundi, Ban-

gladesh/Myanmar.

Uma das principais críticas ao Tribunal Penal Internacional se refere à prevalência de investigações direcionadas aos países africanos. Dos estados listados acima, dez dos doze investigados são originados do continente africano e dois dos nove casos sob exames preliminares são de países da África. Isso significa que mais de cinquenta por cento dos casos se concentram nessa região do globo.

Ao todo, 122 países são estados partes do Estatuto de Roma. Desse número, 33 são estados africanos, 18 são asiáticos, do Leste-Europeu também são 18, 28 originam-se da América Latina e dos Estados Caribenhos, enquanto 25 são da Europa Ocidental e outros estados. Deve-se levar em consideração que a seletividade aos estados africanos não é o único problema que o TPI tem enfrentado. Alguns países que são potências mundiais (sobre os quais recaem graves acusações de crimes de alta gravidade e repercussão global) não ratificaram o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e são abertamente contra essa corte, como o atual presidente estadunidense, Donald Trump, já deixou claro em pronunciamentos⁸.

3. O NEBULOSO FUTURO DO TPI

O objetivo proposto por esse trabalho não é de tentar prever o futuro ou fazer afirmações e juízos sobre o valor do Tribunal Penal Internacional, a ideia é buscar conhecer os ataques fervorosos à corte e como isso fragiliza o órgão, de modo a tornar o cenário hostil para sua manutenção. Três pontos já mencionados aqui devem ser retomados nesse momento: 1) o fator da complementaridade (a corte somente age nos países que ratificaram seu estatuto e de forma subsidiária, respeitando a soberania dos estados) e da cooperação (a corte é dependente da cooperação de seus estados partes para ver suas decisões cumpridas); 2) o caso da seletividade penal aos países africanos; e 3) a rejeição de algumas potências mundiais ao TPI.

O primeiro ponto destacado, quanto aos princípios da complementaridade e cooperação do TPI, reflete como o ordenamento jurídico mundial se organiza muito mais íntimo de uma ideia de soberania territorial que de justiça universal pautada em valores humanos. Paula Escarameia (2003, p. 27) expressa

8 O presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, já declarou publicamente que não apoia o Tribunal Penal Internacional. Trump afirma que o TPI não possui jurisdição, legitimidade nem autoridade e que os EUA nunca abriram mão de sua soberania. Além disso, o presidente acredita que o TPI age na contra-mão da justiça e do devido processo legal ao atrair para si o papel de jurisdição universal sobre os cidadãos de cada país. Outro ponto forte do seu discurso é a declaração que a América é governada por americanos, e que rejeitam a ideologia de globalismo e abraçam a doutrina do patriotismo⁹. (Essas declarações estão disponíveis no canal da CNBC Television, no endereço eletrônico: <https://www.youtube.com/watch?v=IY-t3hsAWZnk>)

claramente essa relação ao afirmar que

As características de uma ordem jurídica mais conservadora, que reflecte a essencialidade da soberania e que olha a organização mundial, primordialmente, não como um conjunto comum de interesses e valores de indivíduos unidos pelos mesmos, mas fundamentalmente como uma divisão territorial sobre a qual Estados exercem soberania, está, contudo, claramente reflectida noutros aspectos do Estatuto, designadamente no facto de este ser um tratado interestadual, de ser necessário o consentimento de algum Estado para que o Tribunal exerça jurisdição sobre o caso em questão (imediate ou mediatamente, como quando o Conselho de Segurança o refere) e pela ideia da complementaridade.

Apesar dessa realidade, no princípio das negociações, o TPI era cotado para fazer parte da Organização das Nações Unidas (ONU), aplicável a todos os estados que participam dessa organização. No entanto, como ensina Paula Escarameia (2003, p. 28), a ideia foi abandonada e o consenso determinou que o TPI “[...] seria constituído por tratado interestadual que vincularia, naturalmente, nos termos do art. 36º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, apenas os Estados Partes no mesmo.”

Para além disso, o Tribunal não tem uma jurisdição universal, sendo necessário, nos termos do art. 12º, que o Estado da nacionalidade do presumível autor ou o do território em que o crime ocorreu sejam partes do Estatuto ou tenham expressamente concordado com a dita jurisdição, salvo se a entidade que refere a situação for o Conselho de Segurança. Deste modo, situações, muito frequentes, em que o autor e o território são de um Estado não Parte, ficam de fora da dita jurisdição, o que reflecte, evidentemente, o pendor intergovernamental de prevalência do conceito de soberania do Estado sobre o de protecção dos direitos humanos dos indivíduos vítimas dos crimes em questão. (ESCARAMEIA, 2003, p. 28)

Por esses motivos, percebe-se a primeira dificuldade para esse órgão se manter de forma efetiva e eficaz. Enquanto a soberania funcionar como óbice para a protecção dos direitos humanos e de valores caros à democracia, o problema de legitimidade e autoridade do TPI dificilmente será dissolvido.

Nesse sentido, vale convidar ao debate o segundo argumento elencado no primeiro parágrafo desse tópico: o caso da seletividade do TPI com os países africanos. Como foi dito anteriormente, se a ideia de protecção dos direitos humanos não for colocada como algo universal e a necessidade de investigar, julgar e punir crimes contra a humanidade não for uma prioridade, é muito difícil imaginar que um estado poderá fortalecer um órgão que poderá fazer aquilo que ele se omite ou mesmo prejudicar seus protegidos.⁹ A África, desde o princípio, foi

9 Segundo William A. Schabas (2017, p. 01): “Prosecution for war crimes, however,

uma grande aliada do Tribunal de Haia, sendo o continente com mais estados signatários do estatuto de Roma (33 países). Além disso, a procuradora Fatou Bensouda, em entrevista, alerta para essa crítica, argumentando que a África sempre se engajou na causa do TPI, com representatividade na corte e tendo casos como o de Uganda, República Democrática do Congo, República Centro-Africana, Mali e Costa do Marfim em que os próprios países chamaram o TPI para investigar e processar seus acusados, porque se sentiam incapazes de fazer isso (4.3 INTERVIEW, 2016, *on-line*).

No entanto, os problemas já mencionados e também com causa do terceiro ponto aqui elencado (a forte crítica das potências globais que não reconhecem o TPI) trouxeram outras consequências. Em outubro de 2016, a relação da África com o TPI sofreu uma ruptura. Três estados africanos (Burundi, África do Sul e Gambia) expressaram publicamente sua intenção em denunciar o estatuto de Roma e se desvincular da corte penal internacional. “Os estados africanos acusam o TPI de ter, para com África, uma atitude neocolonialista e racista, que se traduz numa perseguição e humilhação de líderes africanos.” (GARRIDO, 2017).

A fixação e prevalência de casos direcionados ao continente africano acaba por fortalecer também a já conhecida e propagada relação entre negritude e criminalidade, conforme foi salientado pelo advogado Courtenay Griffiths em entrevista ao jornal *Al Jazeera* (INSIDE, 2016, *on-line*). Griffiths (INSIDE, 2016, *on-line*) também ressalta que a maior parte do TPI é formado por países colonialistas (como França, Alemanha, Espanha e Itália) e que é chegada a hora do continente africano tomar as rédeas do seu próprio destino e fortalecer as suas instituições.

De fato, a falta de cooperação mundial no sentido de responsabilizar sem limites espaciais e pessoais robustece essa ideia. Nessa senda, Carlos Cerda Dueñas (2017, p. 132) assevera:

Sin desestimar el significado que tiene el retiro que anunciaron tres países africanos, la CPI ha padecido, desde su creación, el embate de algunos países que no solo se han negado a ratiicar el Estatuto sino que han sido hostiles y abiertos opositores a su existencia, lo que aunado a las críticas recurrentes (procesos largos, solo cuatro sentencias en catorce años, la señalada recurrencia a países africanos, su ambigüedad sobre la complementariedad, etc.) han ralentizado su desarrollo y

was only conducted by national courts, and these were and remain ineffective when those responsible for the crimes are still in power and their victims remain subjugated. Historically, the prosecution of war crimes was generally restricted to the vanquished or to isolated cases of rogue combatants in the victor's army. National justice systems have often proven themselves to be incapable of being balanced and impartial in such cases”.

consolidación. El hecho de que entre sus 123 miembros no figure Estados Unidos, China, Rusia, India o Israel há contribuido a reforzar la sensación de que buscar presuntos criminales africanos es más sencillo (Ferrer, 2016), pero también signiica la merma de la universalidad pretendida con su creación y deja la percepción de que estos no miembros cuentan con el privilegio de la eximición, por lo que sus nacionales quedan al margen de persecuciones en un halo de impunidad.

O caso se torna mais delicado porque a União Africana (UA) está passando por um momento de tensão crescente com o TPI, de forma muito fundamentada pelos argumentos anteriormente expostos. A UA estuda maneiras de fortalecer seus órgãos judiciários, propondo um tribunal unificado (fusão do Tribunal de Justiça da União Africana com o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos) denominado Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos (TAJDH), com jurisdição sobre crimes internacionais. (GARRIDO, 2017)

A medida parece ser uma resposta condizente para o cenário atual em que uma justiça universal se distancia cada vez mais em detrimento de um mundo compartimentalizado.

No entanto, são várias as dúvidas – de natureza jurídica e de relações internacionais –, suscitadas pela criação de um tribunal penal africano. A relação futura entre o TPI e o TAJDH, por omissão da sua clarificação no estatuto do TAJDH, faz prever uma relação difícil entre os dois tribunais. Contudo, parece-nos que a complementaridade entre o TPI e as jurisdições regionais e desejável e este deve cooperar com o TAJDH, no auxílio de meios humanos e materiais, permitindo ao TAJDH ser um ator relevante no combate à impiedade no continente africano. Há também a destacar o mérito dos estados africanos na criação deste órgão judiciário que é inovador ao nível da proposta que faz, quer na economia de recursos, quer na regionalização do direito internacional penal. Independentemente das motivações políticas que estão na base da criação deste órgão e do alargamento das suas competências, valera a pena acompanhar o processo de ratificação do seu estatuto, a instalação do tribunal e a sua atuação futura. No caso de a experiência do TAJDH se revelar um sucesso, então o modelo africano pode ser replicado nos demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (o europeu e o interamericano). Podemos estar a testemunhar uma mudança significativa no paradigma da justiça internacional e no combate à impiedade em qualquer parte do mundo. (GARRIDO, 2017)

Levando em consideração essas percepções de Rui Garrido sobre as transformações que esse impasse com o TPI pode gerar e as diversas e crescentes críticas à corte de Haia, resta se perguntar qual o futuro desse órgão e do direito penal internacional. Questionamento esse, que resiste e assiste paciente o desenrolar dos próximos capítulos da política global.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal Penal Internacional (TPI) surgiu em um momento de desestabilização e descrédito do modelo anterior, em que os estados com suas cortes nacionais eram os únicos responsáveis para investigar e processar crimes de guerra. Desse modo, na maior parte dos casos reinava a impunidade, justamente porque os responsáveis pelos crimes ainda estavam no poder do estado e suas vítimas continuavam subjugadas (SCHABAS, 2017). Desse modo, Schabas (2017) explica que historicamente a persecução de crimes de guerra estava nas mãos dos vencedores e poderosos, de modo que a justiça nacional dos estados se provou incapaz de ser razoável e imparcial nesses casos.

Com o objetivo de ser uma corte permanente para evitar a seletividade proveniente dos predecessores tribunais *ad hoc*, o TPI foi criado pelo Estatuto de Roma e aprovado em 1998. Desde 2002, quando se tornou efetivo com a ratificação de 60 países, o TPI que não trabalha com jurisdição retroativa, tem poucos casos em sua análise e muitas críticas ao redor do mundo.

Esse trabalho objetivou destacar alguns aspectos essenciais da história, princípios e casos do TPI, de modo a expor algumas das críticas mais contundentes a essa corte e questionar por fim o futuro desse órgão. Essa discursão se pauta em três pontos onde residem alguns dos principais problemas enfrentados pelo TPI: 1) a dependência da complementaridade e da cooperação; 2) o caso da seletividade penal aos países africanos; e 3) a rejeição de algumas potências mundiais ao TPI.

A hipótese confrontada é em parte derrubadas ao perceber que a crise de legitimidade, autoridade e sustentabilidade do TPI não depende unicamente das ações dessa corte, mas principalmente do cenário político global em que ela se insere nesse momento e das declarações de países expressamente contrários à corte. Isso se deve a um desejo mútuo de fazer com que esse tribunal seja efetivo e de enfrentar e reduzir o problema da impunidade em crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e de agressão, o que não parece ser um propósito de consenso global. Por esse motivo, países que pensam numa linha contrária acabam se vendo sobrecarregados, enquanto outros sujeitos globais acusados de graves delitos se escusam da responsabilidade amparados em sua soberania e não obediência ao estatuto do TPI.

Sem a intenção de discutir o valor dos julgamentos e a imparcialidade da corte, mas de analisar o quão favorável é o ambiente atual para a manutenção do TPI, observa-se que o futuro da corte parece atravessar densas nuvens de hosti-

lidades.

REFERÊNCIAS

4.3 INTERVIEW with ICC Prosecutor Fatou Bensouda. [S. l.]: Centre for Innovation - Leiden University, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RfQDvPpsT2g>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. **Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados**. Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 47/133, de 18 de Dezembro de 1992. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecProtTodPesDesFor.html> > Acesso em: 30 nov. 2019

BRASIL. **Decreto nº 40**, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm > Acesso em: 30 nov. 2019

BRASIL. **Decreto 4.3888**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> >. Acesso em: 30 nov. 2019

DUEÑAS, Carlos Cerda. Incidentes y riesgos de involución en la Corte Penal Internacional. **Revista Criminalidad**, Bogotá, v. 2, n. 59, p. 125 - 138, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v59n2/1794-3108-crim-59-02-00125.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

ESCARAMEIA, Paula. Prelúdios de uma Nova Ordem mundial: o Tribunal Penal Internacional. IDN – **Revista Nação e Defesa**, 2ª série, n. 104, p. 11-35, primavera 2003. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/62686060.pdf> > Acesso em 30 nov. 2019

GARRIDO, Rui. Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos?. **Relações Internacionais**, Lisboa, n. 54, p. 55-71, jun. 2017. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992017000200005&lng=pt&nrn=iso>. acessos em 30 nov. 2019.

INSIDE Story - Does the ICC target African states? [S. l.]: Al Jazeera English, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ha7vkb6BE7I>. Acesso em: 30 nov. 2019

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Legal Process**. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works/Pages/default.aspx#legalProcess>> Acesso em: 30 nov. 2019

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Situations and Cases**. Disponível em: < <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx> > Acesso em: 30 nov. 2019

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The States Parties to the Rome Statute**. Disponível em : <https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx> Acesso em 30 nov. 2019

KIRSCH, Philippe. **Applying the Principles of Nuremberg in the International Criminal Court**. International Criminal Court, 2007. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F-5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK_20060930_English.pdf > Acesso em: 30 nov. 2019

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av.**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-

197, Aug. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 Nov. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SABÓIA, Gilberto Vergne. A criação do Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ**. Vol. 4, n. 11, mai./ago, 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/tpi_saboia.html>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. 5 ed. New York: Cambridge University Press, 2017.

WHY is the International Criminal Court under attack? - BBC News. [S. l.]: **BBC News**, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CxfHYjg6MOU>. Acesso em: 30 nov. 2019.

AS PRISÕES BRASILEIRAS E O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Bruno Barros Atanazio¹

RESUMO: O presente estudo visa demonstrar a incongruência entre o princípio da humanidade previsto pela Constituição Federal, seus desdobramentos, como o direito do preso à integridade física e moral, e a situação de fato dos presídios nacionais. A chamada “incongruência” nasce diante do desrespeito aos direitos assegurados pela Carta Magna aos presos dia após dia, causados especialmente pela superlotação carcerária e falta de infraestrutura dos presídios. Buscando entender o descaso com a população carcerária, faz-se necessária a análise, ainda que sucinta, do Direito Penal do inimigo, vez que governantes e a população em geral não tem conseguido exercer a empatia, notadamente por ver no encarcerado um inimigo.

Palavras-chave: Princípios penais constitucionais; Humanidade; Sistema carcerário.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate the incongruity between the principle of humanity provided for by the Federal Constitution, its consequences, such as the prisoner’s right to physical and moral integrity, and the de facto situation of national prisons. The so-called “incongruity” arises from the disrespect for the rights guaranteed by the Magna Carta to prisoners day after day, caused especially by prison overcrowding and lack of prison infrastructure. In order to understand the neglect of the prison population, it is necessary to analyze, albeit succinctly, the criminal law of the enemy, since rulers and the general population have not been able to exercise empathy, notably because they see an enemy in prison.

Keywords: Constitutional penal principles; Humanity; Prison system.

¹ Pós-graduado em Direito Penal pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Faculdade Damásio. Membro do Grupo de Estudos em Ciências Criminais e Direitos Humanos no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogado. E-mail: bruno.atanazio@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo discorrerá acerca da crise no sistema penitenciário brasileiro, com o recorrente descumprimento aos preceitos constitucionais de igualdade de tratamento.

Para tanto, busca-se por meio de construção doutrinária analisar o princípio da humanidade como decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana e quais as consequências práticas da previsão constitucional. Após, objetiva-se a apresentação de dados que comprovam o descaso com a população carcerária, demonstrando a superpopulação carcerária e a falta de assistência, principalmente médica.

Posteriormente, demonstrará a situação jurídica atual, notadamente o ajuizamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 347 ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pendente de julgamento definitivo por parte do Supremo Tribunal Federal, mas que já deliberou acerca das medidas cautelares requeridas.

Por fim, será feita uma análise sobre quais motivos que fizeram com que chegássemos ao estado crítico atual, bem como será apresentada uma proposta de solução de longo prazo.

2 DESENVOLVIMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIVERGÊNCIA COM O ESTADO PRISIONAL ATUAL

A Constituição Cidadã, como é chamada a Carta Magna de 1988, estabeleceu novos parâmetros para os direitos e garantias fundamentais, fixando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, com previsão expressa logo em seu primeiro artigo, no inciso III.

Os estudiosos veem nessa disposição a fundamentação explícita para o nascimento de um princípio e, assim sendo, deve ser algo a ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, vez que, como princípios, são verdadeiros mandamentos de otimização (ALEXY, 2015, p. 90).

Logo, considerando a necessidade de implementação desse mandamento no cotidiano do cidadão, vários autores passaram a conceituar tal princípio, para sabermos o que, de fato, é o “dever-ser” previsto constitucionalmente. Dentre tantas conceituações, destaco a de Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a 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 co-responsável 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 (Sarlet, 2019, p. 70)

Do conceito acima transcrito podemos observar a preocupação do autor em separar a definição em si de suas consequências. Logo, em primeiro lugar há o estabelecimento da necessidade de reconhecimento da qualidade inerente à condição humana, que, como pontua o autor, por si só já o faz merecedor do respeito por parte não só do Estado, mas também da comunidade. Em um segundo momento, o autor pontua como que se dá esse respeito, isto é, quais são os critérios objetivos para se aferir o cumprimento do mandamento de otimização estabelecido pela Constituição, e, nesse tocante, vale salientar o que o Professor Guilherme de Souza Nucci aponta como finalidade desse princípio, qual seja, “a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial” (NUCCI, 2015, p. 32).

Destaca o autor que desta finalidade retira-se a interpretação do princípio sob dois prismas distintos, quais sejam, o subjetivo e o objetivo. Sob o aspecto subjetivo, ressalta o “sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano”. Já sob a perspectiva objetiva, a dignidade da pessoa humana se vê proposta a garantir o mínimo existencial.

É justamente nesse ponto que o princípio regente de toda a atuação estatal ganha um desdobramento tão importante que também é tido como princípio ou subprincípio: da humanidade. Isso porque, como bem destaca Cezar Roberto Bittencourt, é a observância ao princípio da humanidade que impede o Estado de “aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados” (BITENCOURT, 2010, p 17).

Deste modo, não basta que o Estado não aplique, diretamente, tais penas para que o princípio esteja em plena observância, faz-se necessária a intervenção estatal para que os cidadãos sob sua custódia estejam amparados do já citado “mínimo existencial”, especialmente pelo fato de não gozarem de seu direito à liberdade para providenciarem por conta própria.

Ademais, considerando a divisão proposta entre aspectos subjetivos e ob-

jetivos do princípio da dignidade humana e, por consequência, do princípio da humanidade, é rudimentar reconhecer que a crise no sistema carcerário não viola tais princípios apenas no prisma objetivo ao não fornecer as condições mínimas ao exercício de direitos, mas também viola a subjetividade do preso, privando-lhe de sua autoestima e respeitabilidade, como será analisado em tópico próprio.

Sobre o prisma subjetivo do princípio da dignidade da pessoa humana, salienta-se o trecho extraído do livro de Basileu Garcia intitulado “Instituições de Direito Penal”, no qual o autor, ao tratar sobre a completa segregação do cidadão da sociedade, destaca:

Imaginava-se, com isso, poupá-lo ao contato corruptor de companheiros mais pervertidos do que ele, porque a convivência dos maus é sempre pernicioso. O que se conseguia, entretanto, era transformar o sentenciado numa criatura fora da substância humana, diferente dos homens comuns, não regenerado, mas gravemente prejudicado na sua saúde, do corpo e do espírito, pressuposto indispensável do melhoramento moral.

(...)

Realmente, a cela, utilizada com rigor, constituía uma demonstração de impiedade, e bem se compreende o movimento filantrópico que se lhe opôs. Era, sem exagero, *um túmulo de vivos*.

Muito embora o autor estivesse tratando apenas da segregação advinda do sistema pensilvânico de isolamento celular, podemos traçar alguns traços em comum com o que vemos nas penitenciárias do momento atual, muito disso devido à falta de infraestrutura estatal.

O primeiro paralelo a ser traçado é justamente quanto aos dados de reincidência. O relatório de pesquisa de reincidência criminal no Brasil realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)² apontou que em 2015 aproximadamente 1 a cada 4 condenados voltavam a delinquir (24,4%). Ressalte-se que tal pesquisa baseou-se na análise de um universo empírico de cerca de mil processos de cinco Estados-membros distintos. De toda sorte, a taxa ainda é altíssima, notadamente considerando que o objetivo precípua da pena é de prevenção geral e específica, ou seja, que sirva de exemplo para outros cidadãos assim como para o próprio condenado.

Assim como o sujeito que fica completamente alheio à sociedade tem sua saúde, do corpo e do espírito, abaladas, os presos em situações extremas também sofrem com a segregação. Isso porque não conseguem se ver como parte inte-

2 Para maiores informações e dados ver <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd-8421643340f61dfa8677e1538.pdf>

grante da sociedade, dadas às diferenças gritantes de exercício de direitos e de condições de vida em geral.

Atualmente, o Brasil sofre com a superpopulação carcerária que, tal qual o completo isolamento, gera danos diretos ao preso. Em relatório do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) datado de agosto de 2018, restou consignado a existência de 600.669 presos penais³. Por sua vez, o Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP)⁴, consultado em novembro de 2019, aponta a existência de 427.436 vagas em estabelecimentos penais, o que leva ao índice de 140,53% de ocupação, considerando os dados gerais. A situação se agrava ao considerarmos o caso de alguns Estados-membros específicos, como o caso de Pernambuco, onde o déficit de vagas chega a 187,46%.

O que mais causa espanto ao analisar os dados constantes nos relatórios é a informação de que apenas 35,05% dos presos em 2018 cumpriam pena definitiva, ou seja, mais da metade da população carcerária está cumprindo pena provisoriamente, por vezes sem condenação sequer.

Com uma taxa de aprisionamento tão alta em casos sem condenação, é visível a infração ao status negativo da garantia do mínimo existencial, vez que o Estado intervém diretamente na autodeterminação do indivíduo, isso em razão de ser a prisão a exceção, quando a liberdade é a regra. Há, atualmente, a inversão desses fatores em favor de uma suposta “segurança e paz social”, esquecendo-se, momentaneamente, que o direito penal positivo nasce com a finalidade de restringir o poder punitivo estatal e, assim, justificá-lo, não com a intenção de fomentá-lo e expandi-lo.

Por sua vez, o status positivo do mínimo existencial também se encontra violado, vez que sua efetivação depende de prestações positivas e igualitárias por parte do Estado (TORRES, 1989). E as violações não se dão apenas pela falta de igualdade com os cidadãos fora do cárcere, mas também pela postura inerte e, por consequência, aquiescente do Estado diante da situação.

Para ilustrar essa diferença absurda de tratamento entre os cidadãos privados de liberdade e os demais, podemos utilizar o estudo da Organização Pan-americana de Saúde. Segundo o órgão da Organização Mundial de Saúde (OMS), no período compreendido entre 2010 e 2014 a maior causa de morte entre jo-

3 Para maiores informações e dados ver <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54e-ba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>

4 Para maiores informações e dados ver http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php

vens adultos, entendidos como aqueles entre 20 e 24 anos, é o homicídio, seguido de acidentes de transportes terrestres, sendo enorme a diferença para as demais causas (67.218 e 33.627, respectivamente, contra 6.306 da terceira posição, o suicídio)⁵.

Considerando o fato de que segundo dados do BNMP 2.0 aproximadamente 1/3 da população carcerária é formada por pessoas com idade entre 18 e 24 anos, a principal causa de morte no sistema carcerário deveria acompanhar os dados gerais colhidos pela Organização Pan-americana de Saúde.

No entanto, em estudo produzido pelo Instituto Igarapé⁶ nos presídios do Estado do Rio de Janeiro, de janeiro de 2010 a junho de 2016 foram registradas 442 mortes, sendo que 278 foram classificadas como causadas por doenças, ou seja, aproximadamente 63% das mortes totais.

É possível concluir, portanto, que os presos não estão abrindo mão apenas de parcela de sua liberdade, mas também de sua saúde e, conseqüentemente, de sua vida.

Ao Estado caberia a promoção do bem de todos os cidadãos, prevista constitucionalmente como objetivo fundamental da República, assim como o tratamento igualitário entre os cidadãos, sem qualquer discriminação.

A falta de amparo ao aprisionado, falta de condições básicas de saúde, situação insalubre dos estabelecimentos prisionais, superpopulação carcerária e demais problemas tornam a vida em presídios um desafio maior do que o devido.

Ao se analisar os dados acima colacionados em conjunto com a determinação doutrinária no sentido de que é função do Estado fornecer subsídios para que o condenado mantenha sua autoestima e respeitabilidade, fica visível a falha estatal. Acresce-se o fato de que há o conhecimento dessa situação pelos órgãos públicos, que se omitem em prestar verdadeiro socorro aos aprisionados. Vejamos, por exemplo, o próprio Distrito Federal, unidade federativa de circunscrição da capital federal, Brasília, não possui sequer um estabelecimento prisional em boas condições. Dos 10 estabelecimentos lá existentes, 6 estão em condições regulares, enquanto os demais se encontram em péssimas condições, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informados no CNIEP acima citado.

Foi justamente a verificação dessa falha estrutural que fez com que o Par-

5 Para maiores informações e dados ver <https://www.paho.org/informe-salud-adolescente-2018/ah-ayh-report17-leadingcausesofdeath.html>

6 Para maiores informações e dados ver <https://public.tableau.com/profile/ana.paula.pellegrino#!/vizhome/SistemaPenitenciarioFluminense-InstitutoIgarap/AnliseSistemaPenitenciarioFluminense>

tido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizasse a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 347, visando o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Tal expressão tem origem em algumas sentenças de unificação prolatadas pela Corte Constitucional da Colômbia.

Segundo a Corte, para se reconhecer o estado de coisas inconstitucional é necessário que estejam presentes as seguintes condições: a) grave, permanente e generalizada violação de direitos fundamentais, afetando um amplo e indeterminado número de pessoas; b) comprovada omissão reiterada de órgãos estatais diversos, no cumprimento de seus deveres institucionais para a tutela dos direitos fundamentais; c) insuficiência de uma solução unilateral, voltada para um único órgão, ou seja, é necessária a construção de uma solução múltipla, plurilateral, dirigindo-se a uma pluralidade de órgãos e autoridades.

De acordo com a argumentação do partido político que ajuizou a demanda, todos os requisitos estariam presentes no caso da crise penitenciária enfrentada pelo Brasil, razão pela qual deveriam ser tomadas medidas de correção para a tutela dos direitos fundamentais dessa minoria.

Dentre as várias medidas cautelares requeridas, o Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2015, julgou procedente o pedido de apenas duas, quais sejam, a implementação da audiência de custódia e a liberação das verbas pertencentes ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), sendo que já restou reconhecido pelo plenário a violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos.

O julgamento definitivo ainda não foi pautado, mas nele o Supremo Tribunal Federal deverá decidir se cabe ao Poder Judiciário a participação ou a determinação para que os demais poderes realizem um plano nacional para superar o declarado estado de coisas inconstitucional.

3 BREVE PANORAMA SOBRE A POSSÍVEL CAUSA DA CRISE CARCERÁRIA

Não se busca com o presente trabalho, atribuir causas à prática delituosa ou entender a mente do criminoso, mas tão somente explicitar o motivo pelo qual não há o investimento necessário para a garantia dos direitos fundamentais dos presos e, nesse sentido, devemos iniciar a explanação com a seguinte lição de Zaffaroni, que se engrandece ao dizer que:

Toda norma jurídica surge de urna decisão política. Toda norma jurídica traduz

uma decisão política. A decisão política dá origem à norma jurídica, mas isto não implica que a norma jurídica fique submetida absolutamente à decisão política. Ninguém pode argumentar que a norma não traduz adequadamente a decisão política, para defender que está proibido o que a ordem jurídica não proíbe, mesmo que esta tenha sido a vontade do legislador. A norma é filha da decisão política, leva sua bagagem genética, mas o cordão umbilical entre a decisão político penal e a norma, é cortado pelo princípio da legalidade, ao menos no que concerne à extensão punitiva.

()

Não obstante, a circunstância de que seja cortado o cordão umbilical entre decisão política e norma, não significa que haja entre ambas uma desvinculação total e absoluta, posto que a carga genética da decisão política é conservada pela norma. O bem jurídico tutelado, escolhido como decisão política, é o componente teleológico que nos indica o fim da norma. Sempre que se observe o princípio de legalidade, o esclarecimento da decisão política será um elemento orientador de primordial importância para determinar o alcance da proibição (ZAFFARONI, 2011, p. 123).

O movimento social atual de ânsia pelo recrudescimento das penas e diminuição dos direitos dos presos torna impopular qualquer medida que vise assegurar suas garantias fundamentais, indo em sentido contrário com o que se entende como melhor caminho para se prevenir a prática delituosa. O que o movimento social desconsidera, no entanto, é o que já ensinava Basileu Garcia, se referindo à Cesare Beccaria:

Em páginas brilhantes, prega a moderação das penas. Elas visam alcançar a pessoa do delinquente e, num campo mais amplo, toda a sociedade: impedir que o autor do crime continue a delinquir, e desviar de semelhante conjuntura os seus condescendidos. Para atingir a dupla finalidade colimada, precisam revestir-se de certa severidade, mas sem exorbitância, injustável ao contrato social. A ferocidade das sanções é tirânica. Não foi para serem oprimidos que os homens cederam parcelas mínimas de sua liberdade (GARCIA, 1980, p. 56).

Portanto, o desencontro entre o acordo de cessão de parcela de liberdade com a escolha política por tornar os aprisionados verdadeiros inimigos da sociedade faz com que aumente a desigualdade no tratamento de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, de modo que o encarceramento ao invés de se evitar novas práticas delitivas, as estimulam. É preciso que os demais cidadãos, que não estão privados de sua liberdade, vejam aqueles no cárcere como seus semelhantes, não como um inimigo, como alguém que não é merecedor de respeito. É por esse motivo que Guilherme de Souza Nucci inicia o tópico de seu livro concernente ao princípio da humanidade com o seguinte trecho:

Perder a capacidade de indignação, a sensibilidade para o justo e a possibilidade de reclamar podem ser caminhos estreitos e diretos para o embrutecimento do ser humano, tornando-o indiferente a si mesmo, seus atos e as consequências de cada um deles, consolidando uma pedra inóspita em lugar da brandura do coração (NUCCI, 2015, p.174)

A sociedade como um todo não pode deixar com que a insegurança faça com que o cidadão confunda a pena privativa de liberdade com a vingança privada, pois a pena que se detém na simples retributividade converte seu modo em seu fim (BATISTA, 2007, p. 100). Temos que lembrar que foi exatamente para evitar os exageros e o conseqüente ciclo de violência que abdicamos de parcela de nossa liberdade em prol da vida em sociedade, notadamente pelo fato de que durante o período histórico no qual se utilizava da vingança privada restou comprovada a turbacão da paz da sociedade (SMANIO, 2012, p. 6).

Logo, em um futuro mais próximo, coadunamos com o posicionamento de Flávio Martins Alves Nunes Junior no sentido que:

Não caberá ao Judiciário estabelecer aprimoramentos às políticas públicas eficazes ou ordenar a substituição de uma política pública por outra. O Judiciário, no nosso entender, deve agir, quando descumprido o mínimo existencial dos direitos fundamentais, utilizando-se como parâmetro de aferição o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, entendemos que, em casos extremos, pode e deve o Judiciário agir, em defesa da Constituição e de sua força normativa (NUNES JUNIOR, 2018).

A solução a ser encontrada no longo prazo, entretanto, deve ser encontrada na educação da sociedade para vermos como iguais àqueles que estão aprisionados, pois somente assim a classe política voltará seus olhos à essa minoria, de modo que não necessitaremos de atuação atípica do Poder Judiciário para corrigir os rumos políticos que deveriam ser tomados pelos demais poderes.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que há mais do que mero fundamento constitucional para se tratar os presos como um sujeito de direitos e deveres, há verdadeiro mandamento de otimização devidamente respaldado por construção doutrinária no sentido de que qualquer discriminação deve ser combatida pelo Estado.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional por parte do Supremo Tribunal Federal foi o início para a alteração do cenário fático atual, devendo o órgão máximo do Poder Judiciário tomar parte central na resolução das violações mais graves em um porvir mais próximo. Após, deverão os órgãos do

Poder Legislativo e Executivo assumirem o papel de protagonistas nessa trama, sob pena de infração ao princípio da separação dos poderes.

Por fim, para que tenhamos melhores condições carcerárias de maneira estável, dependemos diretamente da mudança na abordagem social do criminoso, vez que porquanto continuarem impopulares, as medidas em favor dos aprisionados serão relegadas às margens dos orçamentos, criando-se um ciclo de violação de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral. v.1** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal Volume I Tomo I**, 5. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal Volume I Tomo II**, 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1961.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico], 2. Ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: Criminologia, Princípios e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, jul./set. 1989.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COMENTÁRIOS SOBRE O ARTIGO 218-C DO CÓDIGO PENAL

COMMENTS ABOUT THE ARTICLE 218-C OF THE PENAL CODE

Fábio Agne Fayet¹

Roberta Eggert Poll²

Andersson Vicira³

Resumo: No ano de 2018, entrou em vigor no país a Lei nº 13.718, que, além de alterar o Título VI do Código Penal, também criminalizou algumas condutas, tais como a importunação sexual (artigo 215-A) e a vingança pornográfica (artigo 218-C). Desse modo, este estudo tem a intenção de tratar sobre o delito previsto no artigo 218-C, uma vez que o tipo penal em questão apresentar diversos pontos questionáveis em sua estrutura, tanto no preceito primário como no secundário. Assim, a problemática apresentada gira em torno da violação ao princípio da legalidade e na ausência de racionalidade no processo legislativo que entregou ao direito penal brasileiro este delito. A hipótese apresentada é a de que o crime do artigo 218-C viola o princípio da legalidade, no preceito da taxatividade, e, além disso, é fruto de uma baixíssima ou inexistente racionalidade legislativa. Ao término da pesquisa, conclui-se que, além de a hipótese ter sido confirmada, também é possível dizer que, conquanto o legislador penal tenha sido bem-intencionado, a tipificação da pornografia da vingança não resolve o problema social e cultural que circunda esta conduta. Como metodologia, utilizou-se o método de

1 Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUC/RS). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (Coimbra/Portugal). Professor de Direito e Processo Penal do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha (Caxias do Sul). Advogado Criminalista. E-mail: prof.fabio@fayet.adv.br.

2 Doutoranda em Direito (PUC/RS). Mestra em Ciências Criminais (PUC/RS). Especialista em Direito Público (UNESA/RJ). Advogada criminalista. E-mail: roberta@fayet.adv.br.

3 Mestrando em Ciências Criminais (PUC/RS). Advogado criminalista. E-mail: andersson@fayet.adv.br.

pesquisa hipotético-dedutivo; a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfico-exploratória, uma vez que se a redação do texto foi realizada com base em obras jurídicas e artigos que versam sobre o tema.

Palavras-chave: Direito penal. Crimes Sexuais. Artigo 218-C. Pornografia da vingança.

Abstract: In 2018, Law No. 13,718 entered into force in the country, which, in addition to amending Title VI of the Penal Code, also criminalized some conduct, such as sexual harassment (Article 215-A) and pornographic revenge (Article 218-C). Thus, this study intends to deal with the crime provided for in Article 218-C, since the criminal type in question presents several questionable points in its structure, both in the primary and secondary precept. Thus, the problem presented revolves around the violation of the principle of legality and in the absence of rationality in the legislative process that handed over to Brazilian criminal law this offense. The hypothesis presented is that the crime of Article 218-C violates the principle of legality, in the precept of taxactivity, and, moreover, is the result of a very low or non-existent legislative rationality. At the end of the research, it is concluded that, in addition to the hypothesis being confirmed, it is also possible to say that, although the criminal legislature was well-intentioned, the typification of revenge porn does not solve the social and cultural problem that surrounds this conduct. As a methodology, the hypothetical-deductive research method was used; the research technique used was the bibliographic-exploratory, since if the wording of the text was carried out based on legal works and articles that deal with the subject.

Keywords: Criminal law. Sex crimes. Article 218-C. Revenge porn.

INTRODUÇÃO⁴

A sociedade está mudando de forma bastante acelerada nos últimos anos. A tecnologia tem sido fator fundamental nessa mudança, pois, de diversas formas e de modo substancial tem afetado o comportamento de toda a socieda-

4 Artigo escrito com base no resumo expandido submetido ao Congresso, cujo título inicial era: “*O ilícito-típico de divulgação de imagens sexuais: comentários sobre a abrangência do tipo penal em relação aos meios de cometimento das condutas tipicamente descritas*”. A substancial alteração do título e da proposta do artigo ocorreu em virtude dos debates havidos durante e posteriormente o Congresso.

de. Muitas pessoas, principalmente no lado ocidental do mundo, estão cada vez mais conectadas e inseridas na rede mundial de computadores em decorrência do uso diário de novas tecnologias e da internet. Todas essas mudanças, sentidas nas variadas esferas da vida cotidiana, também influenciam na forma com que os delitos são cometidos, à medida em que há algumas décadas diversos delitos passaram a ser praticados com a utilização da tecnologia, como é o caso, *v.g.*, de crimes econômicos, que deixam rastros no mundo virtual – tendo como exemplo os delitos de lavagem de dinheiro, evasão de divisas e os atuais crimes relacionados ao mercado de criptomoedas.

Os crimes sexuais não escapam dessa nova realidade, pois, do mesmo modo que outras figuras delitivas, também passaram a ser praticados, de alguma forma, com o uso da tecnologia e da internet. Dessa forma, a violação à dignidade sexual alheia não fica mais restrita às condutas materiais, uma vez que, em razão da utilização da internet e das novas tecnologias, é possível que se afete este bem jurídico através da tela de computadores e *smartphones*. No Brasil, verifica-se nos últimos anos a ocorrência de casos nos quais ofensores divulgaram, sem a permissão da vítima, imagens de caráter sexual na rede mundial de computadores, de modo que, por conta dessa conduta, maculou-se, supostamente, a dignidade sexual das pessoas ofendidas. Em virtude do crescimento dessas condutas, foi proposto no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.452 de 2016, de autoria da então Senadora Vanessa Grazziotin, com a finalidade de criminalizar a conduta conhecida como *pornografia da vingança*. Depois de rápida tramitação no Congresso, o Projeto de Lei foi aprovado e sancionado no ano de 2018, vindo a se tornar a Lei nº 13.718, que, além de alterar o Título VI do Código Penal, também criminalizou algumas condutas, tais como a importunação sexual (artigo 215-A) e a vingança pornográfica (artigo 218-C).

O último delito citado, conforme se verifica na redação da nova legislação, tem a finalidade de criminalizar a divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia. Contudo, o tipo penal em questão apresenta diversos pontos sensíveis em sua estrutura, a ver: o primeiro problema apontado é referente à sua redação, em virtude do excesso de condutas descritas e a indefinição em relação ao meio de cometimento das ações; além disso, é passível de questionamento pontos inerentes ao preceito secundário do tipo penal, isto é, à pena, pois o intervalo da pena cominada é bastante questionável – além do desproporcional aumento previsto no parágrafo segundo; outro ponto é referente ao bem jurídico tutelado, que não está suficientemente claro, haja vista que não se sabe, ao certo, se o legislador intencionou tutelar a dignidade sexual, a

dignidade sexual do vulnerável, a honra, ou todos de forma conjunta.

Diante de tudo isso, o estudo visa, portanto, questionar os problemas atinentes à violação ao princípio da legalidade e à suposta ausência de racionalidade no processo legislativo. Nesse sentido, a hipótese apresentada é a de que o tipo penal em questão, em virtude da sua falta de clareza e ambiguidade, afronta o princípio da legalidade penal, considerado norteador de todo o sistema jurídico-penal; além do que, pela forma com que foi redigido, é possível apontar, como hipótese, que o tipo penal em estudo é resultado de uma inexistente ou baixíssima racionalidade legislativa.

Em relação à metodologia, menciona-se que os autores lançaram mão do método hipotético-dedutivo, à medida em que foi formulada uma hipótese ao problema de pesquisa apresentado; como técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica-exploratória, haja vista que a redação do texto foi construída com base em elementos textuais inerentes ao tema abordado, tais como obras jurídicas e artigos científicos.

1. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DA TAXATIVIDADE DA NORMA PENAL

O direito penal, cuja função⁵ primordial é a proteção de bens jurídicos considerados dignos de tutela, norteia-se por uma série de princípios, que estão atrelados, nas sociedades modernas, às concepções liberais e à normatividade constitucional.⁶ Os princípios atinentes ao direito penal impõem, por consequência, a necessária observação de parâmetros e limites no exercício do poder punitivo, isto é: necessidade de limites na criação de tipos penais, na persecução penal, bem como na aplicação de penas ou medidas de segurança.⁷ Dentre os principais princípios que norteiam o direito penal e pautam a atuação estatal,

5 A respeito das diferenças entre função, fundamento e sentido do direito penal, verificar: SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 5-10.

6 Sobre a função do direito penal de proteção de bens jurídicos, por todos, a seguinte explicação trazida por Fayet Jr. e Souza: “*O direito penal apresenta-se como um ramo do ordenamento jurídico ao qual se destina a missão de proteção de bens fundamentais (tanto pertencentes ao indivíduo como à coletividade) frente a determinadas formas (de perigo) de lesão. Tais bens, por sua relevância e em face da proteção que se lhes destina o direito (penal), são transformados em bens jurídicos (Rechtsgute). A proteção (desses bens jurídicos essenciais) estabelece-se por meio de normas (mandatos e proibições), cujo descumprimento implica a concreção do ilícito penal; e, diante disso, há a imposição de uma resposta (normalmente, uma pena; excepcionalmente, uma medida de segurança) estatal. O conjunto de normas jurídicas que se alistam para arrostar os comportamentos efetiva ou potencialmente lesivos dos bens jurídicos é, em suma, o direito penal, em cujo setor do ordenamento jurídico se definem os tipos penais e se estabelecem as respectivas consequências jurídicas (sanções lato sensu).*” (FAYET Jr.; Ney; SOÚZA, Draiton Gonzaga de. **A castração (química) de delinquentes sexuais**: uma abordagem à luz de diretrizes político-criminais racionais. 4. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2019, p. 55-56).

7 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 19.

é possível destacar, como mais relevantes, os seguintes: princípio da legalidade (ou da reserva legal), princípio da intervenção mínima, princípio da lesividade, princípio da humanidade e princípio da culpabilidade.⁸

Todos estes princípios podem ser considerados, por um lado, reguladores do poder de punir do Estado, e por outro, garantias do cidadão diante do poder punitivo, pois, conforme menciona Bitencourt, “*muitos desses “princípios limitadores” passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão*”.⁹ Nesse sentido, os princípios cumprem com uma função de restringir a atuação estatal, de modo que o direito penal seja o menos interventivo possível e, quando chamado a atuar, respeite as liberdades dos cidadãos e não afronte as garantias fundamentais previstas nos textos constitucionais.¹⁰

Dentre todos os princípios apontados, destaca-se, como sendo o mais importante, o princípio da legalidade, que se encontra previsto, no âmbito jurídico brasileiro, no artigo 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição da República, e no artigo 1º, do Código Penal.¹¹ Para Batista, o princípio da legalidade é a “*base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspira à segurança jurídica*”.¹² Ainda, consoante refere o autor, “*além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei*”.¹³ No mesmo sentido, Toledo destaca que este princípio é “*uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais*”.¹⁴

Por definir que não existe crime sem lei anterior que o defina, tampouco que pode haver pena sem prévia cominação legal, o princípio da legalidade cum-

8 Adota-se aqui a base principiológica do direito penal trazida por Batista, na seguinte obra: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 62.

9 BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. **Princípios fundamentais do direito penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n 15, p. 81-88, jul.-set., 1996, p. 81.

10 Ainda: *Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinária para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista.*” (BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. **Princípios fundamentais do direito penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n 15, p. 81-88, jul.-set., 1996, p. 81.)

11 Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.; Art. 5º 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: [...] XXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; [...]

12 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 65.

13 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 65.

14 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21.

pre uma função teleológica de militar em favor da liberdade e contra o arbítrio estatal.¹⁵ De tal modo que, em decorrência de sua importância, o princípio se subdivide numa série de proibições, a saber: proíbe a retroatividade da lei penal (*lex praevia*); proíbe o costume como fundamento de leis penais ou agravamento de penas (*lex scripta*); proíbe a analogia como método de criminalização ou de responsabilização por determinadas condutas (*lex stricta*); e ainda, proíbe a indeterminação dos tipos penais e das respectivas penas (*lex certa*).¹⁶

A primeira função, de proibição da retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), determina que não se pode retroagir em desfavor do acusado, *i.e.*, não é possível aplicação de penas *ex post facto*, sob pena de violação ao princípio.¹⁷ Em síntese, como bem refere Toledo, “*a lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se punir. E só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais*”.¹⁸

A segunda função, referente à proibição de criação de crimes e penas com base no costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), impõe que somente a lei escrita pode criar crimes e penas, e não o costume.¹⁹ Especial importância tem, diante disso, compreender que no Brasil somente leis penais oriundas do Congresso Nacional possuem validade, por força da previsão dos artigos 22, inciso I, e 48, ambos da Constituição Federal.²⁰ É inquestionável, nesses termos, que se está diante de um monopólio legislativo, pois, em virtude do que se chama de

15 Conforme Dias: “O princípio segundo o qual não há crime sem lei anterior que como tal preveja uma certa conduta significa que, por mais socialmente nocivo e reprovável que se afigure um comportamento, tem o legislador de o considerar como crime (descrevendo-o e impondo-lhe como consequência jurídica uma sanção criminal) para que ele possa como tal ser punido. Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação funcionam por isso sempre contra o legislador e favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos. Neste sentido se tornou célebre a afirmação de v. Liszt segundo a qual a lei penal constitui a “*magna Charta do criminoso*”. Tem-se argumentado que, sendo assim, a lei penal representa uma espécie de carta de alforria para o agente mais hábil, mais refinado e (às vezes) mais rico e poderoso, numa palavra (própria da ciência criminológica), para o agente dotado de maior “competência de ação”. Será verdade. Mas importante fazer neste contexto duas precisões: a primeira é a de que um tal agente não é, em definitivo, um “*criminoso*” se não for como tal considerado por uma sentença passada em julgado; a segunda é a de constituir este, apesar de tudo, um razoável preço a pagar para que possa viver-se numa democracia que proteja minimamente o cidadão do arbítrio, da insegurança e dos excessos de que de outro modo inevitavelmente padeceria a intervenção do Leviathan estadual.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 180-181).

16 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: IPC; Lumen Juris, 2006, p. 20.

17 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 67.

18 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23.

19 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 67.

20 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...]

“reserva absoluta”, a lei penal deve ser resultado do debate democrático realizado na arena política, ainda que dela não emane os melhores produtos legislativos, isso não significa que de outros locais podem surgir novas leis penais.²¹

Em terceiro lugar, tem-se a proibição de analogia para criar novos crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), sustentada na concepção de que se proíbe, em direito penal, todo tipo de interpretação analógica que intencione malferir a legalidade penal.²² Como bem destaca Batista, “salta aos olhos a total inaplicabilidade da analogia, perante o princípio da legalidade, a toda e qualquer norma que defina crimes e comine ou agrave penas, cuja expansão lógica, por qualquer processo, é terminantemente vedada, havendo neste ponto unanimidade na doutrina brasileira”.²³ Não se pode, no entanto, deixar de destacar a possibilidade de analogia *in bonam partem*, cuja aplicação favorece o acusado e é aceita no âmbito jurídico-penal.²⁴

Por fim, há o postulado de que, em virtude do princípio da legalidade, não pode haver proibições vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), que se vincula, portanto, à ideia de que as leis penais devem ser claras, de modo que possam ser compreendidas, sem exceção, por todos os indivíduos a quem se destinam.²⁵ Batista define que “formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos” equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais

21 Nesse sentido: “A concepção da “reserva absoluta” postula que a lei penal resulte sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança jurídica, cumprindo à lei proceder a uma “integral formulação do tipo”; dessa forma, só a lei em sentido formal poderia criar crimes e cominar penas, como a “obrigação de disciplinar de modo direto a matéria reservada”. (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 71). Contudo, não se pode olvidar que em alguns casos o costume pode ser aceito, pois, conforme Toledo: “Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido no âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato.” (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 25).

22 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 72.

23 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 73.

24 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27.

25 No mesmo sentido: “A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas” (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29).

nefasto e perigoso”.²⁶ A respeito disso, vem bem a calhar a lição de Figueiredo Dias, ao referir que *“a lei penal fundamentadora ou agravadora da responsabilidade tem de ser uma lei certa e determinada; e se chama muito acertadamente a atenção, nos novos tempos, para que é mais aqui até do que no plano da proibição da analogia ou da retroactividade que reside o grande perigo para a consistência do princípio nullum crimen, que é neste ponto que reside o verdadeiro cerne do princípio da legalidade”*.²⁷

Não há dúvidas, diante de todos os postulados apresentados, que o princípio da legalidade possui, portanto, uma função constitutiva, à medida em que estabelece, pelos seus primados, uma positividade jurídico-penal, que visa estipular limites ao legislador na criação de tipos penais e ao intérprete no momento de sua aplicação.²⁸ É por isso que, desde os tempos da Ilustração, não se pode pensar o direito penal desvinculado da legalidade, de tal forma que, a conclusão não é outra senão que qualquer desrespeito ao princípio da legalidade é certamente uma violação propriamente às bases do direito penal e do Estado Democrático de Direito.²⁹ Mas não só. É preciso pensar que o princípio da legalidade está submetido ao âmbito normativo que emana da Constituição da República e que, em decorrência disso, toda e qualquer violação a ele resulta em dificuldades de ordem prática e teórica, de modo que não se pode, assim, conferir legitimidade a um direito penal ou a tipos penais desvinculados da necessária legalidade.³⁰

Esse é, no entanto, o problema verificado no texto do artigo 218-C do Código Penal, cuja análise, resultante da leitura do preceito primário, indica que, inquestionavelmente se está diante de tipo penal ambíguo e insuficientemente claro. O *caput* do artigo, assim redigido, não indica outra conclusão:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda,

26 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 76-77.

27 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 186.

28 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 66.

29 Beccaria já falava, em sua secular obra, sobre o estabelecimento do direito penal a partir de leis: *“apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.”* (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 18).

30 Como bem conclui Brandão: *“A legalidade é um dos pilares do ordenamento jurídico criminal brasileiro. Além de ser princípio constitucional, ela é – não por acaso – o primeiro artigo do Código Penal, para mostrar que nosso Direito não aceita formas incriminatórias que não estejam previstas na lei. Há alguns séculos, o Direito Penal não exigia a lei como requisito primeiro para punir condutas; existia, inclusive, a analogia em prejuízo da parte, chamada de in malam partem. O Direito Penal nessa época era visto como um instrumento de terror e arbítrio estatal, não como um sistema de tutela de valores. A tipicidade é o cumprimento do próprio princípio da legalidade e porque ela tem uma função de garantia. Somente será possível imputar uma pena como consequência jurídica de uma conduta criminosa caso a mesma esteja prevista na lei; deessarte, a necessidade de adequação da conduta à lei garantia a não incriminação de todas as outras condutas que não sejam tipificadas.”* (BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59).

distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: [...]

Ainda que o estudo não comporte uma minuciosa análise da tipicidade objetiva³¹, pode-se dizer que, em relação ao crime em questão, o tipo objetivo é, indubitavelmente, ambíguo e impreciso, na medida em que se nota uma confusão trazida pelo legislador ao não deixar evidente, pela redação, que este delito possui, em realidade, dezoito condutas, e não somente nove, como se constata de uma análise inicial.³² Em outros termos, isso explica-se da seguinte forma: ao incluir na redação do *caput*, além do verbo, propriamente dito, outros elementos típicos, ainda que classificáveis de forma independente, o tipo em análise possui dois objetos materiais distintos, o que, por consequência, estabelece dezoito condutas, com diferentes meios de lesionar o bem juridicamente protegido.³³

31 Para um estudo dos elementos (objetivos e subjetivos) que integram um tipo penal, cf.: FAYET, Fábio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49-72.

32 A respeito do tipo penal: “O tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas). a) O tipo pertence à lei. É na lei que encontramos os tipos penais: na “parte especial do CP e nas leis especiais. Dito ainda mais concretamente, tipos são “matar alguém” (art. 121 do CP), “provocar aborto, sem o consentimento da gestante” (art. 125), “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem” (art. 129 do CP), “contrair alguém, sendo casado, novo casamento” (art. 235 do CP) etc. “Tipos” são fórmulas legais, da espécie que mencionamos, ou seja, as fórmulas legais que nos servem para individualizar as condutas que a lei penal proíbe. b) O tipo é logicamente necessário, porque sem o tipo nos portamos a averiguar a antijuridicidade e a culpabilidade de uma conduta que, na maioria dos casos, resultaria sem relevância penal alguma. Assim, por exemplo, se tivéssemos que averiguar se é delito a falta de pagamento de uma parcel do preço de compra de uma máquina de lavar roupas, e não dispuséssemos do conceito do tipo penal, primeiro veríamos que se trata de uma conduta; depois comprovaríamos que a conduta é antijurídica – porque o não cumprimento de uma obrigação civil é contrário ao direito –; em seguida comprovaríamos que é culpável, porque o devedor podia pagar e lhe era exigível que o fizesse, e, por último, após todas estas etapas, resultaria que esta conduta antijurídica e culpável não é delito, porque não é sancionada com uma pena pelo direito penal. Nisto reside a nossa afirmação de que o tipo é logicamente necessário para uma averiguação racional da delituosidade de uma conduta. c) o tipo é predominantemente descritivo, porque os elementos descritivos são os mais importantes para individualizar uma conduta e, dentre eles, o verbo tem especial significação, pois é precisamente a palavra que gramaticalmente serve para conotar uma ação. Não obstante, os tipos, às vezes, não são absolutamente descritivos, porque ocasionalmente recorrem a conceitos que remetem ou são sustentados por um juízo valorativo jurídico ou ético. Quando o art. 125 do CP refere-se à “mulher”, não é necessária qualquer valoração para precisar o que seja uma mulher, porque este conceito é descritivo. Mas quando o art. 213 do CP refere-se à “mulher”, precisar o que é uma mulher não requer valoração alguma, precisar o que é uma mulher não requer valoração alguma, porque o conceito de mulher é descritivo. Mas, quando o art. 215 refere-se à “mulher honesta”, é um conceito que, obrigatoriamente, tem de se estabelecer de conformidade com a ética social. O art. 155 do CP define o furto como “subtrair... coisa alheia móvel”, o que torna necessário estabelecer, de conformidade com os arts. 592 et. seq. do código civil, a condição de “alheia” da coisa. Enquanto os elementos descritivos são os que predominam nos tipos, a esses outros, que neles aparecem eventualmente, denominam-se elementos normativos dos tipos penais. d) A função dos tipos é a individualização das condutas humanas que são penalmente proibidas. A necessidade lógica do tipo, de que nos ocupamos no item “b”, é ditada por esta função. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 443-444).

33 Ainda que questionável qual é efetivamente o bem jurídico tutelado pelo artigo 218-C, parte-se da ideia, ainda que um pouco estudada e bastante dúbia, de que a norma penal pretende tutelar a dignidade sexual do vulnerável, em virtude da posição geográfica do tipo penal no código penal: capítulo II do título IV do Código Penal, onde estão os crimes sexuais contra vulnerável. Isso, contudo, pode ser objeto de outro

Dessarte, entende-se que a *primeira forma* de realizar este crime é: *oferecendo, trocando, disponibilizando, transmitindo, vendendo, expondo à venda, distribuindo, publicando ou divulgando* o primeiro objeto material do crime, qual seja: *fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual* que contenha *cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática*; já a segunda forma de realização deste tipo é: *oferecendo, trocando, disponibilizando, transmitindo, vendendo, expondo à venda, distribuindo, publicando ou divulgando* o segundo objeto material do crime, qual seja: *[sem o consentimento da vítima] cena de sexo, nudez ou pornografia*. No entanto, é preciso deixar destacado que, neste segundo verbo, especificamente, há um elemento normativo formulado negativamente (a expressão *sem o consentimento da vítima*) carrega para o tipo a proibição da conduta, à medida em que, tendo a autorização para, por exemplo, a divulgação de cena de nudez da pessoa supostamente ofendida, não há qualquer reprovabilidade da conduta, tampouco lesão ao bem jurídico.³⁴

Desse modo, pelos argumentos apresentados é indubitável que o artigo 218-C possui uma imprecisão técnica por conta da sua falta de clareza em relação às formas que o agente pode cometer as condutas proibidas. Desse modo, as conclusões parciais demonstram – e este é o entendimento ora defendido – que o tipo penal do artigo 218-C viola o preceito do *nullum crimen sine lege certa*, em virtude da sua ausência de clareza, tanto ao simples leitor, como também ao intérprete da norma penal. Ainda que o legislador, mesmo que de bom grado, tenha tentado abranger o maior número de condutas possíveis, visando, é verdade, coibir a prática de crimes sexuais com a utilização da internet – sobretudo a chamada vingança pornográfica –, o produto entregue ao ordenamento jurídico-penal, isto é, o artigo 218-C, recém incluído no Código Penal, não pode ser considerado exemplo de boa prática legislativa. É flagrante a violação ao princípio da legalidade, o que acarreta, em virtude da vigência da norma, demasiado esforço do intérprete na busca por uma interpretação minimamente vinculada aos preceitos constitucionais.

2. DA CRÍTICA À GESTAÇÃO DA NORMA PENAL. AUSÊNCIA DA RACIONALIDADE LEGISLATIVA

estudo.

34 Melhor análise deste elemento especificamente em relação às consequências do erro jurídico penal sobre ele potencialmente incidente pode ser analisada em: FAYET, Fábio Agne. **Descriminantes putativas típicas**: o erro sobre os elementos normativos do tipo formulados negativamente. 340f. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUCRS, Orientador: Giovanni Agostini Saavedra. Porto Alegre, 2017.

Demonstrado, com base na exposição sobre o princípio da legalidade penal, que o crime do artigo 218-C viola o referido princípio, no ponto que toca à taxatividade da lei penal, em virtude da falta de clareza da sua redação, pretende-se, neste ponto, demonstrar outro problema inerente ao produto entregue pelo legislador ordinário: a ausência de parâmetros mínimos na gestação da norma penal, consistentes no que se pode chamar de racionalidade legislativa, que se subdivide em três pontos, a saber: (i) racionalidade no impulso do processo legislativo; (ii) racionalidade no tempo do processo legislativo; e (iii) racionalidade no modo de condução do processo legislativo.³⁵

O primeiro ponto, referente à racionalidade no impulso do processo legislativo, está vinculado à prognose realizada pela legislador, isto é, à verificação da previsão de um resultado, da ocorrência de um evento futuro, de tal forma que é possível dividi-la em três elementos: primeiro, a base da prognose; segundo, o método da prognose; e, em terceiro lugar, o resultado da prognose.³⁶ A respeito da base da prognose, ponto de partida do processo legislativo, Scalcon refere o seguinte:

A base representa os dados fáticos recolhidos pelo legislador para delimitar o problema concreto e para eleger as medidas adequadas a saná-lo. Se a base da prognose não for bem construída, tanto uma identificação clara da disfunção social quanto uma criteriosa seleção de meios para sobre ela eficazmente intervir serão, de plano, inviáveis. Nesse contexto, um examinador prudente dirigiria um olhar de desconfiança a uma prognose legislativa eivada de vícios na sua base.³⁷

Isso significa, portanto, que o processo legislativo deve ser impulsionado de forma racional, ou seja, com base em uma prognose adequada e correta sobre o pretense problema apresentado pelo legislador. É dizer, de outro modo, que o erro na prognose acarreta em falso juízo do legislador, mas não apenas isso, à medida em que, como adverte Scalcon, além de adotar um meio ineficaz, “*no contexto da proposta de uma lei penal, é ainda mais grave, pois significa fundamentar ou amparar a restrição de direitos fundamentais de liberdade em argu-*

35 Adota-se neste trabalho os parâmetros trabalhados por Scalcon no seguinte texto: SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 393-407.

36 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 394.

37 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 394.

sistentes”.³⁸

Em relação ao segundo ponto, consistente na racionalidade no tempo do processo legislativo, tem-se que, tanto quanto o primeiro problema elencado, este também afeta a gestação de leis penais, de modo que no Brasil sobram exemplos nesse sentido, tais como a própria Lei nº 13.718 de 2018, que trouxe ao mundo jurídico-penal o artigo 218-C.³⁹ Todavia, não é apenas a agilidade no processo legislativo o problema, visto que, em alguns casos, pode ser a demora o problema.⁴⁰ Assim, é preciso, em conjunto com a racionalidade no impulso do processo legislativo, pensar também o seu tempo, pois as deliberações nas Casas legislativas não podem ser breves a ponto de apresentar soluções puramente populistas, mas tampouco excessivamente demoradas, de modo que a sociedade e a velocidade caminham em ritmo acelerado e os problemas que se apresentam hoje já podem não ser os mesmos amanhã, fatos que impõe, portanto, a busca por um tempo racional no processo legislativo de leis penais.⁴¹

O último ponto, que diz respeito à racionalidade na forma pela qual o processo legislativo é conduzido, está interligado à forma ou ao modo como as leis penais estão ligadas à ordem axiológico-constitucional, *i.e.*, possuem validade diante da normatividade que advém da Constituição da República.⁴² Para realizar essa análise, Scalcon lança mão de dois critérios, a ver: “(i) grau de publicidade e de inclusão nas deliberações e (ii) grau de amparo das deliberações em estudos técnicos e em avaliações de impactos legislativo ex ante ou prospectivas”.⁴³

38 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 396.

39 No Brasil, em virtude de inúmeros casos de imagens íntimas vazadas de forma proposital e sob o influxo de demandas sociais provenientes do campo dos movimentos feministas, foi proposto no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.452 de 2016, de autoria da então Senadora Vanessa Grazziotin, com a finalidade de criminalizar a conduta conhecida como *pornografia da vingança*. Depois de rápida tramitação no Congresso, o Projeto de Lei foi aprovado e sancionado no ano de 2018, vindo a se tornar a Lei nº 13.718, que, além de alterar o Título VI do Código Penal, também criminalizou algumas condutas, tais como a importunação sexual (artigo 215-A) e a vingança pornográfica (artigo 218-C).

40 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 397.

41 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 398.

42 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 398.

43 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica,

No primeiro ponto, a autora trabalha a ideia de que o processo legislativo deve se valer de argumentos públicos, de modo que isso importaria, aos legisladores, alguns deveres, tais como: a necessidade de justificativa das alterações legislativas apresentadas e a possibilidade de que minorias parlamentares tenham maior espaço no debate realizado, possibilitando, ainda, a terceiros que não sejam parlamentares a participação no processo.⁴⁴ Nesse sentido, caso não houvesse o cumprimento dos deveres apontados, haveria, por conseguinte, significativo impacto na constitucionalidade da lei penal, pois, segundo a autora, *“quando menor o nível de justificação, de publicidade e de inclusão nos processos legislativos, tanto mais provável que uma dada Corte Constitucional seja utilizada como “terceira” arena política por aqueles que não tiveram voz”*.⁴⁵

De outro lado, sobre grau de amparo das deliberações em estudos técnicos e em avaliações de impactos legislativo *ex ante* ou prospectivas, entende-se que cabe aos atores políticos, durante o processo legislativo de uma lei penal, valem-se, por exemplo, de trabalhos técnicos sobre o impacto legislativo.⁴⁶ Para Scalcon,

O recurso a tais instrumentos avaliativos, para além de permitir um incremento de racionalidade na tomada de decisão política, promove uma espécie de valorização da academia ou dos “experts” no processo legislativo. O ideal é que tais atores sejam terceiros externos, selecionados, por exemplo, mediante editais para grupos de pesquisadores. Subsidiariamente, os próprios consultores legislativos poderiam realizar uma espécie simplificada de tal avaliação. Entretanto, quanto mais imparcial o exame, tanto melhor, de modo que a primeira hipótese se apresenta mais consentânea ao objetivo buscado.⁴⁷

A conclusão que se tem, portanto, é de que pela observação da racionalidade do processo legislativo, sustentada nos três pilares apresentados, uma lei penal pode ser considerada inconstitucional ou não. É dizer, em outros termos, que

2018, p. 398-399.

44 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 399.

45 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 401.

46 A respeito de estudos de impacto legislativo, cf.: FERREIRA, Carolina Costa. **O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 129, ano 25, p. 137-180, mar., 2017.

47 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 404-405.

“quanto menor for a racionalidade do processo legislativo, tanto menor a presunção de constitucionalidade do seu produto e tanto maior o rigor no controle da lei e vice-versa”.⁴⁸ Nesse sentido, se houver um processo legislativo afoitado, completamente acelerado e inadequado, o resultado não será outro que não um produto mal produzido, ou seja, uma lei penal que pode apresentar diversos vícios, tanto na sua concepção quanto na redação final – como é o caso do artigo 218-C; no entanto, o inverso também é verdadeiro, à medida em que se o processo legislativo ocorrer dentro do espaço de tempo considerado adequado, com a participação de diversos atores políticos, dos mais variados campos, e ainda, de pessoas externas à arena política, pode ser que o produto final entregue, a lei penal, esteja adequada aos ditames constitucionais e seja materialmente válida.⁴⁹

Apresentado isso, o diagnóstico que se tem em relação ao tipo penal do artigo 218-C é, senão de inconstitucionalidade, mas de que o delito em questão é, certamente, resultado de uma baixa racionalidade legislativa. A solução encontrada pelo legislador, da forma com que apresentada e inserida no ordenamento jurídico-penal, não parece ter sido a mais adequada. Mas não só isso. Demonstrou, o legislador, estar atento às novas formas de cometimento de delitos, no entanto, isso não significa que o processo de tipificação da conduta é suficiente à resolução do problema, tampouco que a mera cominação de pena atenderá a algum fim preventivo. De tal modo, o fato de o artigo 218-C ter sido gestado de forma açodada pelo legislador ordinário demonstra, uma vez mais, que o Brasil ainda tem muito a caminhar em matéria criminal, pois o processo legislativo novamente se dobrou à sanha punitiva – de ambos os espectros políticos, é bom registrar –, a fim de criar um tipo penal que, *prima facie*, não atenderá os fins para os quais foi proposto.⁵⁰

48 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D'AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 406.

49 SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.** In: D'AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 407.

50 No mesmo sentido: Uma análise crítica do processo legislativo e da redação final do art. 218-C sugere que a inovação legal parece ser, utilizando a distinção feita por Salo de Carvalho (Boletim IBCCRIM, n. 193), mais um projeto para um caso emergencial (e o reveng porn é, de fato, um problema contemporâneo que precisa ser compreendido e enfrentado) do que um projeto idealizado a partir de uma atividade racionalmente orientada e voltada a realizar propósitos específicos. Em outras palavras, esse ato legislativo é muito mais um ato simbólico, que traduz a ciência de um problema pelas autoridades e a expressão de que estão atentas às preocupações públicas, porém sem qualquer ambição real de produzir resultados práticos. (FRANÇA, Leandro Ayres. **A criminalização do reveng porn: análise do art. 218-C.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 26, n. 315, p. 11-13, fev., 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos argumentos até aqui delineados, é possível tecer, de modo bastante objetivo, algumas considerações finais, estruturadas do seguinte modo:

(i) Em decorrência da falta de clareza em sua redação, é possível concluir que o preceito primário do tipo penal do artigo 218-C viola o princípio da legalidade penal, precisamente em relação à necessária taxatividade da norma – *nullum crimen sine lege certa*. Conquanto seja argumentável que o legislador procurou abarcar o maior número de condutas possíveis, pela suposta intolerância social à chamada pornografia da vingança, isso não significa, por si, que poderia ter entregue ao direito penal pátrio norma tão ambígua e incerta.

(ii) O artigo 218-C do Código Penal é, certamente, produto de uma baixíssima racionalidade legislativa, na medida em que o legislador fez uma prognose equivocada de como resolver o problema inerente à pornografia da vingança na sociedade brasileira; além do mais, não houve a devida maturação durante do processo legislativo, isto é, o tempo ocupado pelo legislador para refletir sobre a necessidade de criminalização da conduta e a estrutura do tipo, como em outros casos, foi curto, o que resultou, portanto, em tipo penal mal redigido e que dificilmente atingirá os fins da norma buscados pelo legislador.

Frise-se, ainda, que não há como ignorar o fato de que condutas que atentam contra a dignidade sexual das pessoas mereçam atenção do Estado, seja pela via da tipificação, *i.e.*, no tornar criminoso determinado ato, seja pela adequada punição, quando comprovada a prática delitiva pelo agente. Entretanto, a criminalização de condutas consideradas desvaloradas socialmente não pode se dobrar ao populismo penal, de forma açodada e sem a devida reflexão sobre a finalidade da norma penal que se quer gestar. É, pois, que se adverte, em breve síntese, que se está diante de produto mal produzido pelo legislador ordinário, à medida em que, tanto como diversos tipos penais existentes no direito penal brasileiro, o artigo 218-C é mais um no rol das normas penais fruto de um simbolismo penal impulsionado por uma irracionalidade legislativa.

Em termos finais, é necessário dizer que o direito penal engana a quem quer ser enganado. E no caso do crime em estudo, parece, pelo apresentado, que o direito penal foi chamado, novamente, para atender um problema que é mais de ordem social e cultural do que propriamente jurídica. O problema, no entanto, dificilmente será resolvido com a aplicação de pena criminal – ainda que se adote perspectivas preventivas da pena. Em verdade, há mais um tipo penal na área, mas que, a bem da verdade, além dos problemas teóricos já apresentados,

por certo também apresentará problemas de ordem prática.

REFERÊNCIAS UTILIZADAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. **Princípios fundamentais do direito penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n 15, p. 81-88, jul.-set., 1996.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- FAYET, Fábio Agne. **Descriminantes putativas típicas**: o erro sobre os elementos normativos do tipo formulados negativamente. 340f. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUCRS, Orientador: Giovanni Agostini Saavedra. Porto Alegre, 2017.
- FAYET, Fábio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FAYET Jr.; Ney; SOUZA, Draiton Gonzaga de. **A castração (química) de delinquentes sexuais**: uma abordagem à luz de diretrizes político-criminais racionais. 4. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2019.
- FERREIRA, Carolina Costa. **O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 129, ano 25, p. 137-180, mar., 2017.
- FRANÇA, Leandro Ayres. **A criminalização do reveng porn**: análise do art. 218-C. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 26, n. 315, p. 11-13, fev., 2019.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- SCALCON, Raquel Lima. **Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal**. In: D'AVILA, Fábio Roberto et al. [org.]. **Direito penal e Constituição**: diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 393-407.
- SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O FENÔMENO DO MULTICULTURALISMO NA SEARA PENAL: UM PANORAMA ACERCA DA APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

Ariadne Oliveira Silva de Carvalho Santos⁵¹

RESUMO: O estudo versa acerca dos reflexos do fenômeno do multiculturalismo na seara penal, no que tange, mormente, ao tratamento penal conferido aos delitos culturalmente motivados e à aplicabilidade da justiça restaurativa. Essa abordagem revela-se de suma relevância à compreensão dos desafios que perpassam a harmonização entre a adequada resposta aos crimes culturalmente motivados e a salvaguarda da diversidade cultural como direito fundamental. A grande questão invocada no trabalho desenvolve-se em torno das repercussões de cunho criminógeno advindas da paradoxal tendência de homogeneização cultural acentuada pela globalização. Diante desse cenário, questiona-se os limites do exercício do *ius puniendi* aos delitos cujas bases estão assentadas no condicionamento cultural do indivíduo, bem como elege-se como escopo fundamental a análise acerca da incidência da justiça restaurativa em sede de *cultural offenses*, promovendo a interação e integração de vítima, ofensor e comunidade.

Palavras-chave: Multiculturalismo, Delitos culturalmente motivados, Justiça Restaurativa.

ABSTRACT: The study deals with the reflexes of the phenomenon of multiculturalism in the penal area, mainly concerning the criminal treatment given to culturally motivated crimes and the applicability of restorative justice. This approach is of utmost importance in understanding the challenges that lie in harmonizing

51 Pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Faculdade Damásio. Pesquisadora no Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (NETI-USP), subgrupo de Tribunais Penais Internacionais. Membro do Grupo de Estudos em Ciências Criminais e Direitos Humanos no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogada. E-mail: carvalhosantos.ariadne@gmail.com.

the proper response to culturally motivated crime and safeguarding cultural diversity as a fundamental right. The major question raised in the paper is developed around the repercussions of a criminogenic nature arising from the paradoxical trend of cultural homogenization accentuated by globalization. Given this scenario, the limits of the exercise of *ius puniendi* to the offenses whose bases are based on the cultural conditioning of the individual are questioned, as well as the analysis of the incidence of restorative justice in cultural offenses is chosen as a fundamental scope, promoting the victim, offender and community interaction and integration.

Keywords: Multiculturalism, Culturally motivated crimes, Restorative Justice.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discorrerá acerca dos reflexos do fenômeno do multiculturalismo no Direito Penal Moderno, sob o enfoque dos dilemas que circundam o tratamento penal destinado aos delitos culturalmente motivados, vislumbrando, a partir de uma visão construtiva e reintegradora, a possibilidade de incidência da justiça restaurativa àqueles.

A investigação do tema traduz-se essencial à compreensão dos desafios que perpassam a harmonização entre a adequada resposta diante da prática de delitos culturalmente motivados e da garantia da diversidade cultural, visto que o direito à cultura integra o núcleo intangível que compõe a dignidade da pessoa humana. Outrossim, demonstra sua indispensabilidade ao analisar como a organização de sociedades não uniformes culturalmente culmina em exigências de redimensionamento do Direito Penal Moderno.

Ressaltada a imprescindível abordagem interdisciplinar da problemática multicultural, aprofundar-se-á a prospecção do tema a partir de uma perspectiva culturalista do direito, visando traçar, brevemente, as interações firmadas entre o direito e a cultura, bem como as influências do arcabouço cultural na formação e informação do conteúdo normativo penal. Ato contínuo, atento à importância da construção de uma ciência penal aliada à realidade pluridimensional, enfrentando o mito da neutralidade científica, verificar-se-á a assimilação do fator cultural como noção penalmente relevante no discurso-jurídico penal.

Superada a premissa e a contextualização inaugural, constatando a maior

permeabilidade do Direito Penal pelas alterações dos processos axiológicos, tecer-se-á comentários a respeito dos reflexos do multiculturalismo no Direito Penal Moderno. Por sua vez, esse estudo englobará o enfrentamento da crise de paradigmas a denotar o momento de ruptura da ciência penal, assim como a noção de delitos culturalmente motivados peculiares às sociedades multiculturais. Partindo-se, posteriormente, para o exame quanto à aplicabilidade da justiça restaurativa como alternativa mais adequada em sede de *cultural offenses*, promovendo a interação e integração da vítima, ofensor e comunidade.

As questões invocadas no trabalho desdobram-se em torno das complexas repercussões jurídicos-penais oriundas da paradoxal tendência de homogeneização e valorização das culturas minoritárias, robustecida pela globalização. Ante a problemática, questiona-se os limites do exercício do *ius puniendi*, observando o paradigma restaurativo como via mais eficaz para o enfrentamento das condutas criminosas cujas bases estão assentadas no condicionamento cultural do indivíduo.

1 UMA VISÃO CULTURALISTA DO DIREITO: BREVE PANORAMA SOBRE A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL NA PERSPECTIVA CULTURAL

O engendramento de sociedades culturalmente heterogêneas – cujo epicentro situa-se, mormente, na associação entre o fenômeno da globalização e a intensificação dos fluxos migratórios – tem revelado a pluralidade de manifestações conviventes em espaços comuns e a essencialidade da tutela da diversidade cultural. Considerando, conforme ensina Carnevali (2007), que a ciência penal mostra-se como o instrumento mais sensível em reconhecer os critérios axiológicos predominantes numa sociedade, indubitável que a configuração sociocultural contemporânea impacta, direta e indiretamente, na elaboração e interpretação do Direito Penal Moderno, apresentando-lhe novos desafios.

O direito e a cultura caminham *pari passu*, de modo que, a fim de analisar como se estabelece o diálogo entre o multiculturalismo e o Direito Penal e, por conseguinte, os reflexos dos delitos culturalmente motivados, faz-se necessária a incorporação da visão culturalista do direito. O estabelecimento dessa premissa, embora imprescindível ao intento, exige a superação de tradicionais paradigmas da ciência jurídico-penal, haja vista que “compreender as categorias dogmáticas do crime sob a perspectiva cultural não é tarefa confortável, pois pouco usual na tradição doutrinária romano-germânica” (MORAES, 2017, p. 35).

Há, portanto, uma relação imanente entre direito e cultura: “o direito reage às alterações culturais em movimento contínuo” (VENOSA, 2007, p. 15). A constante modificação dos processos valorativos torna, no entanto, a definição de “cultura” complexa e árdua, vez que se trata de conceito dotado de múltiplas acepções e diversos desdobramentos teóricos. Diante disso, para o desenvolvimento da pesquisa, adotou-se uma concepção antropológica de cultura, sendo válido destacar que, como alertou Mintz (2009), mesmo no âmbito da Antropologia Cultural, não há consenso no que tange a um conceito fundamental.

Traçando, brevemente, um panorama da evolução histórica da acepção antropológica de cultura, sem pretensões de esgotar o tema, é possível inferir que a preocupação em compreender as diversas manifestações do comportamento humano remonta à Antiguidade⁵².

Na perspectiva antropológica, observa-se que, em princípio, os embates na busca de uma definição de cultura foram delineados a partir de duas concepções: uma inspirada nas tradições iluministas, outra assentada na tradição alemã, como sinônimo de *kultur*. A primeira concepção, concebendo cultura como uma noção fixa, estática, e unilinear⁵³, foi bem assimilada pelos estudos antropológicos até meados do século XX, sendo desconstruída quando da identificação de múltiplos grupos culturais. Rechaçando a primeira concepção, o conceito germânico de *kultur*, o qual enfatizava as peculiaridades dos grupos sociais, foi incorporado pela antropologia norte-americana, tendo Franz Boas como um dos principais nomes da escola difusionista (GONÇALVES, 2010). Assim, alterou-se o foco do sentido universalista de cultura para uma visão atenta às particularidades de cada sociedade, por meio de uma abordagem multilinear.

Em relação ao conceito moderno de cultura, existem duas vertentes: a adaptativista (materialismo cultural) e as teorias idealistas, divididas em três sistemas – cognitivo, estrutural e simbólico. A vertente adaptavista apresenta-se como uma releitura da concepção evolucionista do século XIX, entendendo que “culturas são sistemas de padrões de comportamentos transmitidos que servem para adaptar as comunidades humanas aos seus embasamentos biológicos” (LARAIA,

52 A esse respeito, ressalta-se que Laraia (2001) expõe essa tentativa durante a história da humanidade, apontando que: o historiador grego Heródoto (484-424 a. C) descreveu o sistema social baseado na linhagem feminina; Tácito (155-120 a. C) confrontou os costumes romanos com práticas germânicas; Marco Polo registrou os costumes dos tártaros. José de Anchieta (1534-1597) e Montaigne (1533-1572) analisaram o povo Tupinambá.

53 Desse primeira concepção, consagrou-se a definição tyloriana, segundo a qual: “cultura ou civilização é (...) aquele conjunto complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, o direito, o costume e qualquer outra capacidade e hábito adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade” (TYLOR, 1871apud. DE MAGLIE, 2017, p. 56).

2001, p. 59). Já no que tange às teorias idealistas, Moraes explica 2017: a) para o sistema cognitivo, cultura se refere a um sistema de conhecimento, absorvendo todas as características que o indivíduo deve conhecer para conviver no interior de sua sociedade; b) a cultura no sistema estrutural é definida como um processo de criação acumulativo da mente humana; c) no sistema simbólico, a cultura é entendida como um conjunto de mecanismos de controle que direcionam o comportamento de coletividade, e não a existência de comportamentos plurais concretos.

A partir dessa breve incursão histórica, não se pode olvidar os reflexos da cultura na conformação dos comportamentos sociais, tampouco desconsiderar a constituição cultural do indivíduo cuja exteriorização se perfaz por meio da incorporação e transmissão do experimentado no mundo em que vive. Há uma inequívoca comunicação entre as características individuais e a dimensão cultural, tratando-se de um processo acumulativo, de modo que, conforme Moraes (2017), sintetizando os ensinamentos de Laraia, o ser humano é expressão do meio cultural no qual é socializado.

A acepção mais moderna de cultura, inserida na sociedade multicultural, consagra a existência de diversidade cultural, bem como se revela como um processo contínuo e identitário de determinado grupo social ou coletividade. Logo, não é possível conceber cultura apartada da sociedade e, à vista disso, constatado que “os dados da realidade podem receber significado diverso de acordo com o espectro cultural que utilizamos para interpretá-los” (MORAES, 2017, p. 40), essa percepção reverbera na construção do discurso jurídico. O direito é manifestação de cultura, sendo primordial ater-se aos influxos da cultura na elaboração, compreensão e significação do ordenamento jurídico.

Na ordem contemporânea, marcada pela paradoxal tendência de homogeneização cultural como fruto da desfronteirização e valorização da representatividade das minorias culturais – assegurando maior visibilidade a questões antes deixadas à margem das discussões político-sociais –, intensificaram-se as interações estabelecidas entre direito e cultura. Nesse contexto, em meio à profusão de processos valorativos, exsurge a questão das manifestações plurais e os delitos culturalmente motivados, ensejando a reelaboração dos ordenamentos jurídicos, posto que o fator cultural é intrínseco à formação do discurso jurídico-penal de um Estado.

O fator cultural, inferido por meio de aspectos comportamentais e inter-relacionais de uma determinada coletividade, consiste no agrupamento de

valores preponderantemente homogêneos que delineiam o perfil identitário de seus integrantes⁵⁴. Nas palavras de Moraes, “o fator cultural representa um núcleo axiológico denso e de difícil contorno teórico, mas de passível aferição na revelação abstrata das normas jurídicas e, principalmente, na abordagem compreensiva e sensível dos casos concretos” (2017, p. 41).

A compreensão da ciência penal a partir de uma perspectiva cultural presuppõe, primeiramente, o sobrepujamento do mito da neutralidade científica. A esse respeito, Moraes, coadunando-se ao pensamento desenvolvido por Zaffaroni acerca das limitações da dogmática em conter o poder punitivo estatal, sustenta que “a dogmática é uma construção discursiva ou argumentativa elaborada num âmbito acadêmico, com maior ou menor referência ao direito legislado, e que se dirige ao poder jurídico” (2017, p. 17). Logo, o Direito Penal não é culturalmente neutro, visto que as normas penais são permeadas por conceitos normativos cujo referencial valorativo é extraído de determinada concepção cultural (MORAES, 2017, p. 59).

O processo de criminalização perpassa a seleção de comportamentos penalmente relevantes a partir de uma base cultural, refletindo um conteúdo ético-normativo apropriado de forma vinculada à realidade e externado através do juízo de desvalor contido nas normas penais. Por meio desse processo, é firmada a comunicação entre a normatização e a realidade sociocultural preexistente à norma, evidenciando a presença do fator cultural de uma determinada coletividade na criminalização de condutas.

No mais, é necessário observar que a incorporação do referido estabelece-se por meio de uma lógica dicotômica. O discurso jurídico-penal ora pode ser utilizado como instrumento para selecionar e incriminar a diversidade cultural – dando origem aos delitos culturalmente motivados –; ora, de forma antagônica, para salvaguardar direitos de minorias culturais ao punir atos de intolerância.

Acerca desse duplo aspecto, Moraes explana:

O primeiro parte da discussão sobre a influência do modelo de reação às diferenças culturais, com variações quanto à política de tratamento das diferenças: de um lado, a valorização (ou “reconhecimento” da “especificidade identitária da minoria”, tendente a respeitar ou ao menos tolerar nos limites possíveis as condutas “culturalmente motivadas” que destoam dos costumes dominantes; de outro, a propensão “assimilacionista” voltada à plena integração dos “sujeitos culturalmente diversos”, a partir da adesão desses sujeitos às tradições e ao estilo de vida

54 Noção desenvolvida por Alessandro Bernardi na obra “*Il 'fatore culturale' nel sistema penal*”, conforme Moraes (2017).

da nova comunidade em que se pretendem inserir. O segundo se concentra na indiscutível consequência de que esses fatores projetam uma importante função nas escolhas de política criminal. Essa dicotomia seria a chave a partir da qual se descortinam as ideias em torno de heterogêneas (ou heterólogas) respostas dadas pelos ordenamentos penais aos fatos praticados pelos sujeitos culturalmente diversos – provocando respostas de (in)tolerância ou indiferença na perspectiva da legislação e/ou da jurisprudência. (MORAES, 2017, p. 22)

A assimilação do fator cultural como noção penalmente relevante resta ainda mais evidente quando inserida na temática multiculturalista. Desmitificada a neutralidade científica da ciência penal, observa-se que a elaboração discursiva do direito veicula valores prevalentes em determinada coletividade. Todavia, nas sociedades culturalmente plurais, a abundância de processos axiológicos impõe óbices à configuração de um bojo ético-normativo suficientemente uniforme, culminando no incremento de comportamentos desviantes lastreados no condicionamento cultural.

No que concerne aos delitos culturalmente motivados, Moraes sustenta:

O reconhecimento de que há delitos culturalmente motivados, ou seja, crimes em relação aos quais são determinantes e portanto relevantes juridicamente os fatores relacionados à essência de um “ser cultural” diverso do “eu hegemônico” é o *start* de um diálogo que nos reporta às bases éticas do poder punitivo e, pois, do seu discurso racionalizante, expresso pelo Direito Penal. Isso tem relação primeira com o pluralismo cultural, devendo projetar luzes sobre o debate em torno do pluralismo normativo e, por fim e como consequência, do pluralismo jurídico. (...) Há um núcleo de moralidade relativamente diverso em cada cultura, que informa o ordenamento jurídico como seu pressuposto ético (ou “metaético”), e que se projeta para as técnicas e métodos de interpretação jurídica, conferindo-se maior ou menor efetividade ao próprio elenco dos direitos fundamentais (MORAES, 2017, p. 32-33)

Diante das particulares dinâmicas por meio das quais se estruturam as sociedades multiculturais, justifica-se a importância de desenvolver uma ciência penal sensível ao conteúdo cultural inerente ao seu discurso. Ademais, é fundamental considerar o fator cultural nas ponderações realizadas na análise do caso concreto, haja vista que valoração de um comportamento é variável de acordo com o contexto cultural no qual o indivíduo está inserido. Nessa esteira, conforme alerta Silva Dias, “os indivíduos não são seres sem mundo e não apresentam todos as mesmas biografias e experiências de vida” (2015, p. 98).

Não obstante, o fenômeno do multiculturalismo, ao fomentar a reformulação das bases fundantes do Direito Penal Moderno, implica em inequívocos

reflexos e desafios. Um dos principais desafios perpassa justamente o reconhecimento dos delitos culturalmente motivados e a harmonização entre a adequada resposta aos comportamentos desviantes de cunho cultural e a tutela da diversidade cultural.

2 O FENÔMENO DO MULTICULTURALISMO E OS REFLEXOS NO DIREITO PENAL MODERNO

A abordagem culturalista da ciência penal demonstra a inexorável correlação que se estabelece entre direito e cultura e, por conseguinte, os efeitos da cultura na construção e interpretação do discurso jurídico-penal. Atualmente, no que pese o enfrentamento de uma série de dilemas advindos da composição de uma líquida sociedade globalizada na esfera científica no geral, considerando que o âmbito penal apresenta maior permeabilidade às alterações socioculturais, ao Direito Penal Moderno tem eclodido entraves no campo teórico e de aplicação da normativa penal. Ante o exposto, torna-se imperioso o estudo desses reflexos aliado ao fenômeno do multiculturalismo.

2.1 A CRISE DE PARADIGMAS DO DIREITO PENAL MODERNO

A ciência penal enfrenta um período de ruptura e, por conseguinte, de crise de paradigmas, mormente em razão de uma reunião de fatores os quais fragilizaram noções até então consolidadas no Direito Penal, como o dogma da homogeneidade cultural e a pressuposta igualdade entre sujeitos. Dentre esses fatores, observa-se que a globalização associada ao crescente fluxo migratório, bem como ao processo de internacionalização dos direitos humanos pós-2ª Guerra Mundial, corroeram as bases em que se fundava o modelo tradicional de Estado-nação, segundo o qual os limites da soberania e do ordenamento jurídico coincidem com os limites territoriais de um Estado.

A respeito dessa mudança de paradigmas, Carnevali expõe:

(...) é indispensável ter em consideração o seguinte: o Direito Penal é talvez o instrumento mais sensível em seu objetivo de coletar os critérios axiológicos pre-
valentes em uma sociedade. Tradicionalmente, estima-se que o sistema jurídico criminal é construído com base em um Estado que coleta esses valores reconhecidos por uma sociedade considerada culturalmente homogênea. No entanto, hoje, tais afirmações devem ser questionadas, não apenas em razão do surgimento de instâncias penais supranacionais, mas também porque, atualmente, a existência de Estados Nacionais culturalmente homogêneos e unitários é muito discutível. É

por isso que falamos de Estados Multiculturais, como sempre aconteceu na América Latina ou nos Estados Unidos, e isso começa a ser progressivamente apreciado na Europa. Essas realidades repercutem nos (...) princípios que fazem parte da essência do Direito Penal, como os da legalidade e da culpabilidade. Basta imaginar as consequências que podem ocorrer se certos costumes que colidem com os critérios axiológicos prevalecentes forem reconhecidos (CARNEVALI, 2007, p. 1-2, tradução nossa)

Nesse contexto, estabeleceu-se uma relação paradoxal: a consagração da tutela de diversidade e minorias culturais propagadas na comunidade globalizada que, por seu turno, tende ao estabelecimento de certa homogeneidade devido à velocidade e facilidade do intercâmbio cultural. Nesse sentido, De Maglie (2017) identifica na cultura da globalização a emergência, praticamente por contrarreacção dialética, da tutela da diversidade e conscientização das próprias raízes culturais. Ainda de acordo com a jurista, há uma contraposição entre a homogeneização mais ou menos forçada derivada da globalização e a valorização da autonomia e das particularidades das minorias.

Outrossim, Carnevali (2007) salienta a importância de analisar as repercussões no âmbito penal dessa ocorrência contraditória:

É interessante ressaltar que, mesmo quando há uma tendência à homogeneização cultural, também é possível observar manifestações que buscam destacar as especificidades culturais. (...) As sociedades contemporâneas, como consequência do aumento do fluxo migratório – dada a maior facilidade de transporte e comunicação – começaram a enfrentar novas realidades, como a formação de comunidades culturalmente homogêneas. Isso tem gerado fenômenos de particular relevância para o Direito Penal. A antinomia entre homogeneização e identificação cultural gera repercussões especiais da ordem criminogênica, como discriminação e racismo. (CARNEVALI, 2007. p. 3-4, tradução nossa)

No que tange aos reflexos no Direito Penal Moderno, em razão das interações entre os fenômenos em comento, nota-se que um dos principais desafios a ser enfrentado é o desgaste da premissa da territorialidade, exigindo a readaptação da ciência jurídico-penal e a remodelação estrutural dos Estados através da flexibilização da ideia de soberania absoluta. Essa fragilidade advém do fato que “a vida se realiza num contexto político-cultural em que opera a ciência do Direito Penal, que aspira à universalidade, mas se concretiza no localismo” (MORAES, 2017, p. 55). Portanto, o Direito Penal é concebido como um direito local e ajustado ao dogma da homogeneidade, sendo essa base enfraquecida devido ao multiculturalismo.

Nessa linha, Moraes (2017) adverte que o reconhecimento do multiculturalismo implica na superação do mito da homogeneidade da comunidade nacional para, noutro sentido, incorporar a noção de pluralismo cultural, atento às contraposições identitárias. Para o autor, esse processo, além de questionar os limites do reconhecimento das diversidades culturais, desafia os Estados a promover a tutela dos direitos fundamentais sob viés pluralista e inclusivo.

Esboçando uma dogmática penal contemporânea que, ao integrar o conteúdo cultural pluralista, repense a ciência jurídica, Moraes explica:

Uma vertente que introduz na dogmática contemporânea uma especial atenção para: a) os instrumentos e técnicas normativas com aptidão para apreender e ampliar o âmbito de incidência do direito penal, tradicionalmente circunscrito nos limites da singular soberania estatal; b) a revisão crítica das categorias fundamentais do direito

penal, com a elaboração de uma terminologia comum às diferentes culturas penais; c) a seletividade nas exigências de tutela com características globais, com o cuidado de distinguir os setores em que o direito penal pretende-se efetivo daqueles em que se apresentaria como mero reforço de simbolismo abstrato. (MORAES, 2017. p. 51)

Destarte, resta cristalino que a ciência penal tradicional – cujos alicerces situam-se na concepção de igualdade meramente formal, na premissa da territorialidade e no dogma da homogeneidade cultural – apresenta-se deslocada frente aos conflitos e pautas próprias às sociedades multiculturais. Por esse motivo, é inadiável a reestruturação do ordenamento jurídico penal com uma base axiológica sensível às diversidades culturais para que, assim, promova a eficiente tutela dos direitos fundamentais na perspectiva multiculturalista.

2.2 AS REPERCUSSÕES DA PROBLEMÁTICA CULTURAL NO DIREITO PENAL: UMA NOÇÃO DE DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

Considerando o contexto histórico-cultural outrora delineado, o processo de globalização atrelado à intensificação dos deslocamentos humanos, impulsionou⁵⁵ o fenômeno do multiculturalismo, por meio da agilidade e facilidade no

55 Interessante, nesse ponto, destacar que no situar do fenômeno multiculturalista, deve-se ter cautela ao atribuir sua origem à modernidade, conforme alerta Carnevali (2007). Isso porque, embora esse fenômeno tenha adquirido maior relevância atualmente, a convivência de experiências culturais plurais num mesmo território não é desconhecida na história da humanidade, como na formação do Império Austro-Húngaro, Império Russo e o Império Romano.

intercâmbio de informações, vez que conforme salientado por Bauman, “as distâncias já não importam, ao passo que a ideia de uma fronteira geográfica é cada vez mais difícil de se sustentar no ‘mundo real’” (1999, p. 20). O estabelecimento de sociedades culturalmente heterogêneas implicou alterações na percepção da realidade fática, assim como repercutiu em diversas áreas do conhecimento. Com efeito, o aumento de manifestações e comportamentos com um arcabouço cultural diversificado num mesmo espaço comum resultou em conflitos, sendo o Direito Penal chamado a resolver tais questões, em especial os delitos culturalmente motivados.

Num primeiro momento, para compreender as origens dos desafios contemporâneos e as consequências oriundas do fenômeno do multiculturalismo, é necessário traçar breves noções conceituais. Conforme ensina Carnevali (2007), o multiculturalismo corresponde a um fenômeno assinalado pela simultânea presença de diversas culturas inseridas num mesmo contexto espacial. Igualmente, “o multiculturalismo pode ser compreendido, assim, como a coexistência de formas culturais ou grupos caracterizados por diferentes culturas no seio das sociedades modernas. Verifica-se que o termo se refere, principalmente, à convivência de grupos distintos culturalmente (com diferentes valores políticos, étnicos, religiosos ou sociais) em um mesmo espaço territorial” (SANTOS; NUNES, 2003 apud. GODOY, 2017, p.21-22).

Ainda sobre a delimitação conceitual desse fenômeno, trazendo à luz da discussão a concepção de Silva Dias do multiculturalismo como processo de reconhecimento do outro, Godoy explana:

A questão central que a acepção do multiculturalismo busca responder é, como bem pontuado por Silva Dias, a do “reconhecimento do outro como um igual que é diverso”. A igualdade e a diferença apoiam-se, entre outros aspectos, na constituição cultural diversa do espírito humano. Nascemos, crescemos e vivemos inseridos em redes ou entrelaçamentos não uniformes, que influenciam ampla e diretamente nosso modo de agir e pensar. Perante tal cenário, o estrangeiro, o novo, o que vem de fora, e reforça a formação de comunidade, não deve nem ser tratado como um estranho ou, tampouco, como um idêntico. Deve ser tido antes como um igual, portador e merecedor da mesma dignidade, mas que é, ao mesmo tempo, completamente outro. (DIAS, 2014 apud. GODOY, 2016, p. 322-323)

Tecendo sucinta perspectiva filosófica do multiculturalismo, tem-se que esse fenômeno pode ser debatido, especialmente, por meio de duas correntes de pensamento: o liberalismo e o comunitarismo. A vertente liberal, tendo como dos principais teóricos Will Kymlicka, baseada no princípio da liberdade, susten-

ta que a expressão de cultura deve se dar livremente, de forma que a intervenção do Estado apenas se justificará para obstar discriminações, jamais para promover a diversidade. Por sua vez, a vertente comunitarista, na qual Charles Taylor figura como principal filósofo, defende a necessidade da atuação proativa do Estado no sentido de promover a tutela efetiva da diversidade cultural, prestigiando a dimensão de comunidade.⁵⁶

Desenvolvidos os delineamentos conceituais e alinhavadas as ponderações de cunho transdisciplinar com escopo de demonstrar os precedentes e a complexidade das dinâmicas peculiares à contemporaneidade, infere-se que tais dimensões e problemáticas são impostas pelo multiculturalismo ao âmbito penal. Tendo em vista a relevância da análise do comportamento individual com referência à cultura do grupo como desdobramento de identidade pessoal e política, a sociedade multicultural incumbiu ao Direito Penal a solução de conflitos diversos dos tradicionalmente experimentados, conforme demonstra De Maglie:

A composição multiétnica da sociedade provoca uma crise nas concepções tradicionais: verdadeiros conflitos de cultura surgem entre o chamado sistema hospedeiro e grupos de minoria que nele estão hospedados. Pode ocorrer que um comportamento aceito, e até mesmo aprovado, na cultura de um grupo étnico seja, diferentemente, considerado penalmente relevante pelo ordenamento anfitrião. Os exemplos são incontáveis (...): casos de poligamia e mutilação genital feminina, ilícitos nos sistemas ocidentais; matrimônios entre parentes próximos, admitido por algumas tradições asiáticas, mas que, entre nós, configuram incesto; “ritos matrimoniais” que, segundo os códigos penais do ocidente, constituem crimes de violência sexual e sequestro de pessoas; ritos de iniciação que implicam a desfiguração do rosto ou do corpo de menores, e que no nosso sistema configuram o crime de lesões; posse e uso de substâncias entorpecentes para finalidades terapêuticas e jogos de azar. O direito penal é, pois, chamado a considerar e resolver tais conflitos culturais (DE MAGLIE, 2017, p. 42)

Ante os conflitos culturais explicitados que ressoam, de forma inequívoca, no Direito Penal, fomentou-se a criação de uma categoria de delito cujas motivações se fundam no contexto cultural como fator condicionante do comportamento do indivíduo: o delito culturalmente motivado.

A noção conceitual de delito culturalmente motivado, remontando a Van Broeck, é fixada, por meio de um consenso, como “um comportamento realizado por um sujeito pertencente a um grupo minoritário, que é considerado crime

56 Essa abordagem foi desenvolvida com base na aula ministrada, no 1º semestre letivo 2017/2018, pela Prof. Anabela Leão, na disciplina de Filosofia do Direito do Curso de Licenciatura em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Portugal.

pelas normas do sistema da cultura dominante. O mesmo comportamento, na cultura do grupo de pertença do agente é, por outro lado, tolerado, aceito como normal ou aprovado, ou em determinadas situações, é até mesmo imposto” (DE MAGLIE, 2017, p. 70).

Compreender a problemática multicultural na esfera penal pressupõe a internalização da visão de cultura como elemento de pertença, pois o arranjo do substrato do fato culturalmente motivado está embasado no exercício identitário inerente àquela noção. O reconhecimento desse processo afasta a alegação banalizada em sede de *cultural offenses*, sendo importante ressaltar que não há uma relação causal automática entre a prática de crimes por indivíduos de grupos minoritários e os fatos culturalmente motivados. Assim, apenas estar-se-á diante de um delíto culturalmente quando os elementos culturais desempenharem um papel decisivo na prática do delíto, exigindo, de acordo com De Maglie (2017), a comprovação dos requisitos motivo cultural, coincidência da reação e divergência entre culturas cujas noções apresentam-se a seguir:

- a) O *motivo cultural*: será necessário, aqui, estabelecer se a *causa psíquica* que determinou o sujeito a cometer o crime encontra explicação na bagagem cultural da qual é portador o agente;
- b) A *coincidência da reação*: (...) será necessário, assim, determinar se os componentes do grupo étnico, do qual faz parte o sujeito, valoram a situação concreta, na qual o crime se realizou, *do mesmo modo* em que a valorou o imputado.
- c) A *divergência entre culturas*: a cultura do grupo étnico ao qual pertence o agente deverá ser, finalmente, comparada com a do país hospedeiro, de modo a identificar as diferenças de consideração e tratamento entre os dois sistemas. Se a divergência for consistente, também esta verificação será tida como superada e poder-se-á concluir pela existência de um fato culturalmente motivado. (DE MAGLIE, 2017, p. 70-71).

Em relação aos dilemas que circundam o reconhecimento e as consequências dos delitos culturalmente motivados, Carnevali (2007) assinala que uma das principais questões a ser deduzida consiste na completa submissão à normativa penal de indivíduos que não contribuíram para com sua construção, haja vista não pertencerem à coletividade da qual foi extraído o juízo de desvalor às condutas criminalizadas pela ordenamento. A incidência compulsória do poder punitivo sobre indivíduos destoados do contexto cultural em que a norma penal se situa gera dificultosos contornos à punibilidade do agente perpetrador de um fato culturalmente motivado, considerando que, na maior parte das vezes, este “sequer compreende o seu significado desvalioso, ou se encontra em estado de

necessidade desculpante e sofre graves ameaças do seu grupo étnico cultural” (GODOY, 2017, p. 92).

Na ordem contemporânea, marcada por um contexto que visa assegurar maior efetividade aos Direitos Humanos, precipuamente no que concerne à tutela de minorias culturais, o Direito Penal tradicional revela-se obsoleto e enfrenta dificuldades para lidar com os delitos culturalmente motivados. Por essa razão, no intento de promover uma resposta harmônica e racional em sede de *cultural offenses*, questiona-se a justiça criminal se apresenta como a via mais adequada à resolução desses conflitos culturais inerentes às sociedades multiculturais, emergindo o paradigma restaurativo como uma proposta mais eficaz aos problemas sociais.

3 UM PANORAMA ACERCA DA APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

Diante das considerações outrora delineadas acerca das reverberações do fenômeno do multiculturalismo e das questões dos delitos culturais, evidenciou-se a falibilidade do Direito Penal tradicional em lidar com os crimes oriundos de conflitos culturais. Calcada na acepção de subsidiariedade como um princípio penal basilar, Godoy (2017) expõe que, no que pese o Direito Penal não restar completamente afastado dos delitos em comento, no mais das vezes, não é o instrumento apropriado e eficaz no trato dos conflitos culturais. Assim, o programa político-criminal nos crimes de base cultural deve ser compreendido a partir de uma linha de não-intervenção moderada.

Atento à advertência de Lopes Junior de que “a ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora” (2006, p. 16), observa-se que o sistema penal tradicional, ao se apropriar dos conflitos culturais a fim de consolidar o exercício do *ius puniendi* na perspectiva retributiva, obsta a incorporação do substrato sensível à prática desses delitos. A abordagem das *cultural offenses*, conforme anteriormente salientado, exige o enfrentamento de questões próprias, tais quais: constatar a presença de um motivo cultural e se esse se coaduna à bagagem cultural do grupo étnico ao qual o indivíduo pertence, bem como se o fator cultural foi determinante na ação do agente, isto é, se o ofensor foi de fato sugestionado à prática da conduta criminalizada.

Em verdade, prestigiando o caráter *ultima ratio* do Direito Penal, nota-se que a solução para os conflitos de ordem cultural não deve estar inserida na esfe-

ra penal, e sim na hermenêutica e no diálogo intercultural. A atuação conjunta dessas medidas delinea um cenário propício à estruturação de um multiculturalismo emancipatório alicerçado, ao colocar a tônica na diversidade cultural, no reconhecimento do outro e no respeito a um mínimo ético irreduzível dos direitos humanos (SILVA DIAS, 2015).

Em consonância com essa perspectiva, Godoy desenvolve:

Há que se buscar a prossecução de um diálogo intercultural que vise a progressiva afirmação de uma cultura cívica de respeito às diferenças e o desenvolvimento de uma cidadania multicultural. As comunidades imigrantes, os indígenas e os grupos minoritários em geral – como quaisquer comunidades - não são “blocos monolíticos, rígidos e impenetráveis”. Esse diálogo, o qual se pretende ininterrupto, livre de amarras e preconceitos, poderá criar, portanto, uma troca valorativa de informações entre duas culturas distintas – que levará ao surgimento de divergências quanto ao significado das práticas culturais aqui analisadas e à emergência de uma preocupação genuína com as suas consequências. (GODOY, 2017, p. 95).

Ante as falhas e crises do modelo tradicional do sistema penal, os mecanismos existentes não se mostram efetivos para lidar com os delitos culturalmente motivados, erigindo-se o paradigma restaurativo como uma forma de abordar esses conflitos sob o espectro cultural, oportunizando às partes o manejo e a protagonismo na solução dos conflitos, conforme destaca a Godoy:

(...) acredita-se que os crimes culturais podem ter uma melhor resolução na justiça restaurativa do que na justiça tradicional, tendo em vista que, por meio dessa via, podem-se criar possibilidades de construir formas de conciliação para reparação dos danos causados – centrados em uma abordagem construtiva, reintegradora e conciliadora – que permita ao transgressor a correção de seus erros e, à vítima e à comunidade, a reparação dos danos sofridos (GODOY, 2017, p. 95)

Destarte, vislumbra-se a justiça restaurativa como uma via mais adequada para solucionar questões relacionadas aos delitos culturalmente motivados. Isso porque, contrapondo-se ao sistema penal tradicional, possibilita discussões e decisões que melhor se amoldam aos afetados pela prática do fato culturalmente motivado. No que tange às perspectivas que se abrem a partir do panorama restaurativo, Rolim reflete:

E se, no final das contas, estivéssemos diante de um fenômeno mais amplo do que o simples mau funcionamento de um sistema punitivo? Sem aí, ao invés de reformas pragmáticas ou de aperfeiçoamentos tópicos, estivéssemos diante do desafio de reordenar a própria ideia de ‘Justiça Criminal’? Seria possível imaginar uma justiça que estivesse apta a enfrentar o fenômeno moderno da criminalidade e que, ao mesmo tempo, produzisse a integração dos autores à sociedade? Seria

possível imaginar uma justiça que, atuando para além daquilo que se convencionou chamar de ‘prática restaurativa’, trouxesse mais satisfação às vítimas e às comunidades? Os defensores da Justiça Restaurativa acreditam que sim” (ROLIM, 2006, p. 19)

Nesse ponto, convém traçar, sucintamente, noções acerca da justiça restaurativa, a qual, permeada pelos ideais do movimento criminológico abolicionista e marcada pelo protagonismo dos atores envolvidos no conflito, apresentou como uma proposta diversa ao sistema penal clássico. Importante, no entanto, esclarecer que a justiça restaurativa não tem pretensões de extinguir o sistema penal tradicional, mas apenas mitigar os efeitos maléficos do hiperpunitivismo, de forma que Zehr (2008, apud GODOY, 2017) sustenta a complementariedade dos modelos punitivista e restaurativo.

Em relação à sua definição, existem entraves em encontrar um conceito unívoco, principalmente em razão do seu conteúdo aberto, o qual constantemente se renova e modifica. Apesar dessa dificuldade, a jurista aponta o reconhecimento de um consenso na doutrina em relação ao elaborado por Tony Marshall, segundo o qual “a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras” (MARSHALL, 1996 apud. GODOY, 2017, p. 99).

Em consonância com o demonstrado no decorrer na presente investigação, a problemática dos delitos culturalmente motivados funda-se numa percepção diversa de mundo dos indivíduos e do condicionamento de seu comportamento a partir da assimilação do substrato cultural do seu grupo de pertença. Essa interação se estabelece de tal forma que os perpetradores da conduta criminalizada sequer vislumbram a ofensa ao bem, tampouco compreendem o caráter ilícito do seu comportamento. Conseqüentemente, a resposta penal resta esvaziada de sentido e finalidade, refletindo apenas uma faceta vingativa, tendo em vista que não evitará a reiteração do comportamento.

Por outro lado, a concepção restaurativa, visando a soluções preventivo-reparadoras dos conflitos, possibilita a construção de diálogos e o encontro de diferentes visões de mundo como forma alcançar a conciliação e reparação dos danos. A corroborar com a aplicabilidade da justiça restaurativa como uma medida mais eficaz aos delitos culturais, Godoy explica:

Ora, se as práticas restaurativas pretendem dar ao ofensor a possibilidade concreta de responsabilização voluntária pelos males que causou, essa responsabilização

será mais necessária e mais útil quanto maiores forem os “desvalores originados”. A visão restaurativa se mostra, então, mais adequada a responder aos delitos culturalmente motivados com um todo, tendo em vista que, sendo o crime de motivação cultural, esse paradigma encontra-se mais aberto a uma compreensão cultural do fenômeno e a uma integração relacional e comunicacional do tipo intercultural que permita uma maior eficácia do sistema de justiça. (GODOY, p. 118-119)

A justiça restaurativa é concebida a partir de noção participativa do atores sociais na solução dos conflitos decorrentes das práticas delituosas, englobando ao máximo todos os interessados e envolvidos naquela questão. Essa atuação conjunta tem por escopo restaurar a situação através do encontro, da reparação e, por fim, da transformação, afastando os estigmas e marginalização inerentes ao sistema criminal tradicional. Isto posto, entende-se que o paradigma restaurativo, por permitir o diálogo e a integração de dimensões culturais plurais, revela-se como uma via mais adequada para analisar os delitos culturalmente motivado, pois apta a produzir uma resposta mais eficaz, de viés comunitário.

CONCLUSÃO

O engendramento de sociedades culturalmente plurais na ordem contemporânea tem assegurado maior relevância à problemática dos reflexos do multiculturalismo na seara penal, posto que o Direito Penal mostra-se mais sensível e permeável às modificações do processos valorativos. Considerando os influxos da cultura na (in)formação do ordenamento jurídico, não se pode conceber uma ciência penal afastada da realidade fático-axiológica que visa regradar, de modo que o Direito Penal Moderno, chamado a cuidar do conflitos com teor cultural emergentes nas sociedades multiculturais, tem sido instado se redimensionar sob a perspectiva culturalista.

Como suprademonstrado, as bases fundantes do Direito Penal Moderno – sobretudo o dogma da homogeneidade cultural e a concepção territorialidade – foram consideravelmente fragilizadas pelas novas dinâmicas instauradas através do processo de globalização associado ao aumento dos fluxos migratórios. Nesse cenário, presente a paradoxal tendência de homogeneização da cultura globalizada e, por seu turno, a valorização de manifestações culturais diversas, elaborou-se a categoria dos delitos culturalmente motivados.

A compreensão dos delitos culturalmente motivados nas sociedades multiculturais perpassa, superado o mito de neutralidade científico, a reestruturação do discurso jurídico-penal abarcando o fator cultural tanto no condicionamento

das condutas do indivíduo, quanto na construção e interpretação do arcabouço jurídico material e processual de determinada coletividade. Contudo, em sede de *cultural offenses*, frequentemente, a incidência compulsória da norma penal local aos indivíduos que, por destoarem da cultura predominante, não compreendem ou não legitimam o juízo desvalor veiculado no ordenamento, toma contornos tormentosos à punibilidade do ofensor.

Tal percepção tem revelado que, num contexto histórico-social que urge pela maior efetividade dos Direitos Humanos, notadamente em relação à tutela de minorias culturais, a resposta do Direito Penal tradicional mostra-se ineficaz para lidar com as peculiaridades dos delitos culturalmente motivados. Nessa conjuntura, visando à adequada resposta aos conflitos culturais que, por vezes, configuram crimes na sociedade hospedeira, vislumbra-se o paradigma restaurativo como uma proposta mais satisfatória às questões florescidas nas sociedades multiculturais.

Assim, a justiça restaurativa, em razão de seu caráter aberto ao diálogo e pelo protagonismo dos atores envolvidos no conflito na busca de uma solução conjunta para o conflito, mostra-se mais apta a produzir uma resposta efetiva aos delitos culturalmente motivados. Todavia, não se pode olvidar que há soluções para os conflitos culturais apartadas da esfera penal, sendo desejável o estabelecimento de um diálogo intercultural para manifestação de um multiculturalismo emancipatório, o qual, ao reconhecer o outro, promove a tutela da diversidade cultural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Jorge Zahar Editora Rio de Janeiro, 1999.
- CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno. **Política Criminal**. Santiago, n. 3, p.1-28, 2007. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- DE MAGLIE, Cristina. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais**. Tradução de Stephan Doering Darcier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- DIAS, Augusto Silva. A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. **JULGAR**. Coimbra, n. 25, p. 95-108, 2015. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-06-ASD-crimes-culturalmente-motivados.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- GODOY, Luísa Nami. **Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2017. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/83971/1/Disserta%20a7%20c3%a3o%20Lu%20ad-sa%20Nami%20Godoy%20-%202012%20JUL.%202017..pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.

GODOY, Luísa Nami. **A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados**. UEPG Appl. Soc. Sci., Ponta Grossa, 24 (3): 321-332, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/sociais>>. Acesso em 12 nov. 2019.

GONÇALVES, Alicia Ferreira. Sobre o conceito de cultura na antropologia. **Caderno de Estudos Sociais**. Recife, v. 25, n. 1, p. 61-74., jan/jun. 2010. Disponível em: <https://fundaj.emnuvens.com.br/CAD/article/viewFile/1416/1136>. Acesso em: 10 nov. 2019.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MINTZ, Sidney W. Cultura: uma visão antropológica. **Tempo**, Niterói , v. 14, n. 28, p. 223-237, June 2010 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141377042010000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 nov. 2019.

MORAES, Rodrigo Iennaco de Moraes. **Crimes culturalmente motivados: cultural defense nos casos de violência sexual contra a mulher**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-AW6KWX>. Acesso em: 5 de nov. 2019.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 1 ed. 4 reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

CONCEPÇÃO DE BEM JURÍDICO-PENAL COM TRANSCENDÊNCIA ONTOAXIOLÓGICA E O DELITO DE MAUS TRATOS AOS ANIMAIS (ART. 32, LEI. 9.605/98)

Vítor de Souza Ishikawa⁵⁷

Isadora Prado⁵⁸.

RESUMO: A doutrina do bem jurídico-penal, considerando sua função de garantia do poder punitivo do bem jurídico-penal, enquanto todo bem, interesse ou relação desejado e protegido pelo Direito, enfrenta a legitimidade da incriminação de maus tratos aos animais (art. 32, Lei n.º 9.605/1998). Haja vista que se exige a vinculação da pessoa humana ao bem jurídico-penal, a fim de evitar a legitimação de delitos de conteúdo vazio e baseados em concepções comunitárias e alheias ao indivíduo, questiona-se a legitimidade da tutela penal dos animais. Há de se delimitar, portanto, o conteúdo e o âmbito de proteção bem jurídico-penal e, em seguida, realizar análise doutrinária do delito de maus tratos aos animais.

PALAVRAS-CHAVE: bem jurídico-penal. Intervenção penal. Crueldade contra animais.

ABSTRACT: The doctrine of the legal good on criminal law, considering its guarantee function against the state punitive power, while every good, interest or relationship that is valuable and protected by the Law, faces the legitimacy of the incrimination of animals cruelty (art. 32, Lei n. 9.605/1998). Given the imposition of a bound between the human being and the legal good, in order to avoid legitimizing crimes with empty content, based on community and beyond the individual concepts, the legitimacy of criminal protection of animals is questioned. Therefore, the content and the scope of the guardianship of legal goods must be delimited as so to analyses the crime of cruelty to animals.

57 Graduando em Direito na Universidade Estadual de Maringá.

58 Graduada em Direito na Universidade Estadual de Maringá.

KEYWORDS: Legal good. Criminal intervention. Cruelty to animals.

1 INTRODUÇÃO

Em sede de debate acerca da legitimidade da intervenção penal à luz da teoria do bem jurídico-penal, a doutrina enfrenta problemas quanto ao delito de maus tratos aos animais. É que se exige, na teoria do bem jurídico, uma vinculação à pessoa humana, como referência absoluta do sistema penal.

Com isso, é necessário retomar as funções do bem jurídico-penal e delimitá-lo conceitualmente para, só então, verificar se há proteção de legítimo bem jurídico-penal no delito de maus tratos aos animais (art. 32, Lei n. 9.605/98) e, em caso afirmativo, definir qual seria o bem jurídico tutelado.

Avulta-se necessário, assim, realizar uma breve análise das linhas de pensamento mais relevantes sobre a questão. Por um lado, parte da doutrina defende que o referido delito tutela os sentimentos – de benevolência ou de nojo – em uma proteção indireta da pessoa humana, representada por Luiz Régis Prado e Hugo Soares. Luís Greco, entretanto, promove uma proposta de relativização de bem jurídico e acata o delito de maus tratos aos animais como legítimo mesmo sem referência a um bem jurídico. Por último, Juarez Tavares defende que há a violação de um bem jurídico pessoal, dado que a intervenção violenta na vida e na integridade física do animal reflete na vida de relação das pessoas.

Por último, resta realizar uma proposta de solução do problema de acordo com a concepção de bem jurídico-penal neste artigo, sem a pretensão, entretanto, de exaurir o tema, em razão de sua complexidade e densidade.

2. BEM JURÍDICO-PENAL: ABORDAGEM ONTOAXIOLÓGICA

2.1. FUNÇÕES DOGMÁTICA E DE GARANTIA

O bem jurídico-penal cumpre duas funções basilares: dogmática e de garantia ou de limitação do direito de punir do Estado.

A função dogmática corresponde ao reconhecimento da vigência do sistema penal ao atestar o valor central do bem jurídico na construção do delito.⁵⁹

⁵⁹ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 51.

Em outras palavras, o Direito Penal legitima-se com base na tutela de bens jurídicos-penais que limitam o escopo de atuação do poder punitivo e o impedem de constituir-se como mera expressão do terror do Estado. Nesse sentido, o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos impõe que “a missão imediata e primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos”.⁶⁰

Por outro lado, a função de garantia ou de limitação do direito de punir do Estado erige o bem jurídico como “conceito limite na dimensão material da norma penal”, direcionado ao legislador como seu destinatário.⁶¹ Tratando-o como função político-criminal, Martinelli e De Bem atribuem ao bem jurídico-penal uma capacidade crítica ao funcionar como uma limitação do “poder de definição do Estado sobre as condutas que serão incriminadas, impedindo-o de proteger sentimentos ou valores éticos ou morais”, restringindo o âmbito de punição a comportamentos que ofendam bem jurídico-penais e justificando a tutela de novos bens que assim o exijam.⁶²

A vinculação do conteúdo do bem jurídico penal ao delito enquanto sua base material impossibilita, *ipso facto*, a punição de atitudes internas, como meros pensamentos, condutas que não extrapolem a esfera individual da pessoa, como os atos preparatórios e a autolesão, estados e condições de existência e comportamentos que, embora sem ofender bens jurídicos, recebam valorações negativas por determinado grupo.⁶³

Um modelo de Direito Penal de garantia em uma ordem jurídica democrática implica, portanto, a delimitação precisa das zonas do lícito e do ilícito e da “exigência de que a violação normativa se expresse com a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico que serve de pressuposto ao respectivo tipo de delito”.⁶⁴ Juarez Tavares, na esteira de Hassemer, encara o bem jurídico-penal como objeto de referência necessário de incriminação, em vez de objeto de proteção, e exige a demonstração de ofensa a bem jurídico como critério de legitimidade de determinada incriminação; senão, tratar-se-ia de norma penal inválida “por não representar a norma um instrumento adequado do processo de comunicação que

60 PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, v. 1. 15 ed. rev., atual. e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86.

61 PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 51-52.

62 MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições fundamentais de direito penal: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 117.

63 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 92-94.

64 TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 5. ed. rev. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 31-32.

se destina a determinar as zonas do lícito e do ilícito”.⁶⁵

2.2. POR UMA CONCEPÇÃO DE TRANSCENDÊNCIA ONTOAXIOLÓGICA: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Em aproximação com a teoria de Hans Welzel, Cerezo Mir conceitua o bem jurídico como “todo bem, situação ou relação desejados e protegidos pelo Direito” – seu conceito material⁶⁶. Em oposição à idealização do bem jurídico, que corresponderia tão somente a valores, este trabalho radica o bem jurídico a um substrato ontológico (material ou imaterial) e o extrai da realidade empírica, passível de apreensão.⁶⁷ O bem jurídico-penal, porém, não se exaure em seu substrato ontológico: sua constituição resulta de um “juízo positivo de valor sobre algo, que se lhe encarna, e acaba por dar-lhe um conteúdo ímpar de cunho empírico-valorativo” ao passo que porta um sentido ao atribuir a algo (o substrato) o caráter de valioso, em expressão de uma relação empírico-axiológica.⁶⁸

O bem jurídico-penal com transcendência ontoaxiológica, para Luis Gracia Martín, identifica-se com a síntese entre o substrato ontológico (objeto de valoração) e uma valoração jurídica determinada (valoração de objeto), que deriva das “diretrizes axiológicas” do programa ético-político de certa sociedade que ao Estado cabe realizar, em uma relação de interdependência, dado que tal substrato se eleva como bem jurídico em virtude de seu “potencial de realização dos fins e objetivos do programa ético-político”.⁶⁹ Nesse sentido, Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha D’Ávila afirmam que

Embora os interesses, os dados e os elementos da realidade concreta não figurem como bens jurídicos fora do plano normativo – ao qual ascendem quando apresentam uma dimensão valorativa funcional, sob a perspectiva individual ou coletiva –, constituem sim a base sobre a qual devem se projetar os juízos valorativos. Do ponto de vista político criminal (*de lege ferenda*) só devem merecer a tutela penal aqueles interesses, dados, elementos ou relações da realidade concreta efetivamente portadores de acentuada relevância para a própria existência do in-

⁶⁵ *Ibidem*, p. 277.

⁶⁶ CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal español**, Parte General, t. I. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 13-14.

⁶⁷ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; GUERRA, Amparo Martínez (Orgs.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI: Direito Penal, Criminologia e Seguridad Pública**. Madrid : Ediciones Laborum, 2015, p. 136-137.

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 45.

⁶⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. La teoría del bien jurídico ante el moderno derecho penal económico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 321, p. 6-9., ago. 2019, p. 7.

divíduo ou da coletividade. Essa dimensão social do bem jurídico deve orientar a tutela penal e fornecer a concretude material necessária à edificação do ordenamento jurídico.⁷⁰

Para fins deste trabalho, portanto, a apreciação crítica do delito de maus tratos aos animais fundamenta-se à luz de uma abordagem de bem jurídico-penal com transcendência ontoaxiológica, não se furtando de considerar se, neste comportamento delitivo, há a ofensa de um bem jurídico em que se possa identificar um substrato ontológico legítimo valorado juridicamente por meio de uma dimensão social.

2.3. UMA APROXIMAÇÃO DOS VALORES TUTELADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A TEORIA CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO-PENAL

A teoria constitucional do bem jurídico surge após o reconhecimento prévio dos bens jurídicos-penais na sociedade, por meio das chamadas concepções materiais sociológicas do bem jurídico.⁷¹ A Constituição Federal da República, logo, passa a funcionar como um diretriz político-criminal,⁷² já que o texto constitucional se torna responsável por refletir os bens indispensáveis à convivência pacífica de certa comunidade. Sobre isso, disserta Janaína Paschoal:

Da ideia de que se deve buscar o bem jurídico penal na sociedade, começaram a surgir teorias segundo as quais é a Constituição que reflete os referidos bens, ou seja, tendo-se em vista o fato de a Constituição ser o documento que alberga os valores mais caros para uma dada sociedade, é nela que o legislador deverá se pausar quando da escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal.⁷³

Ademais, sublinha-se que a teoria constitucional do bem jurídico divide-se em duas vertentes, quais sejam, a teoria de caráter geral e a de fundamento constitucional estrito.⁷⁴ Tal divergência consiste no modo como se constrói o elo entre o Direito Penal e texto da Constituição: a primeira vertente vincula-se ao texto

70 CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; GUERRA, Amparo Martínez (Orgs.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI: Direito Penal, Criminologia e Seguridad Pública**. Madrid : Ediciones Laborum, 2015, p. 137.

71 PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 49.

72 PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 62.

73 PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 49.

74 PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61.

constitucional de modo amplo, referindo-se ao modelo estatal e aos princípios norteadores da norma fundamental, e a segunda, por sua vez, atesta a validade da tutela de bens jurídicos por meio de prescrições específicas, *i. e.*, limitando-se a bens jurídicos decorrentes, explícita ou implicitamente, da Constituição Federal.

Adiante, grifa-se que Luiz Regis Prado defende que o texto constitucional pode ser utilizado de diversas formas para impor limites ao atuar legislativo, posicionando-se ao lado de uma teoria constitucional do bem jurídico matizada. Em outros termos, exige-se um juízo de conformidade do bem jurídico-penal com o quadro axiológico constitucional, à luz da compreensão e das implicações do Estado Democrático e Social de Direito.⁷⁵

Outro modo de pensar a inter-relação entre a Constituição Federal e a teoria do bem jurídico advém do pensamento de Claus Roxin, funcionalista que pretende revigorar o bem jurídico com base em uma política criminal ancorada nos preceitos constitucionais.⁷⁶ Nesse sentido, Roxin sustenta sua definição em um Estado Democrático de Direito, visto que as normas jurídico-penais devem visar a assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre em sociedade.⁷⁷

Note-se que a teoria constitucional do bem jurídico se apresenta como um parâmetro ao atuar legislativo e, segundo Paschoal, o legislador pode ser orientado negativamente, o que significa que “toda criminalização que não desrespeite frontalmente o texto constitucional será admitida”.⁷⁸ Nesse caso, o bem tutelado não precisa ter status constitucional, já que não se exigiria para a criação de condutas típicas que o bem tenha reconhecimento no texto da Constituição Federal.

Por outro lado, resta necessário analisar a Constituição enquanto limite positivo ao Direito Penal. Ou seja, impõe-se o reconhecimento constitucional dos bens jurídico-penais à medida que sua identificação ocorre à medida que se fortalece o juízo axiológico, de dimensão social, que demanda uma valoração positiva quanto a determinado substrato ontológico.⁷⁹

2.4. A VINCULAÇÃO DO BEM JURÍDICO COM A PESSOA HUMANA

75 *Ibidem*, p. 66.

76 TAVAREZ, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Revista e Ampliada, 2ª edição, 2002, p. 197.

77 RÖXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17.

78 PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55.

79 *Ibidem*, p. 59.

A dignidade da pessoa humana constitui-se como verdadeiro pilar axiológico que se emana por todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Para Eduardo Bittar, a dignidade da pessoa humana cumpre as seguintes funções:

a) princípio determinante do ordenamento jurídico brasileiro; b) fundamento do Direito e das políticas do Estado; c) fim das ações e práticas sociais; d) a posição topográfica da expressão, no texto constitucional, irradia sentido a todas as demais normas de sistema; e) serve de diretriz para a legislação infraconstitucional, vinculando-se a tarefa do legislador infraconstitucional; f) funciona como ponto de partida para a hermenêutica do ordenamento jurídico.⁸⁰

Por consequência, o Direito Penal não se furta de prestar absoluto respeito à pessoa humana, desdobrando-se em duas perspectivas: uma negativa, de forma que a apreciação crítica da norma penal se dá à luz da dignidade da pessoa humana de maneira a invalidar incriminações que, por exemplo, ofendam a dignidade e a liberdade sexual da pessoa humana com fundamento não na violação de legítimos bens jurídicos penais, mas em valores ético-morais;⁸¹ e uma positiva, quanto à exigência de tutela da pessoa humana de violações de bens jurídicos a ela vinculados.

Daí deriva que a teoria do bem jurídico-penal, “enquanto garantia de liberdade, consiste na ilegitimidade da incriminação quando referida a comportamentos que não ponham em causa nem o livre desenvolvimento do indivíduo, nem as condições sociais necessárias a esse desenvolvimento”.⁸² Com isso, afasta-se a pretensão de limitação da tutela penal a bens jurídicos que se vinculem à proteção de indivíduo concreto, como o faz Winfried Hassemer⁸³, e se fortalece a aposta na potencialização da capacidade de uso e consumo de bens jurídicos individuais para a satisfação de legítimas necessidades e interesses e para a autorrealização de todos de modo igual por meio do substrato de bens jurídicos metaindividuais.⁸⁴

Sob a ótica do bem jurídico-penal com transcendência ontoaxiológica, o

80 BITTAR, Eduardo. C. B. **Introdução ao estudo do direito**: humanismo, democracia e justiça. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 88.

81 Como, por exemplo, a discussão em torno do impacto da teoria do bem jurídico-penal na descriminalização do delito de punia a homossexualidade na Alemanha. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et all. Madrid: Civitas, 1997, p. 52-53.

82 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 23, n. 1, p. 7-43., jan./mar. 2013, p. 13.

83 HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana*, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991, p. 34.

84 GRACIA MARTÍN, Luis. La teoría del bien jurídico ante el moderno derecho penal económico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 321, p. 6-9., ago. 2019, p. 8-9.

substrato ontológico se completa com juízos valorativos sob a perspectiva individual ou coletiva, critério preliminar de distinção entre bens jurídicos individuais e metaindividuais.⁸⁵ Ou seja, a titularidade do bem jurídico importa a classificação de maneira que, enquanto os bens jurídicos pessoais voltam-se ao indivíduo, que os controla e deles dispõem, os bens jurídicos metaindividuais ultrapassam o âmbito da pessoa e atingem um grupo de pessoas ou a coletividade, sem deixar de incluir a pessoa humana, caracterizando “uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa)”.⁸⁶

Resta, logo, analisar de que maneira a Constituição Federal e o Direito Penal promovem a tutela da vida e da integridade dos animais e se os animais figuram como eventuais titulares de determinados bens jurídicos à luz da concepção de bem jurídico-penal de transcendência ontoaxiológica, de forma a expandir o critério de “pessoalidade” aos animais.

3. A PROTEÇÃO DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A tutela dos animais no ordenamento jurídico brasileiro ocorre pela seara do Direito Ambiental, em decorrência de direta disposição do art. 225, da Constituição Federal de 1988, que atribui ao Poder Público a incumbência de proteger a fauna e a flora⁸⁷.

O reconhecimento dos animais como seres sensíveis, isto é, vulneráveis ao sofrimento e a dor, e o fortalecimento do ativismo pelos direitos dos animais auxiliam na consolidação de sua proteção jurídica. Sobre isso, pontua José Miguel Garcia Medina:

A tendência a uma proteção jurídica diferenciada aos animais tende a aumentar, seja sob o prisma da relação entre pessoas e animais (por exemplo, em virtude da relação de afetividade que pode haver entre pessoas e animais de companhia ou de estimação), seja se considerada a proteção do animal em si mesmo (o Código Civil suíço, por exemplo, dispõe que, em caso de disputa sobre animais que vivem em ambiente doméstico, o juiz levará em consideração, como critério de decisão, o bem estar do animal [...]), seja, ainda, em decorrência do reconhecimento científico de que há ani-

85 CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; GUERRA, Amparo Martínez (Orgs.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI: Direito Penal, Criminologia e Seguridad Pública**. Madrid : Ediciones Laborum, 2015, p. 138.

86 PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 45.

87 PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 140.

mais diferentes dos demais, em razão de terem um referencial de individualidade e de auto percepção semelhante ao dos seres humanos.⁸⁸

Lastreado em uma concepção antropocêntrica, o Código Civil trata os animais enquanto bens móveis semoventes, categoria que permite centralizar a figura do ser humano como central no ordenamento jurídico e prejudica a elaboração de instrumentos normativos que visem a proteção da vida, da integridade física e do bem-estar do animal. Por isso, urge incorporar os animais na elástica categoria de “sujeitos de direito” ou “sujeitos não humanos de direito”, ao lado, por exemplo, da massa falida e do condomínio. É que, gozando de categoria jurídica que faz jus à sua capacidade de sofrer e à exigência de sua tutela, os animais, como titulares de direitos reforçariam um Estado Socioambiental e Democrático de Direito e “o dever de seres humanos não agirem como animais para com os animais!”⁸⁹.

Entretanto, os animais inserem-se, constitucionalmente, na tutela da fauna, considerada imprescindível ao bom funcionamento do equilíbrio ambiental, Luiz Regis Prado denota que sua proteção se divide: a) na vedação de práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna; b) na proibição de práticas que coloquem as espécies em extinção e; c) na vedação de atos que submetam os animais à crueldade,⁹⁰ objeto deste estudo.

A tutela constitucional abrange, portanto. “todos os animais irracionais, independentemente de sua função ecológica, de sua racionalidade e de seu risco de extinção”⁹¹, embora a proteção dos animais silvestres e domésticos exijam distintas formas de tutela devido às especificidades dos bens jurídicos atingidos.

3.1. O DELITO DE MAUS TRATOS AOS ANIMAIS

O delito de maus tratos contra os animais, então tipificado pelo art. 32 da Lei 9.605/98, comina a pena detenção, de 03 (três) meses a 01 (um) ano e multa à conduta de “praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar”. Caso ocorra como resultado a morte do animal, prevê-se o aumento de pena de até 1/6, conforme enumera o § 2º do referido artigo.

88 MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**: com jurisprudência selecionada do STF e de outros Tribunais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 923.

89 BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito**: humanismo, democracia e justiça. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 123.

90 PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 140-141.

91 *Ibidem*, p. 141.

O bem jurídico tutelado, conforme a compreensão deste trabalho, identifica-se com a “integridade física dos animais”, sejam silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.⁹² O objeto material do delito constitui-se em: a) animais silvestres (LCA, art. 29, § 3º); b) animais domésticos (os que convivem harmonicamente com os seres humanos); c) animais domesticados (os espécies que foram convertidas em domésticas); d) animais nativos (os originários de determinada região); e) animais exóticos (os provenientes de outro local).⁹³

Discorrendo acerca do âmbito de proteção do delito – a tutela contra a crueldade - Neto afirma que “a proteção contra a crueldade é, sobretudo, proteção contra o sofrimento gratuito”⁹⁴, *i. e.*, uma violência sem motivos razoáveis que a justifique, tais como “(i) incendiar a calda de um animal; (ii) introduzir cigarro na cavidade bucal de um anfíbio [...]”⁹⁵.

Em sequência, a proteção contra o abuso implica em não exigir do animal um esforço desmedido para além de seus limites físicos e mentais. Esse resguardo encontra razão quanto ao uso dos animais pelo ser humano em diversas atividades como no entretenimento, no esporte, no transporte, no serviço agrícola, etc.⁹⁶ Por fim, a título de exemplo, pode-se citar aqueles casos em que os animais são submetidos a carregar pesos desproporcionais a sua força, ou até mesmo nas hipóteses em que se utiliza dos animais enfermos para serviços agrícolas, dentre outras situações.⁹⁷

A proteção contra maus-tratos objetiva resguardar o animal de punições físicas excessivas, que o submetam a um espaço e vivência de submissão. Segundo João Alves Teixeira Neto, a conduta intitulada como “maus-tratos” quase sempre vem acompanhada dos abusos, dado que o animal, a fim de realizar ações desproporcionais ao vigor que possui, acaba por ser agredido. Como exemplo, o autor cita: “(i) bater com relho no animal; (ii) bater com esporas no animal de montaria; (iii) desferir choques no animal”⁹⁸.

92 GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvia. Meio ambiente; Lei 9.605, 12.02.1998. IN: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). **Legislação criminal especial**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 875. Dado que a doutrina promove intenso debate quanto à exata identificação do bem jurídico protegido pelo tipo de maus tratos contra os animais, far-se-á a devida análise das vertentes relevantes do debate no capítulo seguinte.

93 PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 158.

94 NETO, João Alves Teixeira Neto. **Tutela Penal de Animais: uma compreensão onto-antropológica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 194.

95 *Ibidem*, p. 194-195.

96 *Ibidem*, p.195.

97 *Ibidem*.

98 *Ibidem*, p. 195-196.

O tipo subjetivo abarca tão somente o dolo, afastando-se a forma culposa do art. 32, da Lei n. 9.605/98. Entretanto, exige-se um elemento subjetivo específico: a “vontade de maltratar o animal, agindo com crueldade, por qualquer motivo, inclusive sadismo”.⁹⁹

3.2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA VIDA E DA INTEGRIDADE FÍSICA DOS ANIMAIS

O art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 dispõe que incumbe ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, **provocuem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade**” (*grifo nosso*). Esclarece-se que tal dispositivo se encontra no capítulo destinado à proteção do meio ambiente, de forma que todos os cidadãos têm direito ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Cumpramos ressaltar que o texto legal disposto no art. 225 da CF/1988, juntamente com seus respectivos parágrafos e incisos, integra uma série de medidas aos poderes públicos, correspondentes a “um dever geral objetivo de proteção do ambiente e um correlato leque de deveres específicos”.¹⁰⁰ Importa mencionar, ainda, que esse dever também se impõe aos particulares, tornando estes, concomitantemente, portadores de direitos e deveres, em matéria ambiental.¹⁰¹

Ocorre que, quanto ao prescrito no art. 225, § 1º, inciso VII, da CF/1988, há controvérsias acerca da opção legislativa em colocar a proteção do ser animal, individualmente considerado, dentro da seara do Direito Ambiental. É que a proteção do meio ambiente segue uma abordagem holística, qual seja, trata do equilíbrio do sistema em sua completude,¹⁰² enquanto a proteção dos animais se verifica de forma individual, considerando-os por si mesmos.

Inobstante a existência dessa controvérsia, resta evidente que o cenário jurídico-constitucional está vinculado ao dever de solidariedade, de modo que os “*direitos da solidariedade* encontram-se atrelados à ideia de *direitos-deveres*”,¹⁰³

99 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 962.

100 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 704.

101 *Ibidem*, p. 706.

102 GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. **Revista Liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.3, p. 15, jan./abr.2010, p. 53.

103 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019,

incumbindo ao Poder Público e também aos particulares manter o equilíbrio ecológico do meio ambiente. Assim, mostra-se incontroverso que não submeter os animais a atos de crueldade, como dever negativo, constitui-se em um encargo do Estado e também dos cidadãos.

Por conseguinte, grifa-se que a Constituição Federal optou por seguir uma linha “bem-estarista” ao buscar a proteção do animal sob um paradigma antropocêntrico, em que a figura do ser humano enquanto sujeito central ao ordenamento jurídico justifica a vedação ao “sofrimento desnecessário” e à promoção do “tratamento humanitário”.¹⁰⁴

Em retorno às teorias constitucionais do bem jurídico-penal, orientando-se negativamente pela Constituição, o legislador agiu corretamente ao tipificar o ato de crueldade contra os animais, conduta descrita no art. 32 da Lei n. 9.605/98, pois evidente que tal conduta não desrespeita o quadro axiológico constitucional. E, ainda, na trilha de uma análise constitucional positiva, o legislador correspondeu à disposição do art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, que veda expressamente as condutas que submetem os animais ao estado de sofrimento.

Embora insuficiente para identificar com precisão se há um bem jurídico-penal legítimo tutelado pelo delito de maus tratos aos animais – e, se houver, qual seria sua natureza, seu conteúdo – a Constituição Federal oferece forte amparo normativo ao determinar a expressa vedação às práticas de crueldade e de abuso contra animais. É que, ao estabelecer explicitamente em seu texto, o quadro axiológico constitucional harmoniza-se com o conteúdo da incriminação do art. 32, da LCA. Cabe, portanto, realizar uma breve análise das linhas de pensamento mais relevantes quanto ao bem jurídico tutelado à luz de uma proposta de bem jurídico-penal com transcendência ontoaxiológica.

4. O DELITO DE MAUS TRATOS AOS ANIMAIS E A IDENTIFICAÇÃO DO BEM-JURÍDICO TUTELADO

4.1. ANIMAIS PODEM SER TITULARES DE BENS JURÍDICOS-PENAIIS?

Em que pese as definições e os contornos do bem jurídico-penal radica-

p. 707.

¹⁰⁴ GOMES, Daniele. A legislação brasileira e a proteção dos animais. *Revista Síntese direito ambiental*, São Paulo, v. 8, n. 43, p. 21-31., set./out. 2018, p. 25-26.

rem, sobretudo, em interesses humanos, deve-se indagar se a ciência do Direito Penal precisa ser submetida à revisão de seus conceitos basilares, afastando-se do paradigma antropocêntrica-radial.¹⁰⁵ Trata-se de proposta pertinente ao “ser” do direito punitivo, ao alcance da norma penal incriminadora: os animais podem ser titulares de bens jurídicos?

Questão semelhante pondera sobre a consideração dos animais como sujeitos de direitos, ou seja, *status* dos que fazem parte de relações jurídicas. Ocorre que os animais figuram como objeto de comercialização, uma relação jurídica que os excluem como parte; e, por outro lado, sofrem constantes violações ao seu direito à vida, por exemplo, a fim de contribuir com a indústria e os hábitos que envolvem o consumo de carne.¹⁰⁶

Ainda assim, aprovou-se o Projeto de Lei “Animais não são coisas”, no plenário do Senado, que os caracteriza como seres vivos sencientes. Nesse ínterim, Medina aponta que “a proteção aos animais, de todo modo, requer uma nova definição de seu *status jurídicos* – até o momento considerado como coisa por boa parte das leis”¹⁰⁷.

Perquirir quanto à possibilidade de considerar animais como sujeitos de direitos integra denso debate que, aos poucos, enseja revisões na legislação pátria. Entretanto, seus efeitos pouco auxiliam a responder se os animais figuram como titulares de bens jurídicos-penais. Deve-se, logo, definir o âmbito de incidência da definição de “ser titular-de-bem-jurídico-penal”:

Ser titular-de-bem-jurídico-penal diz respeito, especificamente, à titularidade de *um valor, interesse, superior em magnitude*, ou seja, um valor, um interesse, tão especial que vem a ser tutelado pelo mais gravoso ramo do direito, aquele que é *ultima ratio*, o direito penal. *Ser-titular-de-bem-jurídico-penal* não pressupõe o *ser-sujeito-de-direitos*. O titular de bens jurídicos-penais não pode ser simples “coisa” (*res*), mas, também, não necessita ser sujeito de direito, pode ser *tertium genus*.¹⁰⁸

Dito isso, os animais vertebrados caracterizam-se como seres complexos, capazes de sentir dor¹⁰⁹, pois possuem sentidos (visão, audição, olfato, tato e paladar) que lhes permitem sofrer.¹¹⁰ Em razão de sua capacidade de sofrimento, im-

105 NETO, João Alves Teixeira Neto. **Tutela Penal de Animais: uma compreensão onto-antropológica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 32.

106 *Ibidem*, p. 38.

107 MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada: com jurisprudência selecionada do STF e de outros Tribunais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 923.

108 NETO, João Alves Teixeira Neto. **Tutela Penal de Animais: uma compreensão onto-antropológica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 40.

109 *Ibidem*, p. 40.

110 *Ibidem*, p. 185.

põe-se o reconhecimento de seu valor intrínseco e de sua tutela por si próprios.¹¹¹

Não se trata, aliás, de investigar se o meio ambiente seria titular de bens jurídicos, visto a supremacia dos animais em relação aos seres abióticos (água, ar e terra) e aos seres bióticos vegetais.¹¹² Por isso, a tutela ambiental dispõe de um caráter instrumental ao ser humano, enquanto a proteção da vida e da integridade dos animais não se relaciona com a qualidade da vida humana.¹¹³

Destarte, a imprescindibilidade de abranger os animais como titulares de bens jurídicos radica em sua capacidade de sofrimento e em sua fragilidade perante o ser humano, que facilmente o domina e o submete a seus atos.¹¹⁴ Neto traça conclusões nessa trilha:

Ao nosso sentir, ser titular-de-bem-jurídico-penal, antes de tudo, é ser portador de uma fragilidade. Essa fragilidade diz respeito a continuidade da existência ou existencialidade do ente, manifestando sua incompletude [...]. Dentre os entes que, além de possuir vida, também possuem capacidade de sofrimento (senciência), portanto, que possuem o poder-sofrer, os interesses-da-vida são mais intensos, tais como a integridade física e o bem-estar. A fragilidade se mostra nas relações – e pelas relações – do “eu” para com o “outro”.¹¹⁵

Em breve síntese, o animal considerado complexo, senciente, passível de sofrimento e, por tudo isso, frágil, ostenta interesses que se reforçam como legítimos bens jurídicos, dos quais é titular, com vistas a sua proteção ante a fragilidade ontológica do ser-animal.

4.2. A TUTELA DOS SENTIMENTOS E A PROTEÇÃO INDIRETA DO SER HUMANO

Luiz Regis Prado defende que o delito previsto no art. 32, da Lei 6.905/98 (Lei dos Crimes Ambientais), ao estender o objeto material do crime também aos animais domésticos (“animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”), protege como bem jurídico o “sentimento de humanidade (piedade,

111 GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. **Revista Liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.3, p. 15, jan./abr.2010, p. 53.

112 NETO, João Alves Teixeira Neto. **Tutela Penal de Animais: uma compreensão onto-antropológica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 41. Luiz Regis Prado afirma que o meio ambiente “é um conjunto das bases e dos equilíbrios daquelas forças que regem a vida de um grupo biológico” e sua proteção se justifica à medida que o desequilíbrio ambiental interfere direta e indiretamente na vida humana. PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 65.

113 NETO, João Alves Teixeira Neto. **Tutela Penal de Animais: uma compreensão onto-antropológica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 44.

114 *Ibidem*, p. 46.

115 *Ibidem*, p. 52.

compaixão e benevolência)”¹¹⁶. É, portanto, dever da sociedade respeitar os demais seres vivos que, nesse caso, constituem-se nos animais irracionais vertebrados.

Seguindo linha semelhante, com o fito de resolver a problemática da proteção dos sentimentos pelo Direito Penal, Hugo Soares recorre à base da filosofia ética e, especificamente, ao debate da formalização dos juízes morais¹¹⁷. Isso porque a razão não os fundamenta: as emoções, pensamentos positivos e negativos, respondem pela formação da determinação de vontade.

Considerando que “os juízos morais possuem uma natureza sentimental”¹¹⁸, Soares analisa a incriminação de sentimentos a partir do asco. Em outros termos, dada a existência de uma dimensão moral do nojo,¹¹⁹ o sentimento de repugnância se manifesta no âmbito físico (partes e excreções corporais; alimentos apodrecidos ou deteriorados; animais, ratos e insetos) e no âmbito moral (certas categorias sociais que não são pertencentes aquele grupo; violação de normas morais ou sociais)¹²⁰.

Soares legitima a incriminação do nojo em associação com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que se trata de um valor primordial aos ordenamentos jurídicos atuais. Ou seja, o asco seria um critério de identificação da violação à dignidade da pessoa humana, de maneira a se expandir a função do direito penal para “a proteção de valores jurídicos e não apenas bens jurídicos-penais”¹²¹.

Disso decorrem as teses da autopreservação das sociedades e da sabedoria da repugnância. A primeira consiste na legitimidade da incriminação de imoralidades, desde que se revele grave o suficiente para desintegrar o tecido social¹²² e, a segunda, por sua vez, defende que a repugnância, em casos extremos, expressa a emoção de “uma sabedoria profunda racionalmente inarticulável”¹²³.

Em análise do delito de maus tratos aos animais, Hugo Soares o justifica por se tratar de prática que viola a dignidade da pessoa humana e que não intervém no âmbito da sexualidade consentida e da cultura do indivíduo (critério

116 PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 156.

117 SOARES, Hugo. Podem ser legítimos crimes sem referência a bens jurídicos-penais?: elementos para uma teoria sentimentalista do valor jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 147, p. 333-374., set. 2018, p. 354.

118 *Ibidem*, p. 355.

119 *Ibidem*, p. 358.

120 *Ibidem*, p. 359.

121 *Ibidem*.

122 *Ibidem*, p. 360.

123 *Ibidem*, p. 361.

negativo de incriminação). A crueldade com os animais, compreendida como maus-tratos por puro sadismo, promove nojo moral da sociedade, portanto, legitima sua incriminação.¹²⁴

4.3. RELATIVIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL: NOTAS SOBRE AUTONOMIA E HETERODETERMINAÇÃO

Luís Greco compreende que, em regra, não há delito legítimo sem a devida identificação de um bem jurídico-penal a ser tutelado. Entretanto, o crime de maus tratos aos animais traduzir-se-ia em exceção à regra, dado que seria uma incriminação legítima, embora ausente bem jurídico-penal, *i. e.*, sem a tutela de “dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social”¹²⁵. Greco, nesse sentido, enquadra-se em uma proposta de relativização do bem jurídico-penal, junto a Claus Roxin, que igualmente admite o delito de maus tratos aos animais como legítimo, mesmo sem haver referência a um bem jurídico.¹²⁶

Em análise do art. 32, da Lei 9.605/98, Greco fundamenta a tutela jurídica dos animais em função de si mesmos, afastando posições que o justifiquem por meio de uma proteção indireta do ser humano. O reconhecimento do valor intrínseco dos animais implica, portanto, considerações sobre a sua autonomia e os efeitos da heterodeterminação.¹²⁷

Seu argumento central retoma a tradição liberal ao estabelecer “a compreensão da dominação do outro como um mal, cuja diminuição estaria entre as prioridades estatais”¹²⁸. Ou seja, a dominação alheia, do mais fraco, provoca intensa limitação da autonomia do ser subjugado, impelindo à exigência de proteção.

Nesse contexto, Greco aponta que o ato cruel – a inflição de dores e de sofrimento – contra os animais, seres que gozam de autonomia e de sentidos, interessa ao Estado quando repercute em sua esfera de autodeterminação de ma-

124 *Ibidem*, p. 366.

125 GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147., jul./ago. 2004, p. 111.

126 ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? In: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 456.

127 GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. **Revista Liberda-des**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.3, p. 15, jan./abr.2010, p. 53.

128 *Ibidem*, p. 56.

neira que os animais se tornem heterodeterminados.¹²⁹ É que o provocação de sofrimento, as ações de maltratar levam ao controle do outro, determinando suas ações, seu desejo e a vontade e suas crenças e os pensamentos de mundo.¹³⁰ Em outras palavras:

O caso paradigmático de crueldade não elimina apenas a capacidade de agir, mas também a de querer e a de pensar, e por isso o impedimento desse tipo de conduta é da competência do Estado, cuja legitimidade também se deriva do fato de que ele existe para impedir tais ocorrências.¹³¹

A fragilidade do animal, em posição que tome sua vida e sua integridade como valores intrínsecos, fundamenta sua proteção ante a crueldade intensa que o torna vulnerável à heterodeterminação. Considerando que ao Estado cabe minimizar condutas de heterodeterminação, Greco legitima o delito de crueldade contra animais e afasta a exigência de identificação de um bem jurídico-penal.

4.4. A VIDA DE RELAÇÃO DA PESSOA HUMANA

Juarez Tavares elenca como pressuposto da criminalização a lesão efetiva ou o perigo concreto de lesão a um bem jurídico, correspondendo a uma “alteração sensível da realidade”.¹³² É que, conforme afirma, a exigência de que a conduta delitiva conduza à demonstração empírica concreta confere “à pessoa humana um papel relevante na ordem jurídica, porque lhe estão sendo ofertados dados concretos de referência para orientar suas atividades”¹³³.

Nesse sentido, Tavares conceitua o bem jurídico-penal como “um dado relacionado à pessoa humana, como seu elemento de preferência e orientação, o qual adquire valor quando incorporado à respectiva norma de conduta, proibitiva ou mandamental”. Os dados que integram a vida individual de relação figuram como bens jurídicos pessoais; *i. e.*, sua violação não atinge uma pessoa individual, mas reflete “na vida de relação da própria pessoa”.¹³⁴

A crueldade contra animais – compreendida como “a intervenção violenta sobre sua saúde ou integridade” – atinge a vida de relação da pessoa como o bem jurídico tutelado pelo art. 32, da Lei 9.605/98. A intangibilidade da vida e da saúde do animal integram o juízo de preferência e os dados de orientação das

129 *Ibidem*, p. 57.

130 *Ibidem*, p. 58.

131 *Ibidem*, p. 58.

132 TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 90.

133 *Ibidem*, p. 90-91.

134 *Ibidem*, p. 97.

peçoas; *ipso facto*, justifica-se a intervenção criminal que vise à sua proteção ante à crueldade e ao abuso ao considerar a vida de relação da pessoa como bem jurídico-penal ofendido por tais condutas, sem lançar mão “de um suposto direito dos animais”.¹³⁵

Por outro lado, Claus Roxin acredita que a proteção penal dos sentimentos só será legítima se tratar de sentimentos de ameaça, visto que “é tarefa do Estado assegurar aos cidadãos uma vida em sociedade livre do medo”¹³⁶. Diante disso, Roxin disserta que a tutela penal que extrapole esses fins, não pode vir a ser objeto do direito punitivo, sob pena de ilegitimidade.

4.5. APRECIÇÃO CRÍTICA À LUZ DA ABORDAGEM ONTOAXIOLÓGICA DO BEM JURÍDICO-PENAL

As linhas de pensamento que fundamentam a incriminação da crueldade contra os animais com base em sentimentos, ou seja, em uma tutela indireta do ser humano equivocam-se ao estabelecer um referencial vazio e à mercê da influência de grupos e pensamentos dominantes e excludentes na intervenção penal e ao rejeitar expressamente a proteção direta dos animais.

Greco, entretanto, aponta sua principal falha: se o bem jurídico-penal se identifica com o “nojo social” ou com o “legítimo sentimento de benevolência”, condutas de maus tratos aos animais que permaneçam em segredo, sem divulgação ao público não ofenderiam qualquer bem jurídico, em hipótese teratológica.¹³⁷

Assiste razão o pensamento de Greco quanto ao dever do Estado de voltar-se contra a heterodeterminação de seres sencientes, de maneira a tratar a vida e a integridade dos animais como valores intrínsecos. Sua incapacidade de prescindir de uma ameaçadora relativização do bem jurídico-penal enfraquece seu argumento, dado que não considera animais como titulares de bens jurídicos e deixa de ampliar o critério de pessoalidade aos animais.

Por último, Juarez Tavares acerta ao atestar que a intervenção violenta na vida e na saúde do animal atingem dados de preferência e orientação da pessoa humana. Sua concepção de bem jurídico impede, no entanto, uma compreensão inclusiva dos animais, manifestando uma consideração aquém da desenvolvida

¹³⁵ *Ibidem*, p. 97-98.

¹³⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 22.

¹³⁷ GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. **Revista Liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.3, p. 15, jan./abr.2010, p. 51.

por Luís Greco sobre os direitos dos animais.

Uma abordagem ontoaxiológica do bem jurídico-penal contribui para uma resposta idônea ao debate. Deve-se, para, estabelecer dois pressupostos: a) os animais enquadram-se como titulares de bens jurídico-penais, prescindindo-se de uma orientação antropológica excludente e superando o critério de pessoalidade sem enfraquecê-lo, e b) sua vida e sua integridade física, como valores intrínsecos, figuram como a base material da proteção penal.

Disso deriva que o substrato ontológico corresponde à vida e a integridade física dos animais, quando ameaçadas por condutas que lhe provoquem sofrimento cruel e sádico, que violem profundamente sua autonomia a ponto de constituir uma heterodeterminação.

Os juízos axiológicos, enquanto dimensão social, que tornam o substrato ontológico verdadeiro bem jurídico-penal identifica-se tanto com o reconhecimento da intangibilidade da vida e da integridade física ante às condutas referidas quanto com a consideração de que as pessoas integram em seu juízo de preferência e de orientação a proteção dos animais, sem lançar mão de um determinado “bem jurídico pessoal”.

Com isso, sanam-se os equívocos das linhas de pensamento expostas, de maneira a: a) reconhecer os animais como titulares de bens jurídico-penais e inclui-los na exigência de “pessoalidade” do bem jurídico; b) tratar sua vida e sua integridade física como o substrato ontológico do bem jurídico-penal; c) não relativizar o bem jurídico-penal; d) não prescindir de consideração dos direitos dos animais; e) atestar que sua proteção reflete, de maneira direta ou indireta, na vida das pessoas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou propor uma concepção ontoaxiológica de bem jurídico-penal e enfrentar o debate acerca do delito de maus tratos aos animais (art. 32, Lei n. 9.605/98).

O bem jurídico-penal traduz-se em um substrato ontológico com dimensão social, de importância individual ou coletiva, que lhe soma um juízo axiológico positivo. A exigência de pessoalidade constitui barreira que afasta incriminações ilegítimas atentatórias à dignidade da pessoa humana e enviesadas por grupos sociais dominantes; entretanto, deve-se afastar de uma concepção antropológica e incluir os animais, enquanto sencientes e passíveis de sofrimento, na

concepção de “pessoalidade”.

Com isso, compreende-se que os animais figurem como titulares de bens jurídicos por disporem de interesses que devem ser tutelados, reconhecendo sua vida e sua integridade física como valores em si, e não voltados exclusivamente à pessoa humana. Objetiva-se, assim, condutas violentas e sádicas que eliminem sua autodeterminação, provocando a atuação do Estado por meio do Direito Penal.

Expostas as linhas de pensamento mais relevantes sobre o debate acerca do delito de maus tratos à luz da concepção ontoaxiológica do bem jurídico, é de se afirmar que a vida e a integridade física dos animais constituem o substrato ontológico, de maneira que o reconhecimento de seu valor intrínseco e o reflexo na vida da relação da pessoa formam a dimensão social que o torna legítimo bem jurídico.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; GUERRA, Amparo Martínez (Orgs.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI: Direito Penal, Criminologia e Seguridade Pública**. Madrid : Ediciones Laborum, 2015.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal español**, Parte General, t. I. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1998.

GOMES, Daniele. A legislação brasileira e a proteção dos animais. *Revista Síntese direito ambiental*, São Paulo, v. 8, n. 43, p. 21-31., set./out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Meio ambiente: Lei 9.605, 12.02.1998. IN: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). **Legislação criminal especial**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRACIA MARTÍN, Luis. La teoría del bien jurídico ante el moderno derecho penal económico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 321, p. 6-9., ago. 2019.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147., jul./ago. 2004.

_____. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. **Revista Liberdades**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.3, p. 15, jan./abr.2010.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana*, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições fundamentais de direito penal: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**: com jurisprudência selecionada do STF e de outros Tribunais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

NETO, João Alves Teixeira Neto. **Tutela Penal de Animais: uma compreensão onto-antropológica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

_____. **Direito Penal do Ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, v. 1. 15 ed. rev., atual. e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Derecho penal**: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et all. Madrid: Civitas, 1997.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? In: HEFEN-DEHL. Roland. **La teoría del bien jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 23, n. 1, p. 7-43., jan./mar. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES, Hugo. Podem ser legítimos crimes sem referência a bens jurídicos-penais?: elementos para uma teoria sentimentalista do valor jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 147, p. 333-374., set. 2018.

TAVARES, Juares. **Fundamentos da teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. **Teoria do crime culposos**. 5. ed. rev. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO MEDIDA ALTERNATIVA AO CUMPRIMENTO DA PENA

ELECTRONIC MONITORING AS AN ALTERNATIVE MEASURE FOR SERVING THE SENTENCE

Fernanda Ramos Bortoluzzi¹³⁸

RESUMO: Este artigo tem como escopo fazer a análise do sistema de monitoramento eletrônico na esfera da execução penal, como meio auxiliar e alternativo de cumprimento de pena ou medida cautelar, à luz do sistema legal vigente, da Lei nº 12.258/10, da doutrina e da jurisprudência. Observam-se os aspectos positivos e negativos do sistema de monitoramento diante da problemática atual do sistema penitenciário brasileiro e da urgência em implementar medidas alternativas ao cárcere, bem como analisando-se a possibilidade de ampliação de sua utilização no universo prisional. Diante disso, apresenta-se o equipamento não como um substitutivo ao encarceramento ou como solução para os problemas da execução de penas no país. De outro tanto, busca-se analisar a monitoração eletrônica frente ao princípio da dignidade humana, com enfoque nos reflexos para a sociedade e para o preso. Para tanto, adotaremos como base os diversos estudos já existentes sobre o tema, os dados estatísticos disponibilizados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias e dados da Secretaria da Segurança do Estado do Rio Grande do Sul, referentes a experiências de monitoramento no Rio Grande do Sul.

Palavras-chaves: Monitoramento eletrônico. Sistema prisional. Tornozeleira eletrônica.

ABSTRACT: This article aims to analyze the electronic monitoring system in the sphere of the penal execution, as an auxiliary

¹³⁸ * Acadêmica da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail bortoluzzifernanda@hotmail.com.

and alternative means of serving a sentence or a precautionary measure, in the light of the current legal system of Law No. 12.258/10 of the doctrine and jurisprudence. The positive and negative aspects of the monitoring system are observed given the current problem of the Brazilian prison system, and the urgency to implement alternative measures to prison, as well as analyzing the possibility of expanding its use to the prison system. Therefore, the equipment is not presented as a substitute for incarceration, or as a solution to the problems regarding execution of sentences in the country. On the other hand, it seeks to analyze electronic monitoring towards the principle of human dignity with a focus on its reflexes for society and prisoners. To this end, the various existing studies on the subject, the statistical data provided by the National Survey of Penitentiary Information and the Secretariat of Security of the State of Rio Grande do Sul, regarding monitoring experiences in Rio Grande do Sul will be adopted as a basis.

Keywords: Electronic monitoring. Prison system. Anklet monitor.

1 INTRODUÇÃO

A problemática que perpassa o sistema penal brasileiro como um todo é complexa e antiga, devido aos inúmeros fatores envolvidos. As peculiaridades do sistema prisional, tais como a superlotação carcerária, a violência institucional, a atuação de facções criminosas, a ociosidade, os ambientes insalubres e degradados, dentre outras, impõem um cenário precário e desumano no cumprimento de penas.

A ressocialização e a harmônica integração social do preso, como previsto na Lei de Execução Penal, não passam de mero sofisma. Diante desse contexto, surge a necessidade de se implementarem medidas alternativas ao cárcere, como forma de alcançar a ressocialização e o cumprimento dos direitos do preso.

Sendo assim, o presente artigo pretende analisar a utilização da monitoração eletrônica como medida alternativa ao cumprimento de pena. De início, será demonstrada a atual falência do sistema carcerário, destacando-se dados fornecidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

Em seguida, abordar-se-á o tema do monitoramento eletrônico, iniciando-

do-se pela sua contextualização histórica, finalidades e definições, passando-se à análise da Lei nº 12.258/10, bem como das suas hipóteses de utilização. Na continuação, examinaremos as possibilidades de ampliação no uso da monitoração eletrônica, prevendo sua eventual utilização em alguns institutos do direito penal, tais como: trabalho externo no regime fechado, regime semiaberto, regime aberto e, inclusive, nos casos de medida protetiva às vítimas de violência doméstica.

Por fim, no último ponto, serão analisados os reflexos do monitoramento eletrônico para a sociedade e para o preso, bem como a possível (in)compatibilidade deste dispositivo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao término do capítulo, serão apresentados dados atuais do estado do Rio Grande do Sul, obtidos na Divisão de Monitoramento Eletrônico, onde constam registros estatísticos acerca da experiência deste equipamento na forma prática.

2 CRISE PENITENCIÁRIA BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAR MEDIDAS ALTERNATIVAS AO CÁRCERE

O sistema prisional brasileiro, como se sabe, se encontra em total descaso, constituindo, assim, um dos maiores atentados aos direitos humanos e garantias fundamentais, conforme corroboram os diversos estudos sobre a atual realidade carcerária¹³⁹.

É visível que a ressocialização e a harmônica integração social do preso, conforme previsto na Lei de Execução Penal, configuram uma grande falácia. O Estado, como um todo, vem descumprindo com seus deveres nesse campo, relegando ao descaso a administração das diversas unidades prisionais. Observa-se, assim, um verdadeiro abismo entre a norma jurídica penal e a realidade em que a grande massa carcerária se encontra.

Conforme exposto por Azevedo:

[...] vivemos em época de inflação punitiva e de altas taxas de encarceramento, a pena privativa de liberdade chega, no início deste século, marcada pela sua insustentabilidade enquanto principal forma de resposta ao delito. [...]. O sistema carcerário

139 Destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Medida Cautelar postulada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, no ano de 2015, que trouxe o debate acerca do “estado de coisas inconstitucionais” para a realidade brasileira, ao reconhecer sua ocorrência no sistema prisional do País. No contexto desse julgamento o Min. Marco Aurélio concluiu que “no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia” (p. 06-07 do acórdão). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (Medida Cautelar)**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgada em 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 16 jun. 2019.

brasileiro está longe de ser um meio de contenção do fenômeno delitivo, tornando-se, ao contrário, cada vez mais um dos maiores propulsores do aumento da violência e da criminalidade. A condenação de um indivíduo à pena privativa de liberdade vai além da simples transferência deste da vida “extra-muros” para a vida “intra-muros”. Inúmeras são as peculiaridades deste submundo prisional, dentro os quais destacamos a superlotação carcerária, a corrupção, a violência institucional, o ambiente completamente insalubre, a ociosidade, entre outros¹⁴⁰.

É, portanto, inegável a atual crise que perpassa as casas prisionais: há superlotação; altos índices de doenças infectocontagiosas; violência de toda ordem; mortes. Isso, sem mencionar o evidente controle, em determinados setores, das chamadas facções criminosas. Além dessas condições extremamente desumanas, há um baixo ou insignificante percentual de presos envolvidos em atividades capacitantes, tudo isso devido às suas precárias estruturas desde a origem¹⁴¹, o que transformou essas unidades em verdadeiros campos de torturas físicas e psicológicas, impossibilitando assim os fins a que se destinam.

Os estabelecimentos prisionais se tornaram meros depósitos, sendo destinados aos sujeitos definidos como os mais perigos, uma vez que perante o olhar julgador da sociedade,

[...] os criminosos são merecedores de qualquer mal que lhe seja imposto através da pena, visto que não são considerados indivíduos normais e, portanto, não gozam do mesmo status jurídico que os autointitulados cidadãos de bem¹⁴².

Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2017 – último dado tabulado –, verifica-se que 726.712 pessoas estavam encarceradas no Brasil em junho de 2016, muito embora houvesse apenas 368.049 vagas prisionais na época, o que levou o Brasil ao título de terceiro país com a maior população carcerária do mundo¹⁴³.

As penitenciárias não cumprem com a sua finalidade de reintegração social do preso; ao contrário, tornaram-se uma “escola do crime”¹⁴⁴. Isso porque, ao

140 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Sociologia e justiça penal: teorias e práticas de pesquisa sóciocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 321-322.

141 SANTO, Luiz Phelipe Dal. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 151, ano 27, p. 291-315, jan. 2019, p. 304.

142 CIFALI, Ana Cláudia; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Medo, descaso e violência no Brasil: como romper esse ciclo?. In: RIGON, Bruno Silveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari; MARQUES, Jader (Org.). **Cárce em imagem e texto: homenagem a Sidinei Brzuska**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 51.

143 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**. Brasília, DEPEN: 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

144 Expressão usada pelo Juiz de Direito Dr. Sidnei Brzuska, da Fiscalização dos Presídios da Vara de Execuções Criminais (VEC) de Porto Alegre.

ingressar pela primeira vez na prisão, o indivíduo

[...] adquire, gradativamente, as qualificações e atitudes de outros delinquentes, podendo vir a se tornar, tal como grande parte destes, um expert no crime. Logo, dentro do estabelecimento prisional, o detento mais desenvolverá a tendência criminosa (que, na maioria das vezes, já possuía enquanto fora dos muros prisionais) do que a mitigará¹⁴⁵.

Tal desajuste, somado à escassez de oportunidades e à estigmatização pela sociedade, conduz egressos, mais cedo ou mais tarde, a regressarem ao universo do crime, virando um verdadeiro ciclo vicioso.

Essa circunstância gera, assim, altos índices de reincidência de presos, além do aumento da criminalidade nas ruas brasileiras. Como mostram as estatísticas do Infopen, o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 707%, em relação ao total registrado na década de 90¹⁴⁶.

Nessa senda, buscam-se meios adequados para minimizar ou evitar os efeitos nocivos decorrentes do cárcere, já que, claramente, as modalidades atuais de cumprimento das penas privativas de liberdade não conseguem desempenhar suas funções de maneira minimamente satisfatória, e apenas agravam a situação precária das denominadas “sucursais do inferno”, como são chamadas as prisões brasileiras.

Entre as possíveis alternativas ao encarceramento e às inovações tecnológicas, em diversos países, surge, o sistema de monitoramento eletrônico de presos. Através de dispositivos tecnológicos, possibilita-se aos presos que cumpram suas penas fora dos estabelecimentos prisionais, sob o controle de suas atividades, bem como de sua localização em tempo real, podendo-se verificar sua presença ou ausência em determinados locais em que deva ou não estar ou comparecer, além de proporcionar ao apenado uma maior integração social, por meio do trabalho ou estudo e pelo contato direto com a sua família.

3 A NATUREZA DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

3.1 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA, FINALIDADES E DEFINIÇÕES

145 SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **O monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 14.

146 BRASIL, op. cit.

O primeiro equipamento de monitoração foi desenvolvido nos anos 1960, pelo psicólogo Robert Schwitzgebel, nos Estados Unidos. No entanto, por uma série de razões, o monitoramento eletrônico não foi bem-sucedido naquela época. Somente na década de 1990 a ideia foi aperfeiçoada, sendo idealizado o sistema pelo magistrado americano Jack Love, o qual contactou o engenheiro eletrônico, Michael Goss, a fim de ser desenvolvido o sistema, testado pelo próprio juiz. No ano de 1983, Love determinou a utilização do mecanismo para supervisionar cinco apenados de sua cidade¹⁴⁷.

O protótipo, denominado *Gosslink*, consistia em uma tornozeleira eletrônica, do tamanho de um maço de cigarros, a qual emitia um sinal de rádio a cada 60 segundos, que era capturado por um receptor ligado a uma linha telefônica e, por fim, transmitia os dados a um computador central¹⁴⁸.

A partir da experiência do magistrado Jack, os Estados Unidos iniciaram uma série de projetos-piloto para a implementação do monitoramento eletrônico.

Neste contexto, o monitoramento eletrônico surgiu na perspectiva lógica de disseminação de medidas adicionais direcionadas à fiscalização das decisões judiciais atinente ao exercício do poder punitivo estatal, com a intenção de evitar que o sujeito vigiado e, assim, “neutralizado” voltasse a ser fonte de risco à comunidade¹⁴⁹.

Acerca das finalidades do sistema de monitoração, podemos elencar: a detenção, a qual visa a manter o indivíduo em lugar predeterminado (normalmente em casa); a restrição, uma vez que é utilizado para garantir que o indivíduo não entre (frequente) determinados locais, ou ainda não se aproxime de determinadas pessoas, mormente testemunhas, vítimas e coautores; e a vigilância, para que se mantenha vigilância contínua sobre o indivíduo.

Atualmente o dispositivo eletrônico consiste em uma tornozeleira à prova d’água e supostamente antialérgica que deve ser acoplada ao corpo do condenado e usada 24 horas por dia. A tornozeleira transmite continuamente um sinal criptografado para o dispositivo de GPS que, por sua vez, transmite as coordenadas do usuário até a central de controle da execução penal. Sua utilização permite

147 OLIVEIRA, Janáina Rodrigues; AZEVEDO, Rodrigo Ghitinghelli de. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil. In: ROSA, Alexandre Morais da; PRUDENTE, Neemias Moretti (Org.). **Monitoramento eletrônico em debate**. Coleção Judiciário do Futuro, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 107-108.

148 SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **O monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 62

149 OLIVEIRA; AZEVEDO, p. cit., p. 107.

localizar e controlar, fora do estabelecimento prisional, os indivíduos que cumprem uma pena ou aqueles que respondem a um processo penal, como veremos a seguir.

3.2 ANÁLISE DA LEI Nº 12.258/10 E HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO

Sancionada em julho de 2010, a Lei nº 12.258, prevê a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado.

Passou a vigorar a Lei de Execução Penal¹⁵⁰, no artigo 146-B, introduzindo a possibilidade de aplicação do monitoramento eletrônico pelo juiz, em duas hipóteses: quando autorizar a saída temporária no regime semiaberto ou no momento em que determinar a prisão domiciliar.

Previsto no artigo 146-C da Lei de Execução Penal, cabe ao condenado cuidados e deveres que deverá adotar com o equipamento eletrônico, além dos deveres previstos como: I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça. Caso ocorra a violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: I - a regressão do regime; II - a revogação da autorização de saída temporária; [...]; VI - a revogação da prisão domiciliar; VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo¹⁵¹.

Diante do exposto, parece claro que o monitoramento eletrônico, como disposto na Lei nº 12.258/10 em nada minimiza a desumana superlotação que assombra o sistema prisional brasileiro. Isso porque não há “como atender à finalidade de redução do número de ‘presos’ no sistema carcerário se são justamente (e tão somente) os ‘soltos’ que estão sendo monitorados”¹⁵².

Em 2011, com o advento da Lei nº 12.403, foram trazidas à tona inúmeras modificações. Atribuiu-se à prisão preventiva uma nova roupagem, com o esco-

150 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

151 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

152 SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **O monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 79.

po de realinhar o ordenamento legal à orientação jurisprudencial pacificada que preconiza o binômio proporcionalidade e adequação na aplicação de medidas cautelares, diante das particularidades do caso concreto, tendo em conta, ainda, o caráter excepcional da prisão de natureza processual.

Com um rol com medidas cautelares diversas da prisão, o dispositivo em questão trouxe no artigo 319, inciso IX do Código de Processo Penal, a possibilidade da monitoração eletrônica. Desse modo, se anteriormente só era permitida a utilização do equipamento eletrônico para presos condenados, a partir de então, a medida se estendeu aos presos acusados/provisórios, durante a tramitação do processo penal.

Como se vê, a utilização dessa medida, mesmo que de cunho processual, tem o lastro de diminuir sensivelmente o efeito dessocializador da prisão, que já começa na fase em que o agente ainda se trata de um preso provisório. Em virtude do monitoramento eletrônico, é possível fazer com que o processo tenha a mesma eficácia, mantendo o réu com seus laços familiares e, em alguns casos, conforme situação concreta, seus vínculos sociais com o trabalho e estudo¹⁵³.

3.3 POSSIBILIDADE DE EVENTUAL AMPLIAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Conforme exposto, o dispositivo eletrônico pode ser utilizado tanto em presos provisórios como em presos condenados. No entanto, é visível que a sua previsão legal, por si só, não trouxe mudanças significativas ao cotidiano do carcerário.

Ainda podemos verificar que o dispositivo eletrônico não é recomendável a todos os presos, pois sua efetividade é condicionada à inexorável colaboração do monitorado, já que depende de sua autodisciplina. O dispositivo pode ser utilizado apenas por alguns presos, como por exemplo, aqueles processados ou condenados por crimes de baixa gravidade (delitos de trânsito, subtrações patrimoniais não violentas, consumo de drogas, etc.) e que apresentem bons antecedentes. Salienta-se que não há intenção de se impor o monitoramento eletrônico como forma de incitar a criação de um novo estilo de punir, mas de introduzir essa tecnologia, a fim de se tornar uma excelente alternativa diante do efeito degradante causado pela execução da pena de prisão.

Todavia, entendemos que sua utilização poderia ser estendida em alguns

153 FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia. **O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 83.

casos, bem como contribuir no sistema de progressão de regime, além de acompanhar institutos já existentes, desse modo com caráter auxiliar e alternativo da execução penal, conforme serão analisados a seguir.

a) Regime fechado – trabalho externo

Acreditamos que não seja viável a utilização da monitoração eletrônica como alternativa ao cárcere para aqueles que cumprem pena neste regime, em virtude de possuir um caráter eminentemente preventivo geral e que se impõe frente a crimes considerados de maior gravidade.

No entanto, não o descartamos por completo, vez que poderia ser utilizada para o trabalho externo (serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas), uma vez que acarretaria um aumento no número de presos que se beneficiassem com essa garantia legal prevista no artigo 36 da Lei de Execução Penal, desde que observados os requisitos de aptidão, disciplina, responsabilidade e cumprimento mínimo de 1/6 da pena (artigo 37 da LEP), impondo-se, outrossim, as necessárias cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

Nesse sentido, o monitoramento se mostra como meio eficaz de controle para coibir fugas, posto que, com a utilização da tecnologia de GPS, o apenado será permanentemente localizado, assim podendo exercer de forma digna o direito ao trabalho – este, um preceito fundamental para a devida ressocialização do preso.

b) Regime semiaberto

Nesse regime, a situação se mostra mais flexível, vez que já há a possibilidade de transição do egresso para o mundo externo, como decorrência do processo de reinserção social. Além disso, presos condenados à pena igual ou inferior a quatro anos que iniciam o cumprimento da pena em regime de semiliberdade também poderiam se beneficiar da monitoração eletrônica.

No semiaberto, como é sabido, a pena deve ser cumprida em colônias agrícolas, industriais ou em estabelecimento similar (artigo 91 da Lei Execução Penal), com a configuração mais simples e com menores precauções de segurança. É levada em conta a capacidade e senso de responsabilidade do condenado, estimulado e valorizado, que o leva a cumprir com os deveres próprios de seu status¹⁵⁴.

154 MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato. **Execução penal**. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 289.

No entanto, a realidade, se mostra bem distante do que determina a legislação. Não obstante a previsão no ordenamento jurídico, os estabelecimentos que possibilitariam o cumprimento da pena em semiaberto ainda se contam em reduzido número. Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o número de presos condenados em regime semiaberto é de 111.176 para um total de 65.580 vagas disponíveis em estabelecimentos prisionais de semiliberdade¹⁵⁵.

De outro lado, a lei prevê que os presos em regime semiaberto podem ser alojados em compartimento coletivo, o que se mostra, todavia, uma alternativa desastrosa, pois réus primários passam a ter contato direto com outros condenados de índole muito mais propensa ao crime. Ademais, todos ficam expostos a todo tipo de violência e a condições desumanas e degradantes.

A propósito, o tema já é sedimentado pela jurisprudência, através da Súmula nº 56 do STF, a qual se originou do julgamento do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS. Assim, em caso de déficit de vagas no estabelecimento adequado, já se admite a possibilidade da saída antecipada de preso no regime com falta de vagas, bem como a liberdade eletronicamente monitorada.

c) Regime aberto

De acordo com o artigo 93 da Lei de Execução Penal, “a casa do albergado destina-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime aberto, e a pena de limitação de fim de semana”¹⁵⁶. Como se vê, nesse tipo de estabelecimento não há obstáculos materiais ou físicos contra a fuga.

Em que pese o legislador tenha previsto no ordenamento jurídico, inexistem estabelecimentos com configuração arquitetônica de casa do albergado na maioria dos centros urbanos, razão pela qual os apenados que cumprem pena nesse regime são postos em prisão domiciliar sem, contudo, haver fiscalização adequada por parte do Estado.

De observar que a sociedade como um todo poderá vir a ser seriamente prejudicada, quando se coloca em liberdade não vigiada o preso que não está devidamente pronto para retornar à vida extramuros, que não cumpriu as anteriores etapas do sistema progressivo das penas.

155 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**. Brasília, DEPEN: 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 01 maio 2019.

156 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

Por essas razões, seria de cogitar-se o uso do rastreamento eletrônico como uma alternativa ao cumprimento da pena no regime aberto, retirando-se, assim, o encarceramento nesse regime.

d) Para eficaz cumprimento da medida protetiva de violência doméstica

A vigilância eletrônica poderia ser um excelente mecanismo para as situações de infrações penais praticadas contra mulheres no âmbito doméstico e familiar, a fim de tentar proteger a vítima de novas investidas do seu agressor.

Isso porque nada adianta o magistrado aplicar medidas protetivas de urgência previstas no artigo 18 e seguintes da Lei nº 11.340/06, conhecida como Maria da Penha, a qual trouxe mecanismos de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, se não existirem meios eficazes e concretos que realmente façam impedir que o agressor mantenha aproximação com a vítima¹⁵⁷.

Cumprе ressaltar que tal assunto já é regulamentado no Rio Grande do Sul, através da Lei estadual nº 14.478, de 24 de janeiro de 2014, a qual dispõe sobre o monitoramento eletrônico de agressor – agente da violência doméstica e familiar – contra a mulher seus familiares e/ou testemunhas. Conforme exposto no artigo 2º, o agressor “[...] poderá ser obrigado a utilizar o equipamento eletrônico para fins de fiscalização imediata e efetiva das Medidas Protetivas de Urgência”¹⁵⁸.

No entanto, nota-se que tal instituto na prática nunca foi utilizado. O que é de se lamentar, vez que poderia diminuir significativamente o alto índice de crimes praticados no âmbito doméstico, especialmente contra pessoas do sexo feminino. Isso porque, se o agressor estivesse usando o equipamento e se dirigisse a um local onde sabidamente estaria a vítima, haveria a possibilidade de intervenção imediata das autoridades competentes que, de plano, evitaria novo delito.

4 OS REFLEXOS DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA PARA A SOCIEDADE E PARA O PRESO

Pela previsão legal, ao sair do cárcere, o apenado estaria apto a retomar a vida em sociedade. No entanto, a própria estrutura das instituições prisionais, arquitetônica e completamente fechada, por si só, cria um ambiente hostil.

157 FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia. **O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 85.

158 RIO GRANDE DO SUL. Lei estadual nº 14.478, de 24 de janeiro de 2014. **Dispõe sobre o monitoramento eletrônico [...]**. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2014.478.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

Logo, pode-se concluir ser de suma importância a utilização de medidas alternativas ao cumprimento da pena de prisão, ainda mais diante os novos avanços tecnológicos no mundo contemporâneo, pois, paradoxalmente, o melhor remédio para o interno é a própria sociedade, notadamente pelas condições em que são cumpridas as penas cerceadoras de liberdade.

Não esperamos, pois, que ao largar indivíduos dentro de celas minúsculas, sem poder trabalhar ou mesmo estudar, sem receber visita de sua família (já que maioria dos estabelecimentos não possuem segurança suficiente), não lhes sendo permitido um raio de sol e diante de condições mínimas de higiene e dignidade, saiam dali ressocializados; ao contrário, espalharemos na sociedade delinquentes perigosos¹⁵⁹.

É possível, no entanto, com o uso da monitoração, fazer com que a pena cumpra sua função estabelecida, sem que, para tanto, o indivíduo tenha de ser retirado do seu meio social:

Exemplo disso é o que ocorre com nossos filhos. Quando os corrigimos, não retiramos nossos filhos de casa, não os levamos a um local distante, mantendo-os isolados de seus irmãos. Na verdade, os colocamos em um lugar onde, embora dentro de sua própria casa, saberão que estarão privados de uma série de ‘direitos’, que lhe seriam naturais caso não tivessem desobedecido seus pais. O castigo, mesmo dentro de casa, funciona. Se retirássemos nossos filhos e os levássemos para um local fora do seu ambiente familiar, isso certamente os traumatizaria. É o que acontece com os presos que são retirados do seu meio social e, levados a conviver com pessoas estranhas [...]”¹⁶⁰.

Além disso, devemos recordar que no ordenamento brasileiro não há penas perpétuas e, mais cedo ou mais tarde, o egresso será colocado à toda prova sem a vigilância onipresente do olhar estatal.

Chegamos, portanto, a um ponto no qual a prisão deve ser revista e deve-se encontrar alternativas viáveis para solucionar essa crise. É sabido que mesmo o uso adequado desta tecnologia não representará o fim dos estabelecimentos carcerários e muito menos a panaceia para os problemas de execução penal. No entanto, representará um avanço. E como diz um provérbio chinês: “é melhor acender uma vela que maldizer a escuridão”¹⁶¹. No mesmo sentido, é a conclusão de Baratta:

159 GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 4. ed. Nitetrói: Impetus, 2017, p. 134-135.

160 GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 4. ed. Nitetrói: Impetus, 2017, p. 293-294.

161 *Ibidem*, p. 197.

Qualquer passo que possa se dar para fazer menos dolorosas e menos danosas as condições de vida no cárcere, ainda que só para um condenado, deve ser visto com respeito quando esteja realmente inspirado no interesse pelos direitos e pelo destino das pessoas detidas, e provenha de uma vontade de mudança radical e humanista, e não de um reformismo tecnocrático cuja finalidade e funções sejam as de legitimar, através de qualquer melhoramento, a instituição carcerária em seu conjunto¹⁶².

Por fim, podemos também concluir que, embora não seja o monitoramento eletrônico uma solução mágica que irá resolver de uma hora para outra todos os anseios sociais, poderá ser o início de um fim de um sistema penitenciário baseado em um axioma absurdo, qual seja, de prender, de restringir a liberdade, na ilusória perspectiva de estar preparando-o a voltar a viver livremente em sociedade.

4.1 EVENTUAL INCOMPATIBILIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É sumariamente necessário analisar possível incompatibilidade entre o monitoramento eletrônico e a dignidade da pessoa humana, a qual representa um dos fundamentos norteadores da Constituição Federal, previsto no artigo 1º, inciso III.

Embora a origem deste princípio, tenha se dado na Antiguidade, é basicamente, fruto da evolução filosófica ocidental, fundamentada na individualidade, na singularidade existencial, na liberdade e no respeito à vida, tendo como função precípua, portanto, a valorização do homem, em si mesmo considerado¹⁶³.

Sobre o conceito de dignidade humana, Sarlet preceitua o seguinte:

[...] temos por dignidade humana a 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 existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito

162 BARATTA, Alessandro. Ressocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado. ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de (Org.). **Sistema Penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 294.

163 GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 4. ed. Nitetrói: Impetus, 2017, p. 63.

aos demais seres que integram a rede da vida¹⁶⁴.

Logo, entendemos que é algo inerente ao ser humano, que não pode ser renunciado ou alienado; é um valor que não pode ser suprimido, pois: “Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor”¹⁶⁵.

Como podemos observar no sistema penitenciário brasileiro, indivíduos segregados cautelarmente ou condenados cumprem a sua pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais saturados dos mais diversos problemas, em condições sub-humanas, como já analisado anteriormente. Nessas circunstâncias, a ressocialização do preso é uma tarefa quase impossível, uma vez que “não existem programas governamentais para sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal”¹⁶⁶.

Não é possível tratar do instituto da dignidade da pessoa humana sem colocar em pauta alguns outros direitos fundamentais assegurados aos indivíduos, tais como o direito à honra, direito à intimidade e direito à imagem, dentre outros (artigo 5º, X da Constituição Federal). Nesse aspecto, discute-se se o sistema de monitoramento eletrônico estaria a violar a dignidade da pessoa do monitorado ao expô-lo à vigilância do Estado, que se constituiria, assim, meio estigmatizante de punição e, logo, incompatível com a Magna Carta.

Os argumentos contrários ao uso do monitoramento eletrônico estão, em geral, focados na possibilidade de indevido aumento do controle do Estado sobre o indivíduo, como veremos a seguir.

A juíza aposentada Maria Lúcia Karam é ferrenha ao expor sua crítica, no sentido de que o uso do equipamento eletrônico se configura não apenas como uma ilegítima intervenção no corpo do indivíduo monitorado, como também uma violação à sua privacidade, uma vez que seu lar é inviolável, porém é transformado, agora, numa quase-prisão¹⁶⁷.

164 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

165 GRECO, op. cit., p. 65.

166 GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 4. ed. Nitetrói: Impetus, 2017, p. 68.

167 KARAM, Maria Lúcia. O monitoramento eletrônico: a sociedade do controle. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 14, n. 170, p. 4-5, jan. 2007, apud SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **O monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 87.

A nosso ver, os efeitos decorrentes do encarceramento, ao qual está submetido o preso, são muito mais gravosos do que os efeitos decorrentes da utilização do monitoramento eletrônico. Portanto, concordamos que “a violação à privacidade e à intimidade do preso no interior do cárcere é consideravelmente maior do que quando solto mediante controle eletrônico”¹⁶⁸.

De outro lado, os defensores do monitoramento eletrônico consideram que a restrição à privacidade decorrente do uso do equipamento não pode ser comparada aos prejuízos físicos, psíquicos e emocionais causados pelo cárcere.

Vê-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana é exatamente o que nos leva a pensar na necessidade urgente de medidas alternativas ao aprisionamento, já que todo ser humano deve ser tratado com respeito e dignidade, e, independentemente de ser o mais cruel criminoso, seus direitos devem ser assegurados no cumprimento de sua pena, de modo a dar-se da forma mais humanizada possível.

4.2 BREVISSIMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A implementação do sistema de monitoramento eletrônico, no Rio Grande do Sul, teve início no ano de 2013. Hoje, a sede da divisão de monitoramento eletrônico da Superintendência de Serviços Penitenciários da região metropolitana está localizada no prédio da Secretária de Segurança Pública, na Rua Voluntários da Pátria, nº 1358, e conta com 80 agentes, os quais realizam durante 24 horas, a vigilância dos monitorados. O sistema de monitoramento é o de Georreferenciamento, que consiste em um conjunto de coordenadas, sendo possível definir áreas e informar a localização em tempo real.

No momento em que o apenado é cadastrado e ocorre a instalação do dispositivo no seu corpo, é estabelecida a inserção das zonas de cada um deles, consistentes em “zona casa” e “zona bairro” (um raio de 300 metros de bairro onde o monitorado podem circular livremente nele durante o período de 7h até às 19h).

No mês de junho de 2019, a divisão de monitoramento eletrônico conta com cerca de 2.236 monitorados no estado do Rio Grande do sul¹⁶⁹, espalhados por sete regiões: Porto Alegre, Santa Maria, Três Passos, Passo Fundo, Pelotas,

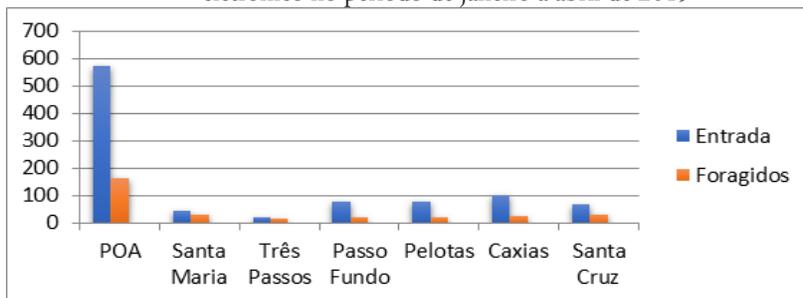
168 SOUZA, op. cit., p. 91.

169 Dados fornecidos pela Divisão de Monitoramento eletrônico da Superintendência de Serviços Penitenciários no dia 07 de junho de 2019.

Caxias e Santa Cruz.

Conforme gráfico a seguir, analisamos os números de entrada de monitorados e de foragidos do período de janeiro a abril de 2019, sendo que cada região apresentou os seguintes dados:

Gráfico 1 – Índice de entrada e de foragidos no sistema de monitoramento eletrônico no período de janeiro a abril de 2019

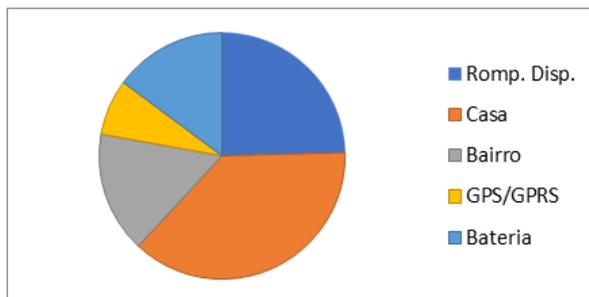


Fonte: elaborado pela autora com base nos dados fornecidos pela Divisão de Monitoramento eletrônico da Superintendência de Serviços Penitenciários – dados atualizados em 29/04/2019.

O levantamento e a análise desses dados nos levam a crer que a região metropolitana de Porto Alegre é a que mais abriga monitorados, enquanto Caxias assume a segunda colocação. Acerca dos índices estáticos de foragidos do sistema de monitoramento eletrônico, insta mencionar que é muito provável que tal fato ocorra devido à escolha do perfil de preso selecionado para utilizar o dispositivo: não há um efetivo critério, tampouco uma entrevista ou avaliação, para verificar se o preso está realmente disposto e preparado para tal cumprimento de pena.

Uma das dificuldades encontradas nesse sistema eletrônico são as fugas, uma vez que o monitorado se encontra isolado e depende exclusivamente de sua autonomia e senso de responsabilidade. Essa situação pode ser analisada a partir dos dados levantados pela Divisão de Monitoramento Eletrônico:

Gráfico 2 – Motivos do status de “foragido” no período de maio de 2013 a abril 2019

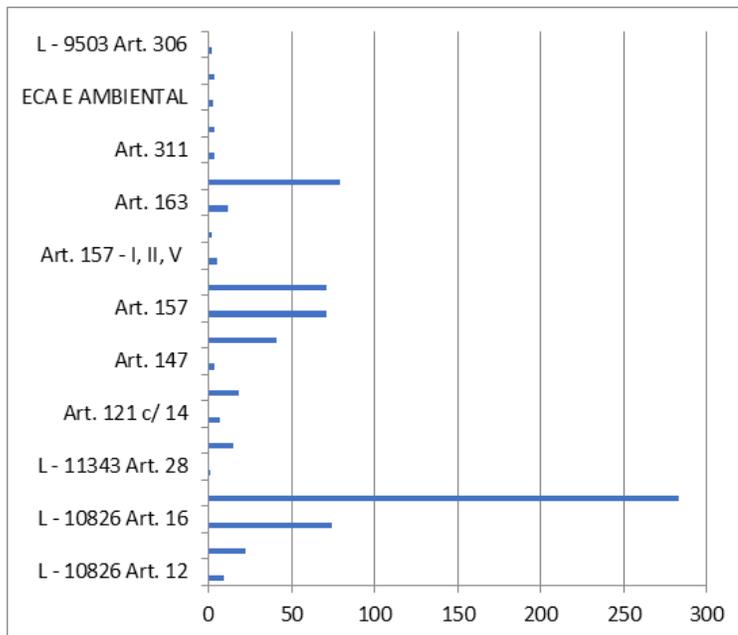


Fonte: gráfico elaborado pela autora com base nos dados fornecidos pela Divisão de Monitoramento eletrônico da Superintendência de Serviços Penitenciários – dados atualizados em 29/04/2019.

Dessa forma, desde o ano de 2013 até abril de 2019, o maior número de fugas se deu por violação da zona casa. Logo em seguida, vem o rompimento do dispositivo eletrônico, registrando-se que 24,56% dos monitorados arrancaram a tornozeleira eletrônica. A violação da zona do bairro representa o terceiro motivo que levou os monitorados a foragirem, seguido pela falha na comunicação do sistema de GPS e, por último, a bateria (ou seja, 14,83% dos monitorados deixaram o dispositivo descarregar, impossibilitando a sua localização).

Logo, através das possíveis formas que o monitorado pode ficar foragido do sistema, é necessário falar da ocorrência de reincidências, como podemos verificar no gráfico abaixo, que reflete o número de monitorados presos em flagrante ao cometer outro delito.

Gráfico 3 – Monitorados presos em flagrante no período de maio de 2013 a abril



Fonte: gráfico elaborado pela autora com base nos dados fornecidos pela Divisão de Monitoramento eletrônico da Superintendência de Serviços Penitenciários – dados atualizados em 29/04/2019.

Neste ponto, é necessário abrir um parêntese para concluir que, conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2016, um dos crimes que mais aprisiona no Brasil é o tráfico de entorpecentes, previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, aproximadamente com 151.782 pessoas presas em todo território nacional. Sendo assim, “correspondem a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em Junho de 2016”¹⁷⁰.

Por fim, concluímos que o número de reincidência com o uso da tornozeleira eletrônica é baixo, se compararmos com o número de 21.759 presos que fizeram parte do programa de monitoramento eletrônico, somente 731 monitorados utilizando a tornozeleira eletrônica foram presos por outro crime em

170 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**. Brasília, DEPEN: 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 07 jun. 2019.

flagrante¹⁷¹.

Quanto aos custos do monitoramento eletrônico, estes são expressivamente reduzidos se comparados com o tradicional modelo de prisão, já que o aluguel mensal da tornozeleira eletrônica no Rio Grande do Sul é de R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais) por mês para cada apenado, enquanto que o regime tradicional custa em média R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais)¹⁷², ou seja, quase 6 vezes mais.

Atualmente a empresa Geosat assumiu o monitoramento de presos no estado, com o custo de R\$ 338,00 (trezentos e trinta e oito reais) mensal por monitorado. A nova tornozeleira eletrônica destaca-se pela tecnologia suíça, sendo um modelo mais seguro e eficiente, resistente à prova d'água, (até 50 metros), e tem carregador móvel, bateria de 12 horas, sensor de posição e movimento, além de quatro chips, além de não ter o sinal bloqueado por papel alumínio¹⁷³.

Por fim, é de suma importância falarmos sobre a oportunidade do monitorado de estudar ou trabalhar com a vigilância do dispositivo. A divisão de monitoramento conta com um setor de assistentes sociais, o qual recebe a solicitação de carta de emprego ou de estudo e verifica a veracidade das informações. Depois da verificação, emite um parecer ao Juiz responsável, que decide pelo deferimento ou indeferimento. Logo após, é repassado ao setor responsável do monitoramento, a fim de fazer uma zona especial para o trabalho/estudo do monitorado, de modo que este pode sair para tal zona sem que seja gerado alerta de fuga no sistema.

Sendo assim, é um incentivo para que o preso desenvolva uma atividade laborerápica ou ingresse em curso de qualquer nível, aperfeiçoando a sua formação. Dessa forma, constituindo a reeducação uma das finalidades da pena, não há dúvidas que o trabalho e o estudo representam um forte instrumento para tanto, impedindo a ociosidade¹⁷⁴. Além disso, conferem ao monitorado a oportunidade de adquirir novas habilidades e aprimorar seu conhecimento, permitindo uma inserção social e conseqüentemente acarretando na ressocialização do egresso.

171 Dados fornecidos pela Divisão de Monitoramento eletrônico da Superintendência de Serviços Penitenciários no dia 07 de junho de 2019.

172 Gazeta do Povo. Prender mais e manter preso: o custo da proposta de Bolsonaro para a segurança. São Paulo, 25 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/república/prender-mais-e-manter-presos-o-custo-da-proposta-de-bolsonaro-para-a-seguranca-e489eq94tc3iujetxddd8z937/>. Acesso em: 06 jun. 2019.

173 G1. Novas tornozeleiras eletrônicas começam a ser instaladas no Rio Grande do Sul. Santa Cruz do Sul, 31 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/05/31/novas-tornozeleiras-eletronicas-comecam-a-ser-instaladas-no-rio-grande-do-sul.ghtml>. Acesso em: 06 jun. 2019.

174 *Ibidem*, p. 181.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo analisar a utilização do sistema de monitoramento eletrônico como possível medida para o cumprimento da pena, observado o cenário atual do sistema prisional brasileiro e a necessidade de uma via de humanização na execução da pena.

Através de uma contextualização histórica, analisou-se o surgimento do dispositivo de monitoramento eletrônico e suas definições. Após, discorremos sobre a Lei nº 12.258/10 e suas hipóteses de utilização, as quais possibilitam que o juiz aplique a monitoração eletrônica quando: autorizar saída temporária no regime semiaberto ou determinar a prisão domiciliar.

Ainda, diante do reduzido número de hipóteses legais previstas para sua utilização, num cotejo, com os inúmeros benefícios trazidos ao preso (apresentados na última seção), acreditamos que, futuramente, o sistema penal possa espocar uma posição mais abrangente, no sentido de acolher outras hipóteses de utilização do mecanismo, observadas as devidas cautelas legais e a conduta pessoal de cada apenado, já que não é recomendável a todo tipo de preso.

Pensamos serem inegáveis os benefícios do sistema de monitoramento eletrônico para a sociedade e para o preso, uma vez que permite ao apenado permanecer junto de sua família e no ambiente social em que está inserido, além de poder exercer atividades de labor ou educacional. Tudo isso reflete diretamente em seu retorno ao convívio externo, circunstância que o beneficia primeiramente, mas também aporta benefícios à sociedade como um todo.

Ao fim, apresentamos breve relato sobre o modelo de monitoração eletrônica implantado no Rio Grande do Sul, destacando-se os dados fornecidos pelo órgão gestor.

É extremamente positivo que exista uma movimentação e preocupação crescente entre os operadores do direito em relação aos indivíduos encarcerados, máxime porque, em contrapartida, parece faltar interesse e vontade política, além de investimentos substanciais e de planejamento por parte do poder público.

Há muito ainda a ser feito nesse campo, porque é sabido que a simples colocação de dispositivo eletrônico no preso não irá solucionar o problema, se não estiver associada a uma eficiente estrutura de fiscalização, a programas de reinserção social e em consonância a políticas públicas eficazes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Sociologia e justiça penal**: teorias e práticas de pesquisa sóciocriminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARATTA, Alessandro. Ressocialización o control social: por um concepto crítico de reintegración social del condenado. ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de (Org.). **Sistema Penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 251-265.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**. Brasília, DEPEN: 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 07 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (Medida Cautelar)**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgada em 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 16 jun. 2019.

CIFALI, Ana Cláudia; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Medo, descaso e violência no Brasil: como romper esse ciclo?. In: RIGON, Bruno Silveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari; MARQUES, Jader (Org.). **Cárcere em imagem e texto**: homenagem a Sidinei Brzuska. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 47-54.

FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia. **O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

G1. Novas tornozeleiras eletrônicas começam a ser instaladas no Rio Grande do Sul. Santa Cruz do Sul, 31 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/05/31/novas-tornozeleiras-eletronicas-comecam-a-ser-instaladas-no-rio-grande-do-sul.ghtml>. Acesso em: 06 jun. 2019.

Gazeta do Povo. Prender mais e manter preso: o custo da proposta de Bolsonaro para a segurança. São Paulo, 25 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/república/prender-mais-e-manter-pres-o-custo-da-proposta-de-bolsonaro-para-a-seguranca-e489eq94tc3iujetx-dd8z937/>. Acesso em: 06 jun. 2019.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 4. ed. Nitetrói: Impetus, 2017.

KARAM, Maria Lúcia. O monitoramento eletrônico: a sociedade do controle. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 14, n. 170, p. 4-5, jan. 2007, apud SOUZA, Bernardo de Azevedo e. O monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato. **Execução penal**. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Janaína Rodrigues; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil. In: ROSA, Alexandre Moraes da; PRUDENTE, Neemias Moretti (Org.). **Monitoramento eletrônico em debate**. Coleção Judiciário do Futuro, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Lei estadual nº 14.478, de 24 de janeiro de 2014. **Dispõe sobre o monitoramento eletrônico [...]**. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2014.478.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SANTO, Luiz Phelipe Dal. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os

limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 151, ano 27, p. 291-315, jan. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **O monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

UMA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DA REINCIDÊNCIA

Maykhel Beltrame Goulart¹⁷⁵

Matheus Paim¹⁷⁶

RESUMO: O instituto da reincidência está disciplinado no art. 63 do Código Penal, cuja ocorrência, no caso concreto, implica, por força legal, na elevação da pena na condição de circunstância agravante. Ainda, a reincidência é uma circunstância legal que pode levar ao agravamento do regime inicial de cumprimento de pena, especialmente quando o novo crime for doloso. Sob esses dois vieses, as disposições relacionadas à reincidência parecem ter sido devidamente recepcionadas pela Constituição da República, conquanto amplamente aplicadas pelos tribunais. De outro lado, a ausência de graduação da reincidência na fixação do regime inicial de cumprimento de pena pode colidir, entre outros, com o princípio constitucional da individualização da pena, na medida em que, independente da quantidade de pena aplicada pelo crime anterior, implicará ao condenado a fixação de regime prisional mais grave pelo novo crime.

PALAVRAS-CHAVE: REINCIDÊNCIA, GRADUAÇÃO, INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

ABSTRACT: The institute of recidivism is disciplined in art. 63 of the Penal Code, whose occurrence, in the present case, implies, by legal force, the elevation of the penalty in the condition of aggravating circumstance. Also, recidivism is a legal circumstance that can lead to the worsening of the initial sentence, especially when the new crime is intentional. Under these two biases, the provisions relating to recidivism appear to have been duly accepted by

175 Advogado - OAB/SC 25.988; Docente Universitário na Uniplac – Universidade do Planalto Catarinense - desde 2011; Mestrando em Direito pela UVA/UNIFACVEST (Universidade Veiga de Almeida e Centro Universitário Facest) Lages-SC;

176 Advogado - OAB/SC 33.463; Docente Universitário na Unifacvest desde 2019; Doutorando em Direito pela UVA/UNIFACVEST (Universidade Veiga de Almeida e Centro Universitário Facest) Lages-SC;

the Constitution, although widely applied by the courts. On the other hand, the lack of graduation of the recidivism in the establishment of the initial punishment regime may clash, among others, with the constitutional principle of the individualization of the punishment, since, regardless of the amount of punishment applied by the previous crime, it will imply condemned the establishment of a more serious prison regime for the new crime.

KEYWORDS: REINCIDENCE, GRADUATION, PEN INDIVIDUALIZATION.

INTRODUÇÃO

O instituto da reincidência está previsto no art. 63 do Código Penal brasileiro, e, quando de sua ocorrência no caso concreto, implica em uma série de agravamentos na pena do acusado, podendo elevar o *quantum* de pena fixada, além de agravar o regime inicial de cumprimento de pena.

Nesse viés, o agravamento da pena pela reincidência há muito vem sendo debatido pela doutrina, com defensores que encontram fundamentos de sua constitucionalidade, e outros, que defendem sua inconstitucionalidade ante o possível conflito com o princípio do *non bis in idem*.

Nesse contexto, Guilherme de Souza Nucci pondera:

[...] é certo que ninguém deve ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Se Fulano subtraiu bens de Beltrano, torna-se lógico não poder sofrer duas condenações por furto. Basta uma. Algumas vezes, entretanto, sustentam que levar em consideração, ilustrando, um furto anteriormente cometido por Fulano, pelo qual já foi condenado e cumpriu pena, com o fito de, em processo por roubo posterior, noutro cenário, portanto, ser condenado como reincidente, seria uma maneira indireta de punir alguém duas vezes pelo mesmo fato. O raciocínio seria o seguinte: se já pagou pelo delito de furto, quando for condenado por roubo, o juiz não poderia elevar a pena deste último delito, com base no anterior crime de furto. O referido aumento constituiria a punição dupla. A ideia, em nosso entendimento, peca pela simplicidade. (NUCCI, 2017, p.310)

Noutra esteira, Rogério Greco pondera que “parte de nossos doutrinadores entende que a reincidência não poderia ser considerada para efeitos de agravar a pena aplicada ao sentenciado, uma vez que este estaria sendo punido duas vezes pelo mesmo fato” (GRECO, 2017, p. 724).

Conforme esclarece Eugênio Raúl Zaffaroni:

Desde a penalização liberal do século XIX se observou que a agravação de pena por um delito anterior é uma nova pena pelo mesmo delito, que viola a proibição da dupla punição. [...] Quando se invoca a reincidência para impor uma pena superior ao mínimo, o plus punitivo superior ao mínimo não tem nada a ver com o segundo delito, mas senão que é uma pena pelo primeiro. (ZAFFARONI, 2011, p. 266).

Mais distante dessa discussão generalista, o presente artigo debruça-se centralmente na ideia da graduação da reincidência, buscando demonstrar se os efeitos da reincidência ao apenado, previstos no Código Penal, são taxativos ou graduados, bem como se a forma de sua utilização estaria em conflito com os princípios constitucionais que garantem a individualização da pena.

Assim, pretende-se demonstrar a partir de uma análise ao Código Penal, se a existência de crime anterior com capacidade para gerar reincidência implicaria nas mesmas consequências ao indivíduo, independente de sua causa, ou se, existem mecanismos de graduação da reincidência que permitam ao julgador uma análise individualizada de seus efeitos, com o fito de mensurar as consequências da reincidência a partir da gravidade do crime anteriormente cometido pelo agente.

A partir disso, será possível concluir se há ou não graduação dos efeitos da reincidência, se seria possível graduá-los, e se haveria ou não conformidade constitucional em sua forma de utilização judicial.

1. O QUE É REINCIDÊNCIA

Partindo da premissa delineada pelo artigo 63 do Código Penal: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Do preceptivo supra se verifica a necessidade da confluência de três requisitos para a qualificação do autor do fato como reincidente: 1º. Cometer crime no Brasil ou no Exterior; 2º. Condenação definitiva (trânsito em julgado); e, 3º. Nova prática de fato criminoso.

A cumulação destes requisitos trará invariavelmente ao agente do fato a qualificação jurídica de reincidente, fazendo incidir as consequências de ordem legal.

Observa-se, de igual modo, que se tem neste caso um instituto jurídico

de ordem legal, sem qualquer menção ou correspondência constitucional, mas que deve buscar sua validade no sistema constitucional, de modo a encontrar preceptivo constitucional de validação do conteúdo do instituto ou ao menos não encontre norma constitucional de caráter contrário, isto é, trata-se de disposição infraconstitucional que necessariamente deverá guardar conformação de validade com a Constituição da República.

A análise da constitucionalidade do instituto da reincidência já foi objeto de controvérsia perante o Supremo Tribunal Federal, de modo a perquirir a relação de validade material do referido instituto com o parâmetro constitucional então vigente.

No âmbito da análise do Recurso Extraordinário n. 453000/RS o Supremo Tribunal Federal decidiu com repercussão geral e por unanimidade tratar-se o instituto da reincidência de norma legal compatível com o texto da Constituição da República de 1988:

AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência.

(RE 453000, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

Inobstante a alegação de que o instituto da reincidência guarda nítida correlação com dupla punição penal (*bis in idem*), conquanto representa uma punição ao agente na análise do novo crime em razão da conduta do crime anterior, o que seria uma dupla valoração negativa deste, o Supremo Tribunal Federal deixou assente a premissa de que o instituto da reincidência é válido no sistema constitucional então vigente, não encontrando parâmetro constitucional que o vede.

Ainda que se tenha como válido o instituto da reincidência frente a atual constituição, o intuito deste artigo é observar a necessária conformação da aplicação deste com os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

De plano verifica-se que o artigo 63 do Código Penal não traça qualquer distinção quanto à qualidade da pena ou gravidade do crime anterior, isto é, o fato anterior e sua gravidade são irrelevantes, conquanto a exigência para a configuração da reincidência é a condenação anterior, com trânsito em julgado, independente da capitulação legal ou outras variáveis. Em outras palavras, para a configuração da reincidência pouco importa se o crime anterior foi doloso, culposo ou hediondo.

Nessa linha de pensamento, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, assevera que “O fato de o crime ser doloso ou culposo não tem qualquer relevância na verificação da reincidência.” (JUNQUEIRA, 2012, p. 179).

Ainda, Rogério Greco afirma que:

Como regra geral, o Código Penal afastou a chamada reincidência específica, sendo suficiente a prática de crime anterior – independentemente das suas características –, que pode ou não ser idêntico ou ter o mesmo bem juridicamente protegido pelo crime posterior, praticado após o trânsito em julgado da sentença condenatória. (GRECO, 2017, p. 725)

Já Cleber Masson explica que embora haja distinção entre reincidência específica e reincidência genérica, “a legislação penal brasileira, seguindo a tendência mundial, trata as duas situações de modo análogo. Os efeitos, em regra, são idênticos, seja genérica ou específica a reincidência. Em algumas raras situações, todavia, a reincidência específica comporta tratamento diferenciado”.

Em vista disso, configurada a reincidência, se sujeitará o apenado a determinadas consequências, que serão adiante abordadas.

Como não se está a olhar para a tipificação do crime anterior, sequer a análise quanto ao preceito secundário é verificada em interpretação literal e estritamente legal, isto é, se o crime anterior era de menor potencial ofensivo ou, à guisa de exemplo, se era um crime sem preceito secundário, como o crime de posse de drogas para uso próprio, em que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 deixa de indicar quantitativo sancionatório a título de privação da liberdade.

Aliás, quanto ao crime de posse de drogas para uso próprio, este demonstra a necessária evolução da aplicação do instituto da reincidência, em que sua diretriz merece confrontação com os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

O Superior Tribunal de Justiça expressava pacífico entendimento no sentido de que inclusive o crime de posse de drogas para uso próprio, ainda que ausente o preceito punitivo secundário, era caracterizador da reincidência, eis que o artigo 63 do Código Penal não o exige:

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE PORTE OU POSSE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior, alinhado ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, gera reincidência, porquanto essa conduta foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada (*abolitio criminis*).

Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 312.955/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça trouxe em recente julgado a aplicação do princípio da proporcionalidade para afastar a reincidência quando o crime anterior era justamente o delito de posse de drogas para uso próprio. Tratou-se do Resp n. 1.672.654, em que se destacou a impossibilidade do entendimento quanto a reincidência:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. 1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.

3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que

admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.

5. Recurso improvido.

(REsp 1672654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018)

Analisado o conteúdo da reincidência e seus requisitos, bem como a evolução do entendimento jurisprudencial, já aplicando o princípio da proporcionalidade no caso de crime de posse de drogas para uso próprio, convém destacar as diversas consequências deletérias ao agente do fato em razão da reincidência.

2. CONSEQUÊNCIAS DA REINCIDÊNCIA NO CÓDIGO PENAL

Assim, restrito às consequências da reincidência previstas no Código Penal, em contraponto com pesquisa bibliográfica específica, procurar-se-á identificar se os efeitos da reincidência sofrem gradação e se estão em conformidade com os princípios constitucionais correlatos.

Ao cuidar desse tema, Guilherme de Souza Nucci aponta de forma sintetizada e enumerada os efeitos da reincidência, de onde se observam os seguintes - previstos no Código Penal:

[...] a) existência de uma agravante que prepondera sobre outras circunstâncias legais (art. 67, CP); b) possibilidade de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa (arts. 44, II, e 60, § 2.º, CP); c) quando por crime doloso, impedimento à obtenção do sursis (art. 77, I, CP); d) possibilidade de impedir o início da pena nos regimes semiaberto e aberto (art. 33, § 2.º, b e c, CP), salvo quando se tratar de detenção, porque há polêmica a esse respeito (vide nota ao art. 33, CP); e) motivo para aumentar o prazo de obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP); f) impedimento ao livramento condicional nos casos de crimes hediondos, tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, tratando-se de reincidência específica (art. 83, V, CP); g) aumento do prazo de prescrição da pretensão executória em um terço (art. 110, caput, CP); h) causa de interrupção do curso da prescrição (art. 117, VI, CP); i) possibilidade de revogação do sursis (art. 81, I, CP), do livramento condicional (art. 86, I, CP) e da reabilitação (neste caso, se não tiver sido aplicada a pena de multa, conforme

art. 95, CP); j) [...]; l) [...]; m) [...] n) não permissão de concessão do furto privilegiado, do estelionato privilegiado e das apropriações privilegiadas (arts. 155, § 2.º, 171, § 1.º, e 170, CP); [...]

Adiante serão melhor analisadas as consequências da reincidência, bem como, se permitem algum tipo de graduação ou se são taxativas ao réu.

Assim, primeiramente, observa-se que o artigo 67 do Código Penal prevê que “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

Na segunda fase de dosimetria da pena, portanto, ao desenvolver a análise quanto às circunstâncias do crime e do agente, o magistrado deverá observar a existência ou não de reincidência, independente da qualidade (reclusão ou detenção), intenção do agente (doloso ou culposos) ou quantidade de pena do crime anterior que tenha gerado a reincidência, conquanto esta pode preponderar sobre outras circunstâncias atenuantes que venham a concorrer no caso concreto.

Por outro lado, quando não concorrer com outra circunstância atenuante, a reincidência sempre que não constituir ou qualificar o crime agravará a pena, a teor do artigo 61, inciso I do Código Penal.

Diante disso, observa-se que nenhuma distinção fez o Código Penal acerca dos motivos ou qualidade do crime que tenha gerado reincidência, de modo que imperará a consideração da reincidência como circunstância agravante, a não ser que outra circunstância atenuante prepondere sobre ela.

Interessante notar que, a despeito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considerar que determinadas circunstâncias atenuantes preponderaram sobre a circunstância da reincidência, observa-se que em casos concretos, quando há o reconhecimento dessa preponderância de circunstância atenuante que torne nula qualquer elevação de pena decorrente da reincidência, esta nem sempre deixará de irradiar efeitos na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, servindo como motivação idônea para agravá-lo. (HC 460.831/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018).

Há o que poderíamos chamar de relativização quanto aos efeitos da reincidência. Porém, ao passo que seus efeitos de agravamento na quantidade de pena sofrem compensação em razão da existência de determinada circunstância

atenuante preponderante, o mesmo não ocorre para os demais efeitos da reincidência, como a fixação de regime inicial de cumprimento de pena.

Já quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o Código Penal prevê no artigo 44, entre outros requisitos, que o réu não seja reincidente em crime doloso, deixando ao magistrado certa margem de graduação dos efeitos da reincidência na medida em que a reincidência em crime culposo não seria obstáculo à concessão da substituição. A se ver:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

[...]

Adiante, no parágrafo 3º do referido artigo, há relativização da regra geral delineada pelo inciso II, dispondo que “Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.”

Portanto, incumbe ao magistrado avaliar se mesmo reincidente, a substituição da pena restritiva de direitos ao réu seria socialmente recomendável. Essa margem de avaliação confere graduação aos efeitos da reincidência, permitindo que se individualize a pena, em conformidade com o preceito constitucional que erige a individualização à categoria de princípio.

Sobre o tema, Rogério Greco pondera que:

[...] o juiz terá de avaliar se, mesmo tendo havido condenação anterior por crime doloso, sendo concedida a substituição, ela atingirá sua dupla finalidade: evitar o desnecessário encarceramento do condenado, impedindo, com isso, o seu contato com presos que cumprem penas em virtude da prática de infrações graves, afastando-o do ambiente promíscuo e dessocializador do sistema penitenciário, bem como se a substituição também trará em si o seu efeito preventivo. Caso o julgador perceba que em caso de substituição da pena de prisão pela restrição de direitos, em razão de condenação anterior, esta não surtirá qualquer efeito, deve prevalecer a regra do inciso III do art. 44, ficando impossibilitada a substituição.

Em todo caso, se houver condenação pela prática do mesmo crime anterior, sendo

o condenado reincidente específico, também não se permitirá a substituição, de acordo com a última parte do § 3º do art. 44 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, esta pode substituir a pena privativa de liberdade não superior a 6 (seis) meses, desde que o réu não seja reincidente em crime doloso. Eis a dicção do §2º, do artigo 60, do Código Penal: “A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código”.

Como se observa, no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela de multa, há relativa graduação da reincidência na medida em que cria distinção entre o reincidente em crime culposo e o reincidente em crime doloso.

Outra consequência da reincidência está prevista no artigo 77, inciso I, do Código Penal. Para ter direito à suspensão condicional da pena, o condenado não pode ser reincidente em crime doloso.

Como observa Rogério Greco, se a reincidência for em crime culposo, ou ainda, contravenção, não haveria óbice à concessão do benefício:

Dois detalhes merecem destaque em virtude da redação legal. Primeiro, a prática de crime anterior; segundo, o crime anterior deve ter sido cometido dolosamente. Assim, se o agente tiver cometido anteriormente uma contravenção penal, tal fato não impedirá a concessão do benefício.

Se, contudo, tiver praticado um crime, este somente impossibilitará a concessão do sursis se houver sido cometido dolosamente, ou seja, a condenação anterior por crime culposo não impede a aplicação da suspensão condicional da pena. (GRECO, 2017, p. 792-793)

Outro efeito da reincidência, com consequências severas ao acusado, está na fixação do regime inicial de cumprimento de pena. De acordo com o artigo 33, § 2.º, “b” e “c”, do Código Penal, a existência de reincidência pode impedir ao condenado o início do cumprimento da pena nos regimes semiaberto e aberto.

Para melhor entender, transcreve-se:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [...]

- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Como se observa, embora no texto legal não haja taxatividade quanto aos efeitos da reincidência no agravamento do regime inicial de cumprimento de pena, as disposições da alínea “b” e “c” concluem que a reincidência “poderá” agravar o início do regime prisional.

Em sentido contrário, a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça trouxe disciplinamento ao tema, cujo texto, por via lógica, conclui que o reincidente terá o regime prisional agravado.

Nesse contexto, Cleber Masson explica que para o reincidente a regra é o início da pena em regime fechado:

O reincidente inicia o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, independentemente da quantidade da pena aplicada. Para amenizar essa regra o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 269: “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”. (MASSON, 2017, p. 641).

Não difere a posição defendida por Guilherme de Souza Nucci:

[...] a regra estabelecida pelo Código Penal é de que o condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da sua pena sempre no regime fechado, pouco importando o montante da sua pena (ver alíneas b e c do § 2.º deste artigo). E tem sido posição majoritária na doutrina e na jurisprudência não poder o réu reincidente receber outro regime, mormente quando apenado com reclusão, que não seja o fechado. (NUCCI, 2017, p. 234).

Por outro lado, convém destacar que em recentes decisões, em casos de furto famélico em que o agente é reincidente, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela “paralização” da incidência do artigo 33, § 2º, do Código Penal, possibilitando a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena:

HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n.221.999/RS, estabeleceu a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio

da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, o aplicador do direito verificar que a medida é socialmente recomendável. 2. O paciente, reincidente em crime contra o patrimônio, estava em livramento condicional e respondia a outro processo por furto, quando subtraiu uma peça de carne de supermercado. Sua inclinação para a prática de atos da mesma tipologia impede o reconhecimento da atipicidade material da conduta, sob pena de fomentar a habitualidade criminosa.

3. Entretanto, de ofício, é possível abrandar o modo de cumprimento da pena com lastro em entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do HC n. 123.108/MG, de relatoria do Ministro Roberto Barroso. Deveras, apesar de ser socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância ao furto simples de coisa de diminuto valor, ante a contumácia do agente, a sanção privativa de liberdade deverá ser resgatada em regime inicial aberto, de modo a paralisar a incidência do art. 33, § 2º, “c”, do CP, em observância ao princípio da proporcionalidade.

4. Habeas corpus denegado. Ordem concedida de ofício para, ratificada a liminar, estabelecer o regime inicial aberto.

(HC 474.745/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 09/09/2019)

A decisão leva em consideração o princípio constitucional da proporcionalidade para o não agravamento do regime prisional, o que denota, no caso, certa graduação e relativização dos efeitos da reincidência. Outrossim, inobstante o entendimento sufragado, subsiste majoritariamente aos demais tipos penais em que o réu seja reincidente, a incidência do artigo 33, § 2º, do Código Penal.

Já no Livramento Condicional as consequências da reincidência consistem na elevação do tempo de cumprimento de pena exigido para a obtenção do benefício. Ainda, observa-se que ao reincidente específico em crime hediondo não seria possível a obtenção do benefício.

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

[...]

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes

dessa natureza.

Observa-se que nos crimes comuns há relativa graduação da reincidência, na medida em que, ao reincidente culposo e ao doloso, difere a quantidade de cumprimento de pena exigida para obtenção a livramento. Por outro lado, para o reincidente específico em crime hediondo, tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, os efeitos da reincidência são taxativos, sendo óbice ao benefício.

Ainda, tanto o benefício do livramento condicional (artigo 86, I, do Código Penal) quanto à suspensão condicional da pena (artigo 81, I, do Código Penal) podem ser revogados em caso de condenação irrecorrível em outro processo, que, eventualmente, será geradora de reincidência.

Outrossim, os efeitos da reincidência são taxativos quando se trata do instituto da Reabilitação. No caso, a teor do que preceitua o artigo 95 do Código Penal, “a reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.”.

A reincidência ainda tem efeitos que alcançam a prescrição. Respectivamente nos artigos 110, *caput*, e 117, VI, do Código Penal, observa-se que a reincidência provoca o aumento do prazo da prescrição executória em um terço, bem como é uma causa interruptiva do curso prescricional:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

[..]

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

[...]

VI - pela reincidência.

Guilherme de Souza Nucci ainda explica que a reincidência tem como consequência afastar o reconhecimento do furto privilegiado (art. 155, §2º, do Código Penal), pois a primariedade “é o primeiro requisito para o reconhecimento do furto privilegiado. A primariedade é um conceito negativo, ou seja, significa não ser reincidente.” (NUCCI, 2017, P. 558).

A mesma restrição é ainda aplicada às figuras típicas do estelionato privilegiado (art. 171, § 1.º, do Código Penal) e das apropriações privilegiadas (art. 170 do Código Penal).

Portanto, sem qualquer análise quanto ao tipo penal que tenha gerado a reincidência, a quantidade de pena ou se a reincidência é dolosa ou culposa, a reincidência simplesmente tem como consequência afastar a possibilidade de reconhecimento dessas figuras típicas privilegiadas, que, a rigor, permitiriam “[...] substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa” (§2º, do artigo 155, do Código Penal).

3. PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE:

O princípio da individualização da pena encontra explícita menção na Constituição da República de 1988, conquanto o artigo 5º, inciso XLVI, destaca: “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:[...]”.

Este princípio tem dupla feição de aplicabilidade, pois tem como destinatários tanto o legislador quanto o juiz. Em primeiro momento se apresenta como ordem de comando ao legislador para fixar balizas punitivas quanto a gravidade do delito em abstrato, em segundo, se destaca a função jurisdicional de individualizar a sanção a cada agente do fato em concreto.

Essa dupla face do conteúdo normativo do princípio da individualização da pena é destacada por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A individualização da pena inicia-se pela cominação, a cargo do legislador. De acordo com avaliação abstrata sobre a gravidade do delito, a lei comina as penas aplicáveis, os limites quantitativos de cada pena e o regime de cumprimento. Por exemplo, para o crime de violação de domicílio (art. 150 do CP), o legislador cominou duas penas, a serem aplicadas alternativamente – detenção ou multa. A pena de detenção pode variar de 1 a 3 meses, a de multa, de 10 a 360 dias-multa.

O segundo momento da individualização ocorre na aplicação da pena, a cargo do juiz da ação penal. Após concluir pela condenação, o juiz individualiza as sanções de cada condenado, estabelecendo (i) as penas aplicáveis, dentre as cominadas; (ii) a quantidade de pena aplicável; (iii) o regime inicial de cumprimento da pena; e (iv) a substituição da pena privativa de liberdade por outra, se cabível. No exemplo da violação de domicílio, o juiz aplicaria a pena mais branda, de dez dias-multa, se não reconhecesse nenhuma circunstância desfavorável. Conforme verificasse circunstâncias que demonstrem uma culpabilidade mais elevada, fugiria desse mínimo, podendo tornar mais grave o tipo e a quantidade da pena. Se todas as circunstâncias fossem desfavoráveis, poderia chegar ao máximo de três meses de detenção. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 453).

Consequência desta dupla face é que ao Poder Legislativo compete a obrigação, em respeito à disposição do princípio da individualização da pena, de estabelecer parâmetros punitivos na lei que cria o crime suficientemente passíveis de individualização em concreto pelo Poder Judiciário. Isto é, para a adequada conformação com este princípio, não deve ocorrer padronização punitiva tanto em abstrato quanto em concreto.

Sobre a impossibilidade de padronização relata Guilherme de Souza Nucci:

Significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada o que lhe é devido. (NUCCI, 2007, p. 69)

O princípio da individualização da pena torna possível a aplicação de sanções distintas para agentes de um mesmo delito, conquanto a dosimetria da pena passa a analisar a condição individual de cada autor do fato, a sua culpabilidade e participação do evento criminoso, bem como a sua condição pessoal.

No que concerne ao princípio da proporcionalidade, não se tem expressa previsão no texto constitucional, tanto quanto a sua admissão em nossa ordem jurídica quanto ao seu conteúdo normativo. No entanto, é amplamente admitido e aplicado pela jurisprudência pátria, tratando-se de princípio constitucional implícito.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo relatam que “embora sejam implícitos, em diversos julgados, tem apontado como sede material expressa desses princípios o postulado do devido processo legal” (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 206).

Assentada a sua admissão no atual sistema constitucional, cabe destacar seu conteúdo normativo, o qual traz a análise da adequação e necessidade entre meios e fins da atividade estatal, como relata Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa. (2017, p. 201).

Sobre o conteúdo do princípio da proporcionalidade, convém observar a explicação Fernanda Marinela:

O princípio da proporcionalidade exige equilíbrio entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar, segundo padrões comuns da sociedade em que se vive, analisando sempre cada caso concreto. A atuação proporcional da autoridade pública exige também uma relação equilibrada entre o sacrifício imposto ao interesse de alguns e a vantagem geral obtida, de modo a não tornar a prestação excessivamente onerosa para uma parte. Por fim, o foco está nas medidas tomadas pelo Poder Público, não podendo o agente público tomar providências mais intensas e mais extensas do que as requeridas para os casos concretos, sob pena de invalidação, por violar a finalidade legal e, conseqüentemente, para a própria lei. (MARINELA, 2016, p. 111-112).

O princípio da proporcionalidade, com especial relevo no que pertine a atuação sancionatória do Estado, também tem substanciando decisões judiciais, para afastar determinados efeitos da reincidência.

Nesse sentido, a ementa do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça demonstra que, com arrimo no princípio da proporcionalidade, afastou-se a regra geral e obrigatória de imposição de regime inicial fechado ao multirreincidente:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. REGIME INICIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERÂNCIA DELITIVA. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada, o que não ocorreu no caso sob exame, o que atrai a aplicação da Súmula 182/STJ, segundo a qual é inviável o agravo que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada.

II - O Supremo Tribunal Federal, em julgado recente, “rememorou que o Plenário, ao reconhecer a possibilidade de afastamento do princípio da insignificância ante a reincidência, aquiesceu não haver impedimento para a fixação do regime aberto na hipótese de aplicação do referido princípio. Ressaltou que, no caso concreto, houve até mesmo a pronta recuperação da mercadoria furtada” (HC n. 135.164/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 06/08/2019).

III - Nesta Corte de Justiça firmou-se o entendimento no sentido de que, embora a inexpressividade da lesão não autorize a incidência do princípio da insignificância, em virtude dos antecedentes e da reincidência do autor, é possível que autorize a fixação de regime mais brando, excepcionando o

disposto no art. 33 do Código Penal, em homenagem ao princípio da proporcionalidade (AREsp n. 1.503.701, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 19/06/2019).

IV - No presente caso, trata-se de furto qualificado de 04 (três) maços de cigarro e 01 (um) isqueiro, avaliados em R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), contudo, as instâncias ordinárias deixaram de reconhecer a atipicidade da conduta, haja vista a extensa folha de antecedentes criminais e a multirreincidência do acusado, o que indica habitualidade criminosa. Concluiu-se, assim, que embora a inexpressividade da lesão não autorize a incidência do princípio da insignificância, é possível a fixação de regime mais brando.

Agravo regimental não conhecido, entretanto, concedido, habeas corpus, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para desconto da reprimenda.

(AgRg no AREsp 1574484/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPONSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019)

Como se vê, o conteúdo dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade em âmbito judicial tem por escopo a análise das circunstâncias do caso concreto, com o viés de evitar uma padronização de pena ao acusado, inclusive com o condão de flexibilizar os próprios efeitos da reincidência, taxativos e rígidos no Código Penal.

CONCLUSÃO

Em análise às diversas consequências da reincidência ao condenado, previstas no Código Penal, observou-se que, em grande maioria, não sofrem qualquer relativização ou graduação, bastando ao réu ser reincidente para sujeitar-se ao agravamento de sua pena ou impossibilidade de concessão de determinados benefícios legais.

Ao que chamaremos de relativa graduação, observa-se alguma individualização dos efeitos da reincidência nos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como na concessão e revogação dos benefícios da suspensão condicional da pena e livramento condicional. Nesses institutos, em especial, há efeitos distintos ao reincidente em crime doloso e aquele reincidente em crime culposos, embora em nada importem as circunstâncias e peculiaridades que fizeram do agente reincidente.

Em nosso sentir, os institutos penais coligados à reincidência, ao não levarem em consideração circunstâncias como o tipo penal que a gerou, a qualidade

da pena (reclusão ou detenção), a intenção do agente (doloso ou culposo) ou a quantidade de pena do crime anterior, deixam de graduar os efeitos da reincidência, conferindo-lhes taxatividade. Um efeito rígido que contraria os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Imagine-se, por exemplo, o julgamento de dois condenados pelo crime de furto simples, com circunstâncias e particularidades similares. Porém, um deles é reincidente em crime doloso, pela prática do crime de lesão corporal. Enquanto o outro, também reincidente em crime doloso, mas hediondo. Ainda que os tipos penais atualmente em julgamento sejam idênticos, o fato dos agentes serem reincidentes em crimes tão distantes levará à aplicação dos mesmos efeitos da reincidência. Se para um haverá o agravamento da quantidade de pena, para o outro, igualmente. Ainda, se para um haverá o agravamento no regime inicial de cumprimento de pena e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também para o outro.

O exemplo nos faz refletir sobre a necessidade de graduação da reincidência, sob pena de tornar qualquer reincidência dolosa idêntica a outra, mesmo que os fatos e circunstâncias que a ensejaram sejam absolutamente diferentes.

Por outro lado, inobstante no presente artigo a análise de algumas decisões judiciais tenha demonstrado que os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade têm ampla aplicação no direito penal, e, nos casos concretos, ainda que sirvam para afastar determinados efeitos da reincidência, estão longe de conferir à graduação da reincidência uma necessidade indissociável para a individualização e proporcionalidade da pena.

Em outras palavras, parece-nos que os efeitos da reincidência são, em casos excepcionais, relativizados, afastados ou paralisados pelo judiciário, mas não tem como premissa ou motivação a graduação da reincidência.

Assim, é possível afirmar que a ausência de graduação ou relativa graduação da reincidência deixa de conferir ao agente uma análise individualizada e proporcional na aplicação de sua pena, sujeitando-o indistintamente às consequências da reincidência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que institui o Código Penal.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal.** 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral vol. 1 / Cleber Masson.** – 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado / Guilherme de Souza Nucci.** – 17ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STJ. AgRg no AREsp 1574484/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019). Disponível em www.stj.jus.br. Acessado em 29/11/2019.

STJ. HC 474.745/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 09/09/2019. Disponível em www.stj.jus.br. Acessado em 20/09/2019.

STJ. HC 460.831/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018. Disponível em www.stj.jus.br. Acessado em 21/11/2019.

STJ. REsp 1672654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018. Disponível em www.stj.jus.br. Acessado em 20/09/2019.

STJ. AgRg no HC 312.955/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017. Disponível em www.stj.jus.br. Acessado em 20/09/2019.

STF. RE 453000, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 22/11/2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructura basica del derecho penal.** 1. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Volume 1: Parte Geral. 9. ed. rev. e atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CRIMES CIBERNÉTICOS: AS INVASÕES DE PRIVACIDADE MEDIANTE OS NOVOS MEIOS TECNOLÓGICOS¹

Guilherme José Meloto²

Anna Beatriz Soares³

Raphael Rios Chaia⁴

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo tratar dos fatos ilícitos ocorridos mediante a utilização dos novos meios tecnológicos, nesse trataremos das invasões de privacidade, mais especificadamente dos novos aplicativos que surgem e as plataformas utilizadas socialmente no ambiente virtual, nos quais diversos atos de ilicitude como clonagem e espionagem das redes sociais, bem como localizações pessoais vêm ocorrendo e a sociedade se quer fica ciente desses atos. Para tanto, se faz necessário entender o âmbito em que se inserem essas novas modalidades, ou seja, o ambiente virtual, o qual será sanado pelo presente projeto. Vale ressaltar, ainda, com intuito de combater a criminalidade e impunidade dos delitos no ambiente virtual, surgiu a Lei dos Crimes Cibernéticos, conhecida nacionalmente como “Lei Carolina Dieckmann”, n. 12.737/2012.

Palavras-chave: 1 Crimes cibernéticos. 2 Direito de informática. 3 História da Internet. 4 Direito a privacidade

Abstract: The present work aims to address the illicit facts that

-
- 1 O intuito da escolha do tema decorre das diversas injuridicidades que ocorrem no país e pouco são relatadas e aprofundadas, de forma que a população esteja ciente das ilicitudes que ocorrem e que a maioria está desatenta.
 - 2 Acadêmico do 4º semestre do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. Gui_Meloto@hotmail.com.
 - 3 Acadêmica do 4º semestre do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. Annabia.soares@gmail.com
 - 4 Mestre em Desenvolvimento Local - UCDB. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB (2014). Especialista em Direito Ambiental com Ênfase em Regularização Ambiental e Licenciamento pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB (2011). Graduada em Direito pela Universidade Anhanguera Uniderp (2006). Advogada. Professora da UCDB do Curso de Direito, Ciências Contábeis, UCDB Virtual e do Portal da Educação. Membro do grupo de pesquisa Desenvolvimento, Meio-Ambiente e Sustentabilidade, cadastrado no CNPQ.

occurred through the use of new technological means, in this we will address the invasions of privacy, more specifically the new applications that emerge and the platforms used socially in the virtual environment, in which various acts of illicit as cloning and espionage of social networks, as well as personal locations have been occurring and society itself becomes aware of these acts. Therefore, it is necessary to understand the scope in which these new modalities are inserted, that is, the virtual environment, which will be remedied by the present project. It is also noteworthy, with the intent to combat criminality and impunity of crimes in the virtual environment, came the Cyber Crime Law, known nationally as “Carolina Dieckmann Law”, n. 12,737 / 2012.

Keywords: 1 Cyber Crimes. 2 Computer law. 3 History of the Internet . 4 Right of privacy

1 INTRODUÇÃO

A gênese da internet dá-se através da Guerra Fria em que URSS e EUA exerciam enorme controle e influencia no mundo, divididos em ideologias e políticas antagonicas. Devido ao fato de os norte-americanos estarem em posse de informações sigilosas idealizou-se um método de troca e compartilhamento de dados, ou seja, caso sofressem algum ataque das nações opostas seus arquivos e informações não seriam corrompidos e ao menos perdidos.

No Brasil, os primeiros resquícios da internet surgiram a partir do ano de 1988, no qual as universidades interligavam-se as instituições dos Estados Unidos. Entretanto, apenas em 1997 deu-se o aumento da utilização da mesma, através de investimentos de infraestrutura possibilitando melhores acessos as redes de comunicações.

O agravante avanço da tecnologia sem dúvidas transcendeu novos meios de aprimoramentos nas diversas áreas do país, que trouxeram grandes vantagens. No âmbito jurídico, a utilização da internet foi muito vantajosa pela rapidez e eficácia produzida. Consequentemente esta modernização abrangeu-se sobre o Direito, em especial ao Direito Penal. Ademais, sobre o mesmo, novo entornos criminológicos e práticas delituosas tiveram sua gênese através da utilização da internet.

Devido aos fatos, deu-se ênfase ao surgimento da Lei 12.737/2012, Lei

dos Crimes Cibernéticos, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”. Todavia, porém, os meios tecnológicos vêm para propiciar novos ramos nos meios sociais, através dos diversos aplicativos, como exemplo: as redes sociais, aplicativos bancários, dentre outros; juntamente a isso, dar-se-ão origens a novos meios de atos antijurídicos e maneiras de corrupções e estelionatos.

2 HISTÓRICO DA INTERNET

É percebido que a internet se encontra diante de uma nova realidade, em constante aprimoramento e evolução, em que muitos trabalham com intuito de formularem novos sistemas e projetos, porém, poucos conhecem qual a história e como foi dada sua origem.

Os primeiros resquícios da internet dão-se devido a reação do governo norte-americano ao projeto nuclear da antiga União das Republicas Socialistas Soviéticas (URSS), Projeto Sputnik, chefiadas pela Rússia, durante a Guerra Fria em 1957. O nascimento da mesma está diretamente ligado aos peritos militares dos Estados Unidos, no qual desenvolveram e deram criação a ARPA, Advanced Research Project Agency ou Agência de Investigação de Projetos Avançados. A Força Armada dos Estados Unidos, segundo Turner e Muñoz (2002, p. 27) “encomendou um estudo para avaliar como suas linhas de comunicação poderiam ser estruturadas de forma que permanecessem intactas ou pudessem ser recuperadas em caso de um ataque nuclear”.

Suas principais ideias eram formular redes de compartilhamento e armazenamento, diferentemente das linhas telefônicas que os próprios possuíam, capazes que resistirem principalmente a ataques nucleares, afim de que as informações que possuíssem não fossem perdidas ou destruídas com possíveis ataques soviéticos.

Para satisfazer essas ideias, os dados eram divididos em pacotes, que seriam enviados instantaneamente para uma das diversas linhas que estivessem disponíveis, com essa divisão, os pacotes poderiam seguir caminhos diversos e distintos, sendo ponto comum, o destino.

2.2 DIREITOS VINCULADOS A INTERNET

Decorrente do grande aprimoramento e desenvolvimento da tecnologia e dos sistemas informáticos deu-se um novo ramo no Direito, o Direito da Informática. Conforme defendeu o pesquisador, Marcio Morena Pinto.

As disciplinas jurídicas complementares são inumeráveis, sendo tantas quantas forem as possibilidades de outras ciências trazerem as suas contribuições ao estudo do direito.

Em consonância a essa linha de raciocínio, resgatamos o tema do desenvolvimento tecnológico das redes digitais e da sociedade de informação, inserindo-os mais propriamente no universo disciplinar da Informática Jurídica – “uma espécie de matriz originária do atual direito da Internet”, a fim de propugnar no sentido de elevar as relações entre o Direito e a Informática - de maneira particular as relações entre Direito e Internet -, a um patamar de disciplina auxiliar ou complementar às disciplinas fundamentais⁵.

Segundo o mesmo autor nessa linha de pensamento, afirma que o Direito nessa situação se divide em dois sub-ramos, sendo eles a informática jurídica e o direito de informática. O primeiro sendo utilizada como ferramenta e instrumento, possibilitando maior eficiência e eficácia no ofício, por todos os operadores jurídicos; já o segundo vem para regular a vida em sociedade, para normatizar as mudanças ocorridas perante os novos meios, a fim de situar uma sociedade sadia e justa.

As diferenças começam no que se refere ao objeto de cada disciplina. A informática jurídica tem como objeto o direito. O direito da informática tem como objeto a informática, entendendo-a *lato sensu*, ou seja, no âmbito das consequências decorrentes de sua utilização pelo homem⁶.

A implementação de uma área nova, é uma tarefa árdua, vários doutrinadores repudiam as ideias de criações de novos ramos dentro do direito. Além disso, acrescenta o mesmo pensamento, o jurista Fábio Konder Comparato, alegando que “a tradição misoneísta dos nossos jurisconsultos continua a condenar às trevas exteriores toda e qualquer manifestação jurídica que não se enquadre no seu sistema”⁷.

Diante dessa grandiosa evolução, não se excluem também às inovações de ilicitudes, as quais entremeiam os meios tecnológicos. Consequentemente deram-se força as fraudes, pelo fato de que as mesmas foram facilitadas, como exemplo, um infame que realiza a prática de roubo, através da internet, poderá facilmente invadir informações pessoais e clonar essas, dificilmente sendo en-

5 PINTO, Marcio Morena. **O Direito da internet: o nascimento de um novo ramo jurídico**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2245>>. Acesso em: 09 agosto 2019.

6 PINTO, Marcio Morena. **O Direito da internet: o nascimento de um novo ramo jurídico**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2245>>. Acesso em: 09 maio 2019.

7 Em **O Indispensável Direito Econômico**, originalmente publicado na RT 353/14, e posteriormente republicado em **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**, Forense, Rio, 1978, pp. 453 e ss.

contrado por tais práticas. Como também, o mesmo poderá praticar condutas antijurídicas de território brasileiro afetando outros países e continentes.

Os crimes digitais são um fenômeno mundial e se alastram rapidamente. Não obstante a isso, o Direito Penal parece não estar conseguindo acompanhar o ritmo da tecnologia, deixando muitas vezes os criminosos digitais impunes. [...] No Brasil, a questão dos crimes virtuais somente em 1999 começou a receber destaque dos meios de comunicação e a preocupar seriamente as autoridades de nosso país. O dia 18 de junho de 1999 é um marco na história brasileira dos crimes pela Internet. Isso porque, na manhã desse dia, a página oficial do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br) foi invadida por hackers que trocaram a tradicional página de abertura por um texto de protesto contra o presidente da república, o Plano Real e o Fundo Monetário Nacional. Mas a ousadia dos hackers não parou por aí. Neste mesmo dia a página oficial do Palácio do Planalto (www.planalto.gov.br) também foi invadida. O ataque dos hackers foi batizado de cyber ativismo e inaugurou uma nova era nos crimes por computadores no Brasil⁸.

Entretanto, com o grave aumento da criminalidade nessa área e os debates surgidos, deu-se origem a Lei 12.737/2012. Hodiernamente a mesma está inserida no diploma penal, com intuito de combater as práticas ilícitas considerando-as como crimes, e os que às praticarem, arcarem com sanções definidas pelo mesmo diploma.

Assim sendo, os crimes praticados mediante a internet, ferem a dignidade humana, indo contra as integridades morais, e diante a isso devem ser sancionadas perante as especificações penais, como aponta Uchôa, “para ser legítima a tutela penal, é necessário que o bem seja “digno” dessa proteção, e que sua lesão ou ameaça efetivamente mereça uma sanção penal”⁹.

Posto isso, doutrinadores especializados na área deram entendimento de que há bens jurídicos tutelados no Direito Penal que são violados na consumação de práticas delituosas na internet, a qual é usada como um instrumento do crime. No caso, a mesma é utilizada para a realização de um ato já previsto no Código Penal. Argumentado pelo doutrinador Luiz Flavio Gomes.

Os crimes informáticos dividem-se em crimes contra os computadores e crimes por meio do computador, em que este serve de instrumento para atingimento da meta optata. O uso indevido do computador ou de um sistema informático (em si um fato “tipificável”) servirá de meio para a consumação do crime-fim. O crime

8 VIANNA, Túlio Lima. **Do delito de dano e de sua aplicação ao Direito Penal informático**. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/6027-6019-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2019.

9 BRITO, Auriney Uchôa de. **O bem jurídico-penal dos delitos informáticos**. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 199, p. 14-15, junho 2009.

de fraude eletrônica de cartões de crédito serve de exemplo¹⁰.

Com base nos acontecimentos, as autoridades legislativas mobilizaram-se e, desse modo, nasceu a Lei 12.737/2012. O único dispositivo criado que tipifica determinada conduta como crime é o Art. 154-A, no qual trata da “invasão de dispositivo informático”. Entende que se pratica esse crime, o agente que comete a seguinte conduta:

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.

O crime relatado possui duas finalidades não cumulativas. A primeira é a conduta de invadir dispositivo informático, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações; já a segunda descreve sobre invadir dispositivo informático para instalação de vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

3 DIREITO À PRIVACIDADE

É indiscutível o valor da existência do direito à privacidade, que foi adquirido de forma fundamental através de longos períodos marcantes da história, como a constituição francesa de 1791 título III, capítulo V, artigo 17: “As calúnias e injúrias, contra quaisquer pessoas, relativas a ações de sua vida privada, serão punidas”.

Assim, surgindo as primeiras medidas legais sobre a privacidade e medidas punitivas para ações de quem não cumpri-la, outro momento significativo na história foi no período do direito romano, que surgiu para proteger a honra, remodelando ou até mesmo encerrando direitos civis da época, sobretudo o estado de dignidade ileso que era aprovada por via costumeira, com uma grande recorrência de casos contra a honra e o crescimento da injúria o interesse público que foi essencial para essa mudança no direito romano que introduziu a proteção da honra no seu direito e combate a injúria, que antes das medidas em força de lei, não se quer existiu tal proteção ou menção ao direito à privacidade na época.

No Brasil o direito à privacidade é previsto constitucionalmente em seu artigo 5º, inciso X- “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de

10 GOMES, Luiz Flávio, *Atualidades criminais* (1), in <www.direitocriminal.com.br>, 20.05.2001.

sua violação”. Mas com os avanços tecnológicos e a atualização do significado de comunicação, esse direito é diariamente violado e vem tomando proporções significativas na sociedade.

Direito este que vem sendo quebrado diversas e inúmeras vezes por contratos de adesão em sites e aplicativos, e em grande parte das vezes isso ocorre de maneira imperceptível a quem adere aos serviços de uma plataforma digital.

Tornando-se uma característica comum na sociedade contemporânea, troca de dados sobre usuários, entre empresas, bancos, financeiras, repartições públicas e redes sociais, de forma mais intensa poderá ocorrer a venda de dados pessoais em fóruns do mercado negro da internet, desafiando juristas e a lei para se adequar-se e melhorar a proteção do direito na era digital.

Além disso, seu enquadramento com um direito da personalidade e, principalmente, como direito fundamental, revela também a necessidade de seu tratamento cuidadoso e adequado às questões da sociedade contemporânea. Trata-se de tema essencial para o direito privado moderno, além de não poder ser ignorado por políticas legislativas e públicas.

A privacidade é o direito que a pessoa tem a um autocontrole de suas informações, de trabalho, família, segredos, pensamentos e entre outros, este tem a subjetividade de decidir quando, onde, para quem e meios que poderão ser utilizado para transmitir a informação, a forma pode ser única ou múltiplas, utilizando comunicação verbal, visual, sinalização ou código, com manuseio de redes sociais é a mais comum já que a principal característica dele é a comunicação.

3.1 CRIMES DE INVASÃO DE PRIVACIDADE VIRTUAIS

A privacidade de longe é um dos bens mais valiosos que os seres humanos possuem no mundo onde tudo é exposto. A febre das mídias sociais colocou em evidência até onde a vida deve ser mostrada da sua forma mais genuína, simples e pura. Uma frase escrita no twitter, uma foto postada no instagram, um post feito no facebook dão livre acesso a informações que nos descreve e até mesmo nos define. Surge então um novo ramo no direito, o direito a privacidade.

Assim, podemos afirmar que a proteção da privacidade não é proveniente do interesse individual de cada um, mas de um interesse social em protegê-la. A forma como tratamos o direito à privacidade molda a sociedade. Devemos entender que o direito à privacidade, além de direito do indivíduo, é um elemento do corpo social. (Vidal, 2010)

O direito á privacidade e sua importância em protegê-lo transcende a esfe-

ra pessoal, pois nunca sabemos quando seremos vítimas de um crime cibernético ou não.

3.2 A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE DIREITO A PRIVACIDADE

Com a propagação em massa da internet surgiram os crimes virtuais, os quais em sua grande maioria violam o direito de privacidade, como o caso da atriz Carolina Dickman que teve algumas fotos íntimas vazadas. O judiciário brasileiro, portanto teve que se adequar a uma nova realidade, e acrescentou-se, portanto o artigo 11 no Marco Civil da Internet:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os **direitos à privacidade**, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Criar estruturas que garantam nossa privacidade, mas que também façam a proteção dos crimes digitais é o desafio da nossa geração. Ao mesmo tempo em que queremos saber da vida de todos, não queremos que todos saibam da nossa vida. Marcel Leonardi elenca três principais problemas relativos à privacidade *online*: a privacidade do usuário durante sua navegação pela rede mundial, o respeito à privacidade de terceiros e a obtenção de tutela efetiva, dificultada pelas características da internet.

Na França, a Assembleia Nacional Francesa e o Senado aprovaram uma lei chamada LOPPSI II (Lei de Orientação e Programação para a Segurança Interior). O projeto de lei inclui varias propostas entre elas, o combate à pornografia infantil, a pedofilia e a criminalização do roubo de identidades online. No mesmo passo, a Rússia aprovou uma lei que permite ao governo retirar do ar web sites que seja considerada ofensiva, a chamada “Lei da Informação”.

3.3 CRIMES VIRTUAIS

Os crimes cibernéticos se popularizaram quando a atriz Carolina Dickman teve 36 fotos íntimas roubadas após uma invasão no seu e-mail pessoal. O hacker em contrapartida exigiu 10 mil reais para atriz com a promessa de não publicar as fotos. Carolina fez uma denúncia a polícia na busca de solucionar seu problema. Antes do caso deste caso, muitas vítimas

já tinham prestação denúncias e depoimentos sobre crimes parecidos nos entanto, o dispositivo legal apenas veio Com a pressão e comoção nacional, a lei 12.737/2012 logo foi votada no congresso nacional e sancionada pela então presidente Dilma Roussef em 30 de novembro de 2012. A lei Carolina Dickman não é a única que versa sobre direitos de privacidade no âmbito virtual, o Marco Civil de 2014 discorre sobre os provedores de internet armazenarem por um período de 6 meses as informações coletadas e o poder judiciário só poderá requerer tais informações após esse período determinado. Prática está que protege a sociedade em geral mas também aquela que ferem a privacidade de terceiros.

Em outro âmbito que vemos frequentemente a quebra de privacidade ser mais frequente nas investigações policias na busca de resolver crimes virtuais é nas transações de criptomoedas. Quando nos referimos a transações de bitcoins, a privacidade se mantém através das carteiras digitais. Desse modo o usuário pode acompanhar transações entre a carteira A e a carteira B, mas não sabe a quem pertence essas carteiras, no entanto, isso não é o suficiente para dar anonimidade. É comum entre os usuários de criptomoedas ter a impressão de que utilizam uma moeda completamente anônima. E, portanto, isso seria um atrativo para pessoas que precisam de anonimidade ou que se preocupam com a sua privacidade.

Com o advento e a popularização das transações em moedas digitais, surgiu-se então uma nova maneira de se fazer lavagem de dinheiro, onde transformam o dinheiro ilícito em moeda legal. A promessa desse tipo de serviço é que dinheiro pode ser reinjetado em novas transações legais sem qualquer suspeita de sua origem. Mas nem sempre essa estratégia da certo.

De acordo com a Softpedia (2015), o caso Silk Road tratou-se de uma investigação de lavagem de dinheiro via bitcoins que envolveu dois agentes federais que atuavam na operação do mercado negro Silk Road em 2012/2013. Na época, esses dois agentes usaram personagens fictícios, não autorizados oficialmente, para repassar informações sobre a investigação para o próprio dono do site. Essas informações privilegiadas eram pagas por meio de bitcoins, totalizando cerca de US\$ 1,5 milhão. O ex-agente iniciou o processo de lavagem de bitcoins transferindo os valores para uma conta no Panamá e para a corretora japonesa de bitcoins Mt. Gox. Os investigadores descobriram que, entre 6 de março e 7 de maio de 2013, que uma nova empresa recebeu fundos exclusivamente do Mt. Gox, provavelmente por

meio de atividade ilegais. O caso culminou na prisão dos dois agentes da polícia americana em abril de 2015.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inquestionável que o avanço tecnológico revolucionou a sociedade e consequentemente a área jurídica para que possa solucionar os possíveis problemas advindos dessa nova maneira de comunicação. Os crimes cibernéticos ganharam uma nova forma e coube ao poder judiciário criar leis capazes de defender os direitos daqueles que são vítimas de crimes cibernéticos. O ordenamento jurídico por meio da Lei 12.737/2012 traz tificado quatro novos crimes ao código penal, no entanto sofre críticas até hoje. Muitos juristas fazem apontamentos sobre como os dispositivos legais são amplos, passíveis de interpretações subjetivas tornando-a pouco inibidora e tendo seus efeitos muita das vezes ineficazes e até mesmo injustos. No entanto, pode-se concluir que o Brasil não necessita de novas leis, mas sim que as leis já existentes sejam aplicadas integralmente.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rita. **Entenda o que é bitcoin**. Jornal Exame. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/mercados/entenda-o-que-e-bitcoin>> Acesso em: 09 agosto 2019.

BITCOIN. **Valor do bitcoin hoje**. Disponível em <<https://dolarhoje.com/bitcoin-hoje/>> Acesso em: 11 agosto 2019.

BRASIL. **LEI 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. **Uma história social da mídia**: de Gutenberg à Internet. Tradução: DIAS, Maria Carmelita Pádua. Revisão técnica: VAZ, Paulo. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

BRITO, Auriney Uchôa de. **O bem jurídico-penal dos delitos informáticos**. Boletim Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 199, junho/2009, p14-15.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Marcio Morena. **O Direito da internet**: o nascimento de um novo ramo jurídico. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2245>>. Acesso em: 09 agosto 2019.

PONTES, Evandro. **Projeto de lei criminaliza atividades relacionadas a criptomoedas**. Boletim de notícias Conjur: Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-19/opiniaop-l-criminaliza-atividades-relacionadas-criptomoedas>> Acesso em: 23 maio 2018.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Info Direito & Outros**. Artigo: O bem jurídico-penal dos delitos informáticos. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com.br/2009/06/artigo-o-bem-juridico-penal-dos-delitos.html>>. Acesso em: 09 agosto 2019.

SHIMABUKURO, Adriana. **As investigações na era das moedas digitais**. 2018. Acesso em: 09 de agosto de 2019

VIANNA, Túlio Lima. **Do delito de dano e de sua aplicação ao Direito Penal informático**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/6027-6019-1-PB.pdf>>. Acesso em: 07 agosto 2019.

MEDO E DIREITO PENAL: A REAÇÃO DEFENSIVA AO TERRORISMO NO BRASIL

Guilherme Machado Siqueira¹

RESUMO: O presente trabalho integra os estudos desenvolvidos no grupo de pesquisa “Criminalização, Direito e Sociedade”, da Universidade La Salle, e possui como objetivo principal o estudo do contexto sócio-jurídico crítico acerca da ameaça terrorista no Brasil, no caso da operação Hashtag. Este estudo possui três objetivos específicos, que são: compreender a relação entre medo e Direito Penal; estudar a política global antiterrorismo pós-onze de setembro; e analisar o contexto sócio-jurídico da operação Hashtag. O problema de pesquisa se concentra na compreensão do imaginário jurídico local sobre o terrorismo e possui como hipótese o uso do medo, enquanto reprodução de uma concepção global e assimilação da política norte-hegemônica de guerra ao terrorismo. Este trabalho apresenta análises preliminares sobre o terrorismo local no fenômeno da globalização e o uso político do medo no Direito Penal como reação antiterrorista.

PALAVRAS-CHAVE: medo, terrorismo, política antiterrorismo.

ABSTRACT: The present paper integrates the studies developed in the research group “Criminalization, Law and Society”, of La Salle University, and its main objective is the study of the critical socio-legal context about the terrorist threat in Brazil, in the case of the Hashtag operation. This study has three specific objectives, which are: to understand the relationship between fear and criminal law; study global anti-terrorism policy after 9/11; and analyze the socio-legal context of the Hashtag operation. The research problem focuses on understanding the local legal imagery about terrorism and hypothesizes the use of fear as a reproduction of a global conception and assimilation of the north-hegemonic policy of war on terrorism.

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle. (Canoas-RS). Bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (Canoas-RS). E-mail: guilherme.201910306@unilasalle.edu.br

This paper presents preliminary analyzes of local terrorism in the phenomenon of globalization and the political use of fear in criminal law as an anti-terrorist reaction

KEYWORDS: fear, terrorism, anti-terrorism policy.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz parte dos estudos desenvolvidos para a dissertação intitulada, provisoriamente, como “Terrorismo e Direito: um estudo crítico sobre o Caso *Hashtag*”, que, além de estar em desenvolvimento no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade La Salle, integra os estudos reflexivos produzidos no grupo de pesquisa “Criminalização, Direito e Sociedade”, da mesma instituição de ensino. O estudo possui como objetivo geral analisar o contexto sócio-jurídico acerca da ameaça terrorista no Brasil, no caso da primeira aplicação da legislação brasileira antiterrorismo despontada com a Operação *Hashtag* (2016). Os objetivos específicos da pesquisa consistem em compreender a relação entre medo e Direito Penal, estudar a política global antiterrorismo pós-onze de setembro e analisar o contexto sócio-jurídico da operação *Hashtag*. Neste artigo, considerando que os estudos desenvolvidos até o momento são preliminares, serão apontadas as primeiras revisões bibliográficas críticas sobre como o terrorismo se manifesta no cenário global e o uso do medo para a expansão da legislação penal antiterrorismo.

O caso brasileiro de terrorismo foi deflagrado no período das olimpíadas Rio-2016. Para receber este evento, o país do sul-global produziu uma legislação antiterrorismo (Lei 13.260/16), justificada no Projeto de Lei do Senado nº 2016/2015 como atendimento ao mandado de criminalização constitucional, tratados internacionais e exigências do GAFI (Grupo de Ação Financeira). Neste cenário pré-evento, a imprensa nacional passou a destacar os riscos de um atentado terrorista islâmico, por tratar-se de um evento de visibilidade internacional. Ademais, em diversos meios midiáticos, o aparelhamento de segurança pública coordenado pelo então Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, passou a ganhar atenção especial. A operação policial, deflagrada às vésperas do evento internacional, contou com a cooperação inicial da polícia federal estadunidense (FBI), que identificou, pelo *facebook*, os suspeitos de terrorismo. Assim, tendo como base probatória o compartilhamento de vídeos em plataformas de interação no ciberespaço e conversas aleatórias, em que os suspeitos planejavam atentados, os réus foram condenados por promoção de organização terrorista e atos preparató-

rios- condutas tipificadas na Lei 13.260/16 (artigos 3º e 5º).

Diante disso, a problemática que se coloca neste caso é a construção discursiva que motivou a fundamentação condenatória- enquanto argumento de reação penal preventiva em nome da segurança nacional- posto que houve uma construção retórica acerca da periculosidade dos agentes como terroristas islâmicos. Neste sentido, tem-se como hipótese principal a construção de um ‘inimigo global’ influenciado pela guerra ao terror pós-11 de setembro.

2 O DISCURSO DO MEDO PÓS 11 DE SETEMBRO DE 2001

O terrorismo possui como elemento basilar o medo, haja vista sua característica histórica de almejar uma mudança política por meio de violência física e psíquica. O sentimento que caracteriza tão fortemente o fenômeno, refere-se à possibilidade de reiteração dos atos, ou seja, uma ameaça constante que alcança ampla comunicação global, evidenciando a marca de que determinado ato poderá ocorrer e atingir qualquer pessoa a qualquer momento (CALLEGARI, 2016).

Os atentados terroristas contra o *World Trade Center* e o Pentágono nos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, convidaram o mundo a assistir uma forma de violência que marcou o curso da história ocidental e desafiou a superioridade estadunidense, inaugurando o espetáculo midiático de ataques em grande escala e a entrada do sentimento de medo gerado pelo terror do próprio fenômeno.

A ação do grupo extremista islâmico, naquela manhã de terça-feira, despertou uma nova atenção da comunidade internacional, uma vez que desconhecidas as raízes e as finalidades dos grupos terroristas à população ocidental e incompreensível o sentimento generalizado da ameaça terrorista. Desta forma, “é possível dizer que o medo é o elemento principal do terrorismo- isso porque é uma das grandes armas que o terrorismo hodierno tem ao seu lado, senão a principal” (CARDOSO, 2014, p. 129).

Em tempos líquidos, Zygmunt Bauman (2007) explica que um dos efeitos da globalização é a produção do medo, que adquire um ímpeto e uma lógica de desenvolvimento próprio que cresce e se espalha irrefreavelmente. Conseqüentemente, como resposta ao medo produzido, há uma estimulação de ações defensivas em razão da ameaça constante de concretização. “Quando isso ocorre, a ação defensiva confere proximidade e tangibilidade ao medo” (BAUMAN, 2007, p. 15). Logo, em meio a tantas incertezas e diante de um mundo complexo e

líquido- usando um termo do referido autor- o temor oriundo do terrorismo acaba por ser um verdadeiro atormentador social, que legitima ações radicais do Estado, como a implementação de legislações que fletam com o direito penal do inimigo, inclusive, antecipando a punibilidade como ‘combate simbólico’ aos crimes que são de alta complexidade.

Primeiramente, é preciso compreender que o terrorismo é um fenômeno inerente aos processos de globalização (CAPELLER, 2017), que lançam as possibilidades de alteração ideológicas e materiais das estruturas político-econômicas e socioculturais, antes majoritariamente nacionais ou regionais, que acabam por lançarem as bases de uma nova noção de interação entre os povos e entre as nações (CARDOSO, 2014). Essa interação evidencia a diferença entre os países ocidentais (sobretudo os do Norte-global), que são chamados desenvolvidos, e os orientais, que por possuir outra cultura são colocados na posição de subdesenvolvidos pelas potências imperialistas do ocidente. Esta afirmativa é facilmente verificável em termos de violência da linguagem cometida no ocidente em face do oriente. Neste sentido, Slavoj Žižek cita a publicação de caricaturas do profeta Maomé pelo jornal dinamarquês *Jyllands-Posten*, que causou grande tumulto no oriente, e explica que

as massas muçulmanas não reagiram às caricaturas de Maomé em si. Reagiram à imagem ou figura complexa do ocidente que perceberam como a atitude subjacente às caricaturas. O que explodiu com violência foi uma série de símbolos, imagens e atitudes, abrangendo o imperialismo, o materialismo ateu e o hedonismo ocidentais, a par dos sofrimento dos palestinos, e foi a tudo isso que as caricaturas dinamarquesas foram associadas. E também foi por isso que o ódio se alastrou das caricaturas à Dinamarca enquanto país, à Escandinávia, à Europa e ao conjunto do Ocidente. Nas caricaturas condensou-se uma grande quantidade de humilhações e frustrações. Tal condensação, não podemos esquecer, é um fato fundamental da linguagem, da construção e imposição de certo campo simbólico (ZIZEK, 2014, p. 58-59).

Assim, pensar o terrorismo manifestado nas últimas décadas e compreender a sua expansão aterrorizante ultrapassa a mera reflexão sobre o ato de terror em si. Por esta razão, falar do ataque ao *World Trade Center*, exige um esforço reflexivo maior do que o objeto da violência subjetiva que se apresenta como autoevidente. Nesta lógica, Amaral (2014, p. 10) diz que referir-se a este evento apenas como *11 de setembro* significa “pronunciar mecânica e repetidamente uma data, denunciando a impotência de não saber do que se fala realmente”.

Diante da incompreensão, o fenômeno do terrorismo, após o ataque aos

Estados Unidos, passou a ser interpretado sem a devida identificação de suas causas e consequências, o que causou grande confusão e provocou o efeito de uma bomba de sucção que asfixiou todos os acontecimentos futuros (ZIZEK, 2014). O produto disso, por consequência, acabou sendo uma série de esforços dirigidos a neutralizar aqueles criminosos, que passaram a ser inimigo do Estado, de modo generalizado, desconsiderando toda a vagueza semântica do termo fenomenológico e suas complexas ramificações.

É preciso destacar que as possibilidades para o terrorismo são múltiplas e não uma unicidade concentrada em um evento que se tornou o próprio fenômeno em si, como passou-se a interpretar o *11 de setembro* e os imagináveis futuros ataques que possibilitaram construções de leis penais mundo afora. Por isso identificar o terrorismo e diferenciá-lo se faz imprescindível para não ser tomado um conceito impreciso e complexo como um modelo de evento que causou grande temeridade internacional. Sobre isso, Augusto Jobim do Amaral refere que a irredutibilidade inefável deste conceito o torna autoevidente e de apropriação oportunista. Diz o autor:

Precisamente por permanecer obscuro e dogmático é que se presta às potências hegemônicas fazerem o uso que lhes parece oportuno. Noutros termos, será na instabilidade semântica que se reconhecem as estratégias de força de um poder dominante que consegue se impor e legitimar (e até legalizar) a interpretação que mais lhe convém numa determinada situação (AMARAL, 2014, p.10).

Portanto, além da unicidade conceitual interpretada no *11 de setembro* aos atos de terror, cumpre relembrar que houve uma precipitação de definições no sentido de ligar o terrorismo a um estereótipo de origem islâmica, o que mostrou-se equivocado frente a complexidade ramificada do fenômeno, que acaba sendo ignorada em razão de um amplo aparato discursivo que reconstruiu um inimigo global à luz dos novos cenários da globalização. Assim, em substituição ao fantasma do comunismo, o novo inimigo passou a ser os fundamentalistas islâmicos e sua interpretação do *jihād* (RODRIGUES; ZIERO, 2014).

Os atos de 11 de setembro de 2001 foram seguidos pelas explosões de trens em Madri, em 11 março de 2004 e atentados contra o sistema de transportes público de Londres, em 07 de julho de 2005. Assim, novas respostas começaram a ser cogitadas, como a criação de leis específicas que limitassem os direitos dos terroristas e permitissem uma maior interferência do Estado na vida da sociedade, em nome da segurança internacional (CARDOSO, 2014).

Diante do exposto, vislumbra-se a criação de novos sistemas diferenciados

aos delinquentes como forma de combate ao terror, em que se busca justificar um sistema penal voltado à eliminação do medo, ou seja, dos criminosos categorizados como inimigos sociais. Logo, o medo propagado em larga escala acaba provocando a reação defensiva do Estado, possibilitando o argumento de legitimidade para criação de leis penais voltadas a segurança nacional como resposta ao terror.

3 A REAÇÃO DEFENSIVA AO TERRORISMO NO BRASIL

O terrorismo contemporâneo é um fenômeno que se manifesta como uma ‘nova criminalidade’ inerente a globalização (CAPELLER, 2017). Parte-se do pressuposto de que se trata de um fenômeno complexo, ambíguo e temeroso. Assim, tem-se a hipótese de que a força semântica do termo, construída em imaginários do caos, possibilita a abertura de conotações que, por equívoco e/ou por (falta de) motivação contextual sociopolítica, podem ser irrealis, principalmente se considerado a influência do medo advindo com o evento pós-onze de setembro, em que se edificou um modelo de inimigo a ser combatido por todos os países em busca da paz. Sabe-se que o trágico episódio de abertura do século XXI marcou o medo no globo terrestre a partir da repetição compulsória midiática, pré-estabelecendo o sentimento de temor acerca de ataques improváveis do ‘Outro’ incompreensível e da guerra ao terrorismo anunciada pelo império estadunidense (ZIZEK, 2003). Neste sentido, pressupõem-se os reflexos na produção legislativa recrudescida globalmente e em interpretações juridicamente fundamentadas na acepção política do risco ao ataque terrorista da ‘figura inimiga islâmica’. Como os ataques terroristas são usualmente anunciados pela mídia de forma descontextualizada do sentido sócio-político que lhes constituem, acabam reduzidos a uma configuração de enfrentamento irracional do ‘bárbaro vs. civilizado’, tornando acentuado o medo pela imprecisão de não saber o que se teme (BAUMAN, 2008). Assim, em cenários caóticos gerados por este sentimento, abre-se espaço para a exploração do uso político do medo, que justifica ações de prevenção global que nascem em conformidade com a doutrina de segurança global (CAPELLER, 2017). Logo, em uma tendência globalizada de reação contra o terrorismo, o Direito Penal incorpora uma lógica combativa, deslocando as questões de segurança pública e nacional à política criminal, atuando em uma perspectiva funcional sob um “princípio universal de prevenção” (AMARAL, 2014, p. 12). O Brasil, seguindo as exigências globais de combate ao terrorismo (tratados e recomendação do GAFI), produziu a Lei 13.260/16 para o recebimento das Olimpíadas Rio-2016. E, neste cenário de tensão, foi deflagrada a Operação Hashtag, que contou com auxílio da polícia estadunidense (*Federal*

Bureau of Investigation -FBI) para a identificação de indivíduos brasileiros, que, configurariam prováveis perigos à segurança nacional. O perigo provocado pelos suspeitos encontrou-se na expressão de apoio ao Estado Islâmico do Iraque e Levante por meio das plataformas de interação no ciberespaço. A partir disso, os meios midiáticos de informação do Brasil destacaram a atuação policial como a “prisão da célula brasileira do Estado Islâmico”. Inclusive, a famosa revista ‘Época (online)’ tratou o tema descrevendo os suspeitos como “maior ameaça aos jogos descoberta pela operação secreta da Divisão Antiterrorismo da Polícia Federal” (Coutinho; Escoteguy, 2016) O cenário da ameaça terrorista foi estabelecido e o novel mecanismo penal de contenção ao terrorismo foi inaugurado. O Ministro da Justiça à época, Alexandre de Moraes, se manifestou sobre as prisões preventivas dos supostos terroristas, sendo destacado pela matéria do jornalista Rodrigues (2016), do G1 da Globo (online), o seguinte trecho da autoridade:

Era um grupo extremamente amador. Basta ver que há poucos dias da Olimpíada, o suposto líder estava pedindo para eles iniciarem um treinamento de tiros e artes marciais. O que vale dizer, se estavam pedindo, que nenhum deles tinha treinamento”. (...) Os investigados na operação, batizada de Hashtag, nunca tinham se encontrado pessoalmente e eram monitorados há meses pela polícia. Eles costumavam se comunicar pela internet, por meio dos aplicativos de mensagem instantânea WhatsApp e Telegram. (...) Obviamente que não podemos – nenhuma força de segurança – ignorar isso. Só o fato de começarem atos preparatórios, não seria de bom senso aguardar para ver, e o melhor era decretar a prisão deles.

A partir do depoimento público da autoridade, verifica-se que a Polícia Federal acompanhava previamente a atuação online dos suspeitos, mas, sob um argumento de segurança nacional, efetuou as prisões que foram convertidas em preventivas. Os suspeitos nunca haviam se encontrado pessoalmente, contudo, a partir da interação virtual, despertaram a reação penal do Estado, que foi justificada funcionalmente como necessária intervenção preventiva de contenção ao risco criado por indivíduos perigosos em si. O conceito sociológico de risco, na concepção de Anthony Giddens (2002), significa infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras. Contudo, com isso paradoxalmente, ao mesmo tempo em que a possibilidade calculável fornece vantagens, também fornece insegurança e medo, tornando a urgência o estado normal da sociedade de risco, o que Ulrich Beck (1998. p. 30), coloca como “una sociedad catastrófica”. Nesta lógica, o que se verifica da absorção do risco pelo Direito Penal é que as estratégias de decisão são determinadas pelas possibilidades de vitimização e pela forma como são interpretadas as realidades (COSTA, 2010), estabelecendo a normalidade de um estado de emergência a partir do medo derivado (BAU-

MAN, 2008), que pode ser compreendido como um sentimento humanamente construído a partir de imaginários e experiências não vividas, pertencentes a outros contextos histórico-sociais. A legislação brasileira antiterrorismo e a reação penal às interações virtuais sob justificativa de periculosidade dos agentes, tenciona a descrição de um cenário caótico, de absorção do risco, construído como um discurso de ameaça real, em que o Direito Penal é chamado à reação para evitar que um mal (em toda carga metafísica do termo) venha acontecer, considerando a posição de destaque a um inimigo que deve ser combatido. Um inimigo que possui uma descrição própria, islâmica. Neste sentido, contata-se que é a retórica de segurança exposto pela autoridade do Ministério da Justiça que toma a posição de direito fundamental para “passar-se a adotar um Direito Penal do inimigo, que apregoa castigar determinados comportamentos sob o argumento de que seu autor é perigoso, hostil e que oferece riscos aos demais”. (CALLEGARI *et all*, 2016, p. 82). O argumento jurídico de periculosidade dos agentes ativos em razão das vibrações festivas, compartilhadas no ciberespaço quando eram realizados ataques terroristas em outras partes do mundo, constitui uma construção reprodutiva de um imaginário terrorista, enquanto ameaça real e risco fundamentado juridicamente pelo medo. Neste ponto da análise, destaca-se um trecho da sentença, em que o magistrado fundamenta a periculosidade dos indivíduos a partir de experiências de localidades distantes, em contexto díspar:

A questão reveste-se de extrema gravidade porque não importa mais o quão distante geograficamente se está do oriente médio ou do tal ‘califado’ que a organização terrorista afirma ter estabelecido. Qualquer indivíduo, em qualquer parte do planeta, pode se alinhar aos objetivos terroristas, promover o grupo, prometer lealdade (bayat) ao tal ‘califa’ e começar a agir sozinho ou arregimentar pessoas para a formação de uma célula encarregada de cometer ações dessa natureza. (...) Relembre-se que no dia 21/9/2014 o porta-voz do ISIS, Abu Muhammad al Adnani exortou seus apoiadores ao redor do mundo para que respondessem às incursões aéreas do Ocidente, atacando qualquer cidadão que fosse originário de qualquer país que integrasse a coalização que luta contra o bando. (...) Nos poucos dias que se seguiram a esse pronunciamento houve sequestro e morte de um francês por um grupo terrorista argelino dois policiais australianos foram esfaqueados por um jovem de 18 anos de idade um rapaz de 21 anos tentou esfaquear dois policiais de Quebec, Canadá, tendo sido morto na ocasião e um soldado foi assassinado em Ottawa dois dias depois por uma pessoa de 32 anos. Investigados os casos descobriu-se que em todas as ocasiões os autores haviam aderido à causa do ISIS e mantinham em seus dispositivos de acesso móvel pessoal arquivos relacionados a atos terroristas. Desde então, vem-se observando a multiplicação de ações dessa natureza, levadas a cabo por indivíduos isoladamente ou em pequenos grupos, servindo-se de meios de baixo custo e acessíveis a qualquer pessoa, causan-

do pânico e temor generalizados tanto pela violência aparentemente desconectada de alguma circunstância externa identificável quanto por ter como alvos vítimas aleatoriamente escolhidas. Portanto, não há nenhuma necessidade de que, atualmente, se tenha viajado àquela região para tomar parte em atividades terroristas. Também não é preciso que se possuam grandes disponibilidades financeiras ou acesso a armas de grosso calibre para se formar uma célula extremista, planejar ou realizar uma ação dessa natureza. A configuração atual das ações dessa natureza dispensa a colaboração de muitos indivíduos e a existência de somas maiores de dinheiro. Por essa razão, não serve como critério para avaliação da seriedade e da potencialidade lesiva da ação realizada prevista na Lei Antiterror nem a condição de fortuna pessoal de cada integrante nem a circunstância de ter tido, ou não, contato com indivíduos que integrem a organização terrorista nos territórios conflagrados do mundo árabe.

Verifica-se, assim, o reconhecimento do juízo acerca da inexistência de contato dos agentes com membros de organização terrorista oriental, bem como com acesso a armas ou disponibilidades financeiras- mesma afirmação feita pelo Ministro da Justiça. Logo, é necessário pontuar que se está diante de uma fundamentação baseada em uma avaliação da potencialidade lesiva da ação, que possui como conduta interações virtuais no ciberespaço, dentro de um contexto de exploração midiática acerca de um risco. Logo, a partir de uma abordagem crítica, que transcende a mera descrição, deve ser chamada a atenção para o estabelecimento do normal a partir do Estado de Exceção, que permite, em nome da segurança nacional, a realização de um Direito Penal expandido e autoritário, movido por uma ideologia política que contamina o jurídico e elege um inimigo pré-estabelecido, que neste caso é o terrorista islâmico. Apura-se, com a breve análise deste trabalho, que no período em que o Brasil produziu a legislação antiterrorismo e deflagrou a operação Hashtag, os olhares da mídia estiveram voltados à pauta de segurança pública. As olimpíadas, como grande evento econômico sediado em país latino-americano, trouxe a carga da ameaça abstrata de um ataque de dimensão transnacional, própria da globalização, da sociedade de risco e de um mundo de incertezas. Assim, compreende-se que o sentimento de medo, gerado por este cenário, despertou a imprecisão do inimigo interno, materializado no Direito Penal por meio da Lei 13.260/16, e reagido pelo sistema criminal ao sinal ameaçador levantado pela polícia estadunidense. O discurso do inimigo, assim, aparece na fundamentação jurídica como um imaginário islâmico que precisa ser reforçado a partir de contextos globalizados e experiências distantes- como o 'onze de setembro'. A discursividade política no jurídico, acerca da periculosidade dos agentes, acaba por substituir a imagem dos acusados por

uma figura irracional convertida ao incompreensível oriental. Assim, o medo derivado é edificado juridicamente para sustentar a punição e o controle social por meio de uma legislação que simbolicamente é eficaz na contenção ao terrorismo.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal a compreensão da relação entre o uso político do medo na construção de um discurso do inimigo. A partir da revisão bibliográfica foi possível compreender que o terrorismo é um fenômeno complexo e inerente a globalização, e que, por ser parte de um cenário de incertezas, se desdobra como uma categoria da criminalidade global.

Verificou-se que a argumentação acerca das condutas dos réus foi fundada em um discurso do ‘inimigo’, em que buscou-se apontar a periculosidade dos indivíduos pela menção ao grupo terrorista do Oriente Médio. A construção de um imaginário islâmico apartado da realidade aproximou a análise crítica da hipótese de que a expansão do Direito Penal de combate ao terrorismo parte de uma atividade performativa do discurso político, que exige o reconhecimento de um inimigo já mencionado globalmente pelo episódio histórico ‘onze-de setembro’. Assim, é possível depreender do caso brasileiro que, em nome da segurança nacional, a Operação Hashtag resultou em uma avaliação do risco, em que a punição se deu pela potencialidade lesiva das manifestações dos réus no ciberespaço e pela periculosidade apontada na mídia, que os rotulou como ameaça terrorista, reforçando um estereótipo pelo uso do medo.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. Desconstruindo o terrorismo. In: Borges, Rosa Maria Zaia; Amaral, Augusto Jobim do; Pereira, Gustavo Oliveira de. (Org.). **Direitos Humanos e Terrorismo**. 1ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, v. 1, p. 09-13.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução: Carlos Alberto Medeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hasta una nueva modernidade**. Barcelo: Paidós, 1998. BRASIL, Lei nº 13.260 de 16 de março de 2016. Brasília, DF, 2016.
- CALLEGARI, A. L.; LIRA, C.R.S.; REGHELIN, E.M.; CANCIO MELIÁ, M.; LINHARES, R.M. **O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- CAPELLER, W. M. de Lemos. Tecnificação do campo penal e ‘killer robots’? Um atentado ao direito internacional humanitário. **UNIO EU LAW JOURNAL**, v. II, 2017, p. 91-108.
- CARDOSO, Tatiana de A. F. R.. A mundialização do Terrorismo: a (re)definição do fenômeno após o 11

de setembro.. In: Rosa Maria Zaia Borges; Augusto Jobim do Amaral; Gustavo Oliveira de Lima Pereira. (Org.). **Direitos Humanos e Terrorismo**. 1ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, v. 1, p. 127-154.

COSTA, Renata Almeida da. **Direito e complexidade: a produção e o controle do terror(ismo)**. 2010. 269f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010.

COUTINHO, F.; ESCOSTEGUY, D. **Polícia Federal prende célula do Estado Islâmico que planejava atentado na olímpiada**. Época (online). Rio de Janeiro: Globo, 2016. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/07/pf-prende-celuladoestado-islamico-que-planejava-atentado-na-rio-2016.html>>. Acesso em: 13 de outubro de 2019.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. Maria Luiza (trad.). 2º ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

RODRIGUES, Celso; ZIERO, Gabriel Webber. Os direitos humanos e o 11 de setembro: notas para o debate cultural. In: Rosa Maria Zaia Borges; Augusto Jobim do Amaral; Gustavo Oliveira de Lima Pereira. (Org.). **Direitos Humanos e Terrorismo**. 1ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.

ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e outras datas**. Tradução: Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.

ZIZEK, Slavoj. **Violência: seis reflexões laterais**. Tradução: Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014.

NEUROENHANCEMENT E DIREITO PENAL DO FUTURO (?)

Jônatas Martins Bezerra Neto¹

José Muniz Neto²

Resumo: com os avanços dos estudos e descobertas tecnológicas sobre a neurociência, desenvolve-se um campo muito específico que é o *neuroenhancement*, através do qual se almeja o aperfeiçoamento das características neuropsicológicas dos seres humanos. Tais alterações provocam uma reflexão crítica em torno desses procedimentos, inclusive a nível penal. A justificativa para se estudar esse tema na perspectiva do Direito Penal é saber os desdobramentos decorrentes das inovações no campo da neurociência para este setor específico das ciências criminais, principalmente no que tange a criminalização dos procedimentos de *neuroenhancement*, qual a situação penal do médico quando o realiza, a delimitação jurídica do uso da *neuroenhancement* pelo instituto do consentimento e a possibilidade de utilização dessa prática como catalizadora moral aplicada aos reeducandos. Observa-se que o Direito Penal só deve interferir como último recurso, o que não é o caso. Além do mais, os institutos jurídicos penais existentes, como o consentimento, demonstram-se hábeis para solucionar os problemas jurídicos já existentes ou por vir neste âmbito, desnecessitando a criação de tipos penais autônomos.

Palavras-chave: *Neuroenhancement*, Neurociência, Responsabilidade, Direito Penal Médico.

Abstract: With the advances of studies and technological discoveries on neuroscience, a very specific field is developed, which is the *neuroenhancement*, through which the improvement of the neuropsychological characteristics of human beings is sought. Such

-
- 1 Defensor Público no estado do Ceará. Bacharel em Direito pela Universidade Potiguar – UnP. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Potiguar – UnP. Mestrando em Direito e Ciência Jurídica com especialidade em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa, Portugal.
 - 2 Advogado e professor. Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Anhuanguera. Mestrando em Direito e Ciência Jurídica com especialidade em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa, Portugal.

changes provoke a critical reflection around these procedures, including at the penal level. The justification for studying this theme from the perspective of criminal law is to know the consequences of innovations in the field of neuroscience for this specific sector of criminal sciences, especially regarding the criminalization of neuroenhancement procedures, what is the criminal situation of the physician when performs the legal delimitation of the use of neuroenhancement by the consent institute and the possibility of using this practice as a moral catalyst applied to reeducandos. It should be noted that criminal law should only interfere as a last resort, which is not the case. Moreover, existing criminal legal institutes, such as consent, are adept at solving existing or upcoming legal problems, thus avoiding the creation of autonomous criminal types.

Keywords: Neuroenhancement, Neuroscience, Liability, Medical Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO

É próprio do ser humano e até explicado pela teoria da evolução a procura pela melhora ou pelo aperfeiçoamento de suas características biológicas, sociais, culturais e até mesmo políticas. E com a constante evolução da medicina, que está passando de apenas curativa e preventiva para procedimentos de aperfeiçoamento das características humanas (intervenção genética com intenção de extirpar doenças hereditárias ou uso de drogas farmacológicas que possibilitam um maior poder de concentração etc.), começa-se a discutir as repercussões sociais, éticas e jurídicas destas novas formas de intervenção.

Não se abordará a questão do aperfeiçoamento estético por cirurgias plásticas e nem o aperfeiçoamento genético com a intervenção em genes hereditários, mas somente a intervenção para o aperfeiçoamento das capacidades cognitivas do ser humano, a saber, a intervenção da medicina para aprimorar a capacidade de raciocínio lógico, de memória e tudo que esteja relacionado com o campo da neurologia.

O presente artigo procura fazer um diálogo entre a medicina, especialmente o campo da neurologia, e o direito penal, o que é um trabalho hercúleo principalmente pela visão errônea do estudo do direito, principalmente do direito penal, como uma ciência estanque em relação às demais. O estudo do direito é mais conhecimento de cultura externa que interna do próprio direito, ou seja,

deve-se adotar uma macrovisão das ciências para se poder entender corretamente a ciência do direito.

A mesma opinião tinha Franz Von Liszt (*apud* RODRIGUES, 2007, p. 192) ao afirmar:

[...] considero como a razão mais profunda de muitas deficiências da nossa situação actual a formação meramente jurídica dos nossos criminalistas teóricos e práticos. Não pretendo pedir-lhes investigações antropológicas ou estatísticas, mais exijo deles que conheçam tão bem os resultados da biologia e sociologia criminais como as disposições do Código Penal e as decisões do Supremo Tribunal (*sic*).

Sob essa perspectiva, tentar-se-á suprir a deficiência do conhecimento externo da medicina fazendo uma interlocução da área médica, especificamente da neurociência, com o direito penal. Desde já se pontua que o direito penal deve acompanhar e se readaptar aos avanços da medicina, no campo da neurologia, entretanto, tal medida deve se dar através de um “compatibilismo humanista”³. A manutenção de um direito estanque, que não acompanha os avanços sociais, dos quais também fazem parte os da neurociência, servirá tão somente de obstáculo às mudanças da sociedade (NOVOA MONREAL, 1985, p. 160).

Helena Moniz (2015, p. 911), fundamentando suas contribuições no que ensinou Freud, afirma que a humanidade passou por três humilhações, a saber: (i) Cosmológica - a ilusão de que a terra era o centro do universo, quando Copérnico, comprovou que ela anda em volta do Sol; (ii) Biológica - a ilusão da supremacia do homem em relação aos outros animais, quando Charles Darwin descobriu a descendência comum; e a (iii) Natureza psicológica - a ilusão da ideia da soberania psicológica do homem, de que este possui controle completo dos seus impulsos.

Poder-se-á observar, em breve, uma quarta humilhação, a de natureza comportamental referente ao aprimoramento corporal e mental da raça humana, com a evolução da medicina e, mais especificamente, com a vontade constante da humanidade de aprimorar suas características.

Rodriguez López (2016, p. 07) descreve as 4 disciplinas com notável desenvolvimento no século XXI: a nanotecnologia, a biotecnologia, a tecnologia da informação e a ciência cognitiva. Essas tecnologias podem se inter-relacionar, através do que se chama de tecnologia convergente (TC), e podem causar um

3 O termo foi cunhado por Eduardo Demétrio Crespo (2017, p. 89) para explicar a compatibilidade dos avanços da neurologia e a discussão da culpabilidade no direito penal. Também pode ser usado para expressar que o direito penal deve se atualizar com as novas descobertas da neurociência. Para maior profundidade das correntes sobre a interferência da neurociência ao direito penal, ver Patrício (2016) e Busato (2014).

“novo renascimento” da sociedade. E é fato incontestado que a medicina começa a ser usada não apenas para tratar doenças ou preveni-las, mas para aprimorar ou melhorar características já existentes nos seres humanos, como a possibilidade de maior concentração, aumento da capacidade de memória e etc., ou até mesmo adaptar nos homens características de outros seres.

Este aprimoramento da capacidade mental dos seres humanos já existe e é denominado de *neuroenhancement*.

A justificativa para se estudar esse tema é saber quais os desdobramentos das inovações no campo da neurociência para o direito penal, não só em relação à criminalização destas práticas, mas de se compreender a situação jurídico-penal do médico que realiza a intervenção, a delimitação jurídica do uso da *neuroenhancement* pelo instituto do consentimento, a possibilidade dessa prática como catalizadora moral aplicada aos condenados, evitando, assim, a reincidência criminal e facilitando a sua rápida ressocialização à sociedade, e a necessidade de criação ou não de um tipo penal específico para a proteção da autonomia mental, quando os procedimentos de *neuroenhancement* são usados para o cometimento de crimes. Nestas perspectivas, portanto, propõe-se o seguinte questionamento: é necessária a intervenção do Direito Penal nos procedimentos de *neuroenhancement* com a criação de novos tipos penais autônomos?

Para executar essa proposta, é importante iniciar a exposição da *neuroenhancement* desde seu princípio, até mesmo pela dificuldade já exposta do jurista em se conectar à área da medicina, procurando encontrar a origem do termo, o seu significado e um conceito jurídico para tal.

O problema jurídico dos crimes contra a mente desagua exatamente na situação jurídico-penal do médico que manobra uma técnica de *neuroenhancement* em seu paciente. Não há dúvidas sobre a atipicidade da conduta do médico que procede às *leges artis* com finalidade terapêutica aos pacientes, mas é imprescindível demonstrar que este profissional está albergado pela causa de excludente de ilicitude quando há o consentimento do paciente sadio na realização do *neuroenhancement* com o objetivo de lhe aprimorar alguma capacidade mental.

Assim é necessário fixar o aspecto jurídico-penal do consentimento do paciente para a realização do *neuroenhancement*, pois tal consentimento deve obedecer à cláusula dos bons costumes fixada no Código Penal português, de forma comparada, assim como o aprimoramento da mente não pode desenvolver capacidade que não seja inerente ao ser humano. O instituto do consentimento na relação do direito penal com a *neuroenhancement* é ponto importantíssimo,

pois ele servirá de delimitador, marcando até onde pode o ser humano realizar tal procedimento.

Desde já, a tese aqui fixada aponta à contrariedade da criação de um novo tipo penal que serviria para a proteção do bem jurídico denominado de autodeterminação mental, porque já existem figuras típicas a proteger tal interesse, bem como há princípios penais como o da intervenção mínima do direito penal, a saber, princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio* e do *harm principle*, os quais proibiriam a criação de novo tipo penal para proteger a autodeterminação contra a mente. Porém, como se apontará adiante, o *neuroenhancement* não pode ser realizado de qualquer maneira, devendo observar quatro requisitos para ser admissível: (i) não ser usado para a prática desportiva (*doping*); (ii) não desenvolver funções que não pertencem à raça humana; (iii) é preciso haver o consentimento do paciente e (iv) não causar danos físicos.

2 O QUE É O NEUROENHANCEMENT?

As descobertas neurocientíficas não se limitam aos tempos atuais. Já no século XVIII, Galvani constatou a presença de atividade elétrica do sistema nervoso. Logo depois, Pierre Paul Broca, em 1860, descobriu a forma primária da localização cortical das diferentes funções cognitivas, ou seja, o “centro da linguagem” no cérebro na região do lobo frontal. No entanto, as grandes descobertas neurológicas ocorreram de fato no século XX, com Santiago Ramón y Cajal, considerado o pai da neurociência moderna, descobrindo o mecanismo de sinapse neural (KENDEL *et al.*, 2014, p. 06-07).

Na década de 1920, Otto Loewi e Henry Dale confirmam que os neurotransmissores químicos moldam a conduta, a cognição e as emoções (BLANCO, 2014, p. 63-79).

O português Egas Muniz trouxe duas grandes contribuições aos avanços da neurologia: o desenvolvimento da técnica de angiografia cerebral que veio facilitar os estudos mais detalhados do sistema neural e o desenvolvimento da técnica de lobotomia pré-frontal pelo qual foi ganhador do prêmio nobel de Medicina em 1949 (PINA, CORREIA, 2012).

Os povos de língua inglesa chamam o aperfeiçoamento dos seres humanos de *enhancement* humano e aqui também se usará o termo em inglês e não a sua tradução (melhoramento, aperfeiçoamento ou aprimoramento), pois o vocábulo na língua inglesa não tem um significado apenas de trazer benefícios, mas uma

posição neutra⁴ de fortalecer determinadas características, sendo essas características positivas ou negativas para o ser humano⁵ (ROMEO CASABONA, 2013, p. 167). Quando esse aperfeiçoamento é de alguma condição neurológica, deve ser chamado de *cognitive enhancement*, *neuroenhancement* ou *neurocognitive enhancement*.

O mesmo problema de transplantar o significado para outras línguas ocorre na Alemanha, de maneira que Schöne-Seifert e Stroop (2015, p. 02) orientam:

O enhancement é entendido na bioética como sendo o uso de agentes farmacológicos ou biotecnológicos para melhorar, aperfeiçoar o desempenho ou embelezar pessoas saudáveis. Geralmente, o termo *enhancement* significa aprimoramento, aumento ou melhora (ver Fuchs *et al.*, 2002, 15). Como não há sinônimo direto na língua alemã, o uso do termo em inglês também se estabeleceu no discurso alemão. O “aprimoramento” é comumente usado como uma antítese para “terapia”, muitas vezes também para “prevenção” (ver Juengst, 2009). Procedimentos no campo da cirurgia estética, *doping* esportivo, para aumentar a potência sexual, antienvhecimento e melhorar o desempenho cognitivo (memória, capacidade de concentração, etc.) ou o humor - comumente referido como neuro-aprimoramento.

O termo *neuroenhancement* e as expressões *cognitive enhancement* ou *neurocognitive enhancement* começaram a ser cunhados no ano 2000, quando os neurocientistas começaram a publicar trabalhos sobre a possibilidade de melhorar as faculdades mentais de pessoas normais (TEIXEIRA, 2007, p. 496).

Mas o que vem a ser a *neuroenhancement*, a *cognitive enhancement* ou *neurocognitive enhancement*? Em breves linhas, são as intervenções naturais ou artificiais, tais como as farmacológicas, cirúrgicas, eletromagnéticas, genéticas ou optogenética em pessoas saudáveis (que não possuem doença a ser curada) para que estas desenvolvam, aprimorem, melhorem ou fortaleçam capacidades intelectuais (*cognitive enhancement*) ou psicológicas (estados emocionais e o moral *enhancement*), de forma permanente ou temporárias.

Merkel (2013, p. 82) divide os possíveis fins do *enhancement* em 3:

(1) *enhancement* das faculdades cognitivas, especialmente a faculdade de memorização, de concentração e as funções “executivas”; (2) o *enhancement* dos estados emocionais: estado de ânimo, traços de caráter (por exemplo, faculdade de sentir empatia), interesses sociais e etc.; (3) *enhancement* de estados motivacionais, incluindo a possibilidade de um “*enhancement* moral” (tão pouco é ficção

4 Essa posição neutra é quanto aos propósitos e às consequências dos procedimentos de *enhancement* (ROMEO CASABONA, 2013: 162)

5 Ver MERKEL (2013: 73) para conferir seu posicionamento favorável ao uso da expressão em inglês.

científica; Jongh 2008; Spence, 2008), por exemplo através da redução neuro-farmacológica dos impulsos agressivos.

Graças ao desenvolvimento da neurociência nos últimos anos, novas intervenções foram surgiram e se aprimoraram para tratar algumas doenças como alzheimer, depressão, déficit de atenção ou narcolepsia. Ocorre que tais descobertas podem tanto tratar estas doenças como também ser usadas para aprimorar capacidades cognitivas em pessoas saudáveis. O uso destas intervenções em pessoas saudáveis para que elas aperfeiçoem a capacidade cognitiva, saúde mental ou habilidade moral é o que chamamos de *neuroenhancement* (SCHÖNE-SEIFERT *et al.*, 2009).

É importante ressaltar que não há discussão em relação ao uso de medicamentos, cirurgias ou intervenção genética para tratar casos em que existe uma enfermidade a ser curada. A discussão ética e jurídica tem girado em torno de “aperfeiçoar os processos mentais de indivíduos normais”, como destaca Farah (2004, p. 421-425).

O debate, portanto, a ser tratado no presente relatório é sobre o uso das técnicas de *neuroenhancement* para aperfeiçoar ou melhorar as pessoas que não têm problemas de saúde, saudáveis, mas usam essas técnicas para um *upgrade* do seu comportamento, seja para alterar positivamente sua capacidade cognitiva já existente ou como forma de melhorar seu aspecto moral.

O *cognitive enhancement* de forma artificial⁶ pode se dar pelo procedimento médico cirúrgico ou farmacológico com o uso de medicamentos⁷, porém a área que mais se desenvolveu foi a psicofarmacologia, com a descoberta de vários medicamentos que inicialmente serviam para alguma indicação médica, mas começaram a ser usados com fins de aperfeiçoamento mental das pessoas.

O uso da ritalina⁸ para esse fim (aperfeiçoamento mental de pessoas sãs), principalmente dos estudantes, foi o primeiro grande caso de *neuroenhancement* ou *cognitive enhancement* a ser noticiado pela imprensa e a ser estudado pelos pesquisadores. Claro que hoje existem outras drogas com uma potência maior que a ritalina e usada com os mesmos objetivos de aprimoramento mental, como são o “venvance” ou o “concerta”.

6 Salienta-se que pode haver a *neuroenhancement* de forma natural. Ex.: consumo da cafeína para aumentar a concentração e manter-se desperto ou o ginkgo biloba para a memória e atenção.

7 Sobre as técnicas de *cognitive enhancement* conferir Teixeira (2007, p. 497) e Merkel (2013, p. 73-79).

8 A ritalina é um medicamento farmacológico recomendado para uso por quem tem déficit de atenção ou hiperatividade (TDAH) e narcolepsia. É uma anfetamina (cloridrato de metilfenidato) que atua no sistema nervoso central e estimula a atividade mental da pessoa. Conferir Teixeira (2007, p. 498).

O uso destes medicamentos farmacológicos para o aperfeiçoamento mental já é velho conhecido das sociedades estadunidense, inglesa e alemã, principalmente pela elevada porcentagem de uso por estudantes universitários.

Em 2003, o jornalista James Butcher (2003, p. 132-133), no seu artigo intitulado *Cognitive Enhancement raises ethical concerns*, relata o caso da ritalina, depois de ouvir a palestra da professora Martha Farah sobre o uso da substância farmacológica por seus alunos e alertou que não era um caso isolado da universidade onde ela lecionava, mas de todas as universidades americanas.

O autor (BUTCHER, 2003, p. 132) registra, ainda, o alerta:

[...] há também evidência que muitos pais mais ricos estão optando por dar a droga aos bem comportados que não vão bem na escola para intensificar a atenção deles na sala de aula. Chegará o dia em que se pedirá aos estudantes que tenham à mão uma amostra de urina, para ser entregue junto com as provas escolares, para provar que seus resultados são o resultado de trabalho duro e não de farmacologia?

Ocorre que esse dia mencionado já chegou. A Academia Britânica de Ciências recomendou ao legislador britânico que efetuasse teste de *doping* nas universidades (HORN, 2008). E, com a expansão desenfreada de novos tipos penais, o receio é que, em breve, o legislador tencione criar um novo tipo penal de *doping* mental.

Com o desenvolvimento destas novas técnicas e o uso por pessoas saudáveis para o aperfeiçoamento de habilidades cognitivas, surgem duas correntes, a saber:

a) antimelhorista ou bioconservadora - contrária à possibilidade da realização de *neuroenhancement*, justificam a impossibilidade com os argumentos da necessária preservação das características da espécie humana; defendem que a intervenção lesa o princípio da dignidade humana, intuem que as técnicas são danosas, a perda do segredo da vida pela busca dos descendentes perfeitos já que não haverá valoração adequada da evolução da espécie, melhora como uma contradição em si mesma e o excesso de confiança na tecnologia. Tem como maior expoente Sandel (2001, p. 127).

b) a transhumanista ou pós humanista - adepta do *neuroenhancement*, porém possui duas subdivisões: a primeira que afirma ser um dever moral do ser humano buscar a melhora beneficiando, assim, as futuras gerações e, inclusive, defendem que o Estado deve garantir essas melhoras quando forem comprovadas a possibilidade; e a segunda, a transhumanista flexível, pela qual se afirma ser lícito e moralmente aceita a realização do *neuroenhancement*, porém só seria legal ou

moral se realizada com o consentimento do paciente (ROMEO CASABONA, 2013, p. 178-179). São defensores do transhumanismo Kamm (2005) e Agar (2005).

Ainda sobre os bioconservadores e os transhumanistas, González Morán (2012, p. 14) afirma que não se trata, apenas, da concepção da natureza humana que os diferenciam (para os primeiros são intangíveis e, para os segundos, abertos à mudança), mas também há uma diferença ética referente ao que pensam sobre se os seres humanos devem se desenvolver pelos dons de Deus ou da natureza (paradigma da gratidão) e, de modo contrário, o sentido ético dos seres humanos de transformar a si mesmos e ao mundo (paradigma da criatividade).

Neste trabalho, adotar-se-á uma concepção intermediária. Crê-se na legalidade dos procedimentos e a sua aceitação moral, desde que haja o consentimento do paciente. Todavia, esse consentimento só será válido nos casos em que se respeite a cláusula de moralidade, não sendo permitidos (i) quando o procedimento vise ao desenvolvimento de características não existentes nos seres humanos; (ii) quando houver diminuição, de forma relevante, da integridade à saúde (física ou mental), pondo a vida em perigo ou, ainda, (iii) no caso da modificação total e irreversível da personalidade do indivíduo.

Surgem, ainda, outras questões que merecem ser refeltidas: qual a situação penal do médico que prescreve o medicamento a um paciente apenas para aperfeiçoar alguma função mental? A ela também se tentará responder adequadamente ao longo deste artigo.

2 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO E O NEUROENHANCEMENT

Os progressos científicos e as delicadas técnicas neurocientíficas que podem produzir efeitos excêntricos ascendem questões antes inimagináveis de entrarem em pauta nas discussões jurídico-penais. Um dos problemas que surge sobre a *neuroenhancement* é saber qual a situação jurídica penal do médico que receita ou administra quaisquer formas de *enhancement* ao seu paciente. Destaca-se, desde já, que não se pode criminalizar o *autoenhancement* quando não estiver vinculado a situações de competição. Agora se analisará se o médico que administra ou receita o *neuroenhancement* pode ser penalizado ou não.

No que diz respeito ao tratamento médico da *neuroenhancement*, é discutido se as intervenções de melhoria nos seres humanos, além do tratamento de

doenças do paciente, são parte legítima da prática médica. Alguns críticos dessas condutas afirmam que haveria uma troca da relação médico-paciente por médico-cliente. Por outro lado, os defensores do uso das técnicas de *neuroenhancement* argumentam já existir várias práticas médicas que ultrapassam os objetivos clássicos da medicina de tratar apenas as doenças, a exemplo de cirurgias plásticas estéticas, modificações genéticas, tratamento para disfunção sexual etc. De acordo com Schöne-Seifert e Stroop (2015, p. 02-08), “a fronteira muito prometida entre terapia e aprimoramento não parece servir para delimitar campos de atividade inadmissíveis de medicina - apenas por causa da imprecisão dos conceitos.”

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal (CDOM)⁹, em seu artigo 32º, informa que:

Artigo 32.º

(Isenção e liberdade profissionais)

1. O médico só deve tomar decisões ditadas pela ciência e pela sua consciência.
2. O médico tem liberdade de escolha de meios de diagnóstico e terapêutica, devendo, porém, abster-se de prescrever desnecessariamente exames ou tratamentos onerosos ou de realizar actos médicos supérfluos.

No Brasil, o Código de Ética Médica aprovado pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019, determina o mesmo:

Capítulo III

RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

[...]

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Concorda-se com Merkel (2013, p. 80) quando este afirma que a linha que separa o que é um tratamento curativo e o que seria apenas *enhancement* é tênue e muito complexa para que seja, ao menos no cenário atual, realizada. Discorda-se, entretanto, quando ele afirma que o fundamento do tratamento curativo é um modelo orientado para curar defeitos e não fazer o paciente sentir-se bem. Se

⁹ Regulamento n.º 14/2009, da Ordem dos Médicos, Diário da República nº 8, II Série, de 11 de janeiro de 2009.

assim fosse, o cirurgião plástico não trataria o seu paciente, mas apenas realizaria *enhancements* estéticos neles, o que também não deixa de ser uma verdade, mas o sentir-se bem consigo mesmo também é um tipo de tratamento curativo.

Como bem informa o professor Romeo Casabona (2013, p. 167), o uso alternativo de procedimentos de *enhancement* não é criminalizado pelo direito penal. A prescrição do uso de remédio não terapêutico ou curativo só se constitui fato típico quando é realizado na prática desportiva, o que não é o caso tratado neste artigo.¹⁰

Na Alemanha, também há discussão sobre a criminalização ou não do médico que receita um medicamento sem ser para o uso curativo, mas como forma de *enhancement*. A regra é o uso de medicamentos nas especificações (espectro) às quais o fármaco é indicado. Como afirma Franke (2015, p. 259-260), não comete crime o médico que prescreve a medicação para o *neuroenhancement*, por exemplo. Além disso, o autor informa sobre esse problema na Alemanha:

Essa diferença leva a uma discussão fundamental: é legal ou ilegal usar essas substâncias para os fins acima mencionados? A lei alemã contém a seção 138 BGB, que traduziu grosseiramente que as ações contra ‘as regras e sentimentos de comportamento justo’ são ilegais. Pode-se argumentar que usar ou prescrever essas substâncias sem uma razão médica viola essas regras e é uma intervenção não natural. Contudo, o uso fora do rótulo normalmente não é visto como um ato contra a seção 138 BGB, principalmente porque a ideia por trás do uso é fortalecer, ao invés de enfraquecer, processos cognitivos e outros (2015: 259-260).

Do mesmo modo ocorre em Portugal. Segundo Albuquerque (2015, p. 573):

No caso de **intervenção médica que não tenha finalidade terapêutica do sujeito passivo da intervenção** (por exemplo, operação puramente cosmética, operação de alteração de sexo experimentação medica não terapêutica, esterilização, transfusão de sangue ou transplante de tecidos e órgãos, castração), o consentimento é relevante e, em regra, admissível (SS-ESER, anotações 50. A, 50b ao § 223°).

Nesta mesma perspectiva, Paula Ribeiro (2012, p. 359) admite o uso de fármacos de forma não terapêutica, mas com o sentido de *neuroenhancement*, desde que os riscos sejam diminutos e socialmente aceitáveis.

Se o *neuroenhancement* não produzir lesão ou sequela irreparável ao paciente, a conduta do médico que realizou o procedimento, desde que com o seu

10 “(...) o uso alternativo de medicamentos não esta sancionado penalmente no Direito espanhol, mas apenas estão em algumas condutas que de muitos modos podem afetar a sua qualidade terapêutica.” Cf. Romeo Casabona (2013, p. 167).

consentimento e de uma função neurocognitiva já preexistente do ser humano, não possui relevância dogmática e de política criminal (ROMEIO CASABONA, 2013, p. 168) para que o médico responda a qualquer ilícito criminal, como por exemplo, tráfico de drogas, ou que haja a criação de um novo tipo penal que criminalize a sua conduta.

3 O PAPEL DO CONSENTIMENTO NO *NEUROENHANCEMENT* E O TRATAMENTO DA QUESTÃO EM PORTUGAL

O consentimento do paciente para autorizar que o médico aplique a ele alguma forma de *neuroenhancement* é um dos requisitos para não haver a criminalização dessas práticas. Além do simples consentimento do paciente, existe outro ponto muito pertinente a ser abordado, que é a não contrariedade desta permissão do paciente aos bons costumes. Isto porque o bem jurídico que protege a integridade do corpo e da saúde física e psicológica é disponível pela vontade do seu titular, desde que respeitem a cláusula dos bons costumes.

O consentimento, a depender do caso concreto, pode ser considerado como uma causa de extinção da tipicidade ou como causa de exclusão da justificação (TAVARES, 2018, p. 245). Inobstante haver essa diferença, tal não é relevante à construção da teoria do consentimento (DIAS, 2012, p. 470).

O Código Penal português positivou o consentimento nos crimes contra a integridade física no seu artigo 149:

Artigo 149.º - Consentimento

1 - **Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível.**

2 - Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde **contraria os bons costumes** tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.

O referido artigo do Código Penal português trata do consentimento como causa de justificação, porém no direito penal português há uma diferença em relação à intervenção médica com finalidade terapêutica¹¹, possuidora de dispositivo legal próprio (o artigo 150 do CP) que traz o consentimento como uma

11 “...inclui a profilaxia, o diagnóstico e o tratamento *stritu sensu* de doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal e exclui a experimentação (exclusivamente ou predominantemente) não terapêutica, a operação puramente cosmética, a esterilização ou castração sem indicação médica, a operação em caso de transexualismo e os exames que visam a determinação da morte cerebral como a angiografia” (ALBUQUERQUE, 2015: 580). Como não tem fins terapêuticos, os procedimentos de *neuroenhancement*, são tratados normativamente pelo artigo 149 do CP e não pelo 150 do CP.

causa de exclusão da tipicidade, e a intervenção médica sem fins terapêuticos que é exatamente o caso do *neuroenhancement*, na qual o consentimento é tratado como causa de justificação (ALBUQUERQUE, 2015, p. 573).

Mesmo o *neuroenhancement* tendo o seu dispositivo normativo albergado pelo artigo 149 do CP e não pelo 150, que trata do consentimento para fins terapêuticos, deve-se impor os requisitos exigidos pelo artigo 150 do CP também nestes casos, a se determinar que a prática do *neuroenhancement* deva ser realizada por um profissional médico ou outra pessoa legalmente autorizada e a intervenção respeitar a *lege artis*.

Assim, vale a pena lembrar os ensinamentos de Palma (2017, p. 347) quanto ao consentimento como causa de justificação:

A sua relevância como causa de justificação depende da articulação entre os princípios da autonomia da pessoa e da proteção dos bens jurídicos [...] A proteção assegurada pela Constituição a bens jurídicos e a direitos fundamentais implica, por seu lado, que existam limitações de disponibilidade de certos bens ou direitos, sendo alguns, como a vida e os aspetos essenciais da integridade física ou moral, indisponível.

Por outro lado, quando falamos do consentimento é sempre importante lembrar que este deve respeitar os bons costumes e, no caso do *neuroenhancement*, é necessário que os médicos, ao administrá-lo, não o pratiquem de modo a desenvolver funções ou capacidades que não pertençam à espécie humana. É esse o divisor de águas, o que, por si só, já é uma linha tênue entre o que seria considerado bons costumes para possibilitar a realização do procedimento do *neuroenhancement*, pois há uma grande dificuldade de interpretação do que seria a cláusula dos bons costumes.

Importante ressaltar que tal cláusula é aplicada ao fato consentido (este que deve estar de acordo com os bons costumes) e não ao consentimento em si (DIAS, 2013, p. 481).

Novamente é imperioso usar dos ensinamentos de Palma (2017, p. 352) para extirpar qualquer pensamento moralizante a ser aplicado ao conceito de bons costumes que se encontra no artigo 38º do CP:

Artigo 38.º - Consentimento

1. - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.
2. - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma

vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.

3. - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.
4. - Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.

A autora apresenta uma conotação mais objetiva à cláusula dos bons costumes, principalmente aos opositores do *neuroenhancement*:

Assim, a cláusula dos bons costumes do artigo 38º, concretizada a propósito das ofensas corporais, é uma indicação subjetivo-objetiva da identidade social negativa de uma lesão de bens jurídicos. O crivo dos bons costumes servem para excluir da justificação comportamentos significativos de lesão do núcleo indisponível de certos bens fundamentais. Por razões de motivação e finalidade e de dimensão de lesividade, certas ofensas atingem a relação do bem com a dignidade humana, a integridade moral e pessoal, a liberdade de consciência ou a possibilidade de se afirmar uma pessoa digna e autônoma. Tais razões excluem as referidas lesões de uma livre disponibilidade de direitos e interesses. Com essa interpretação, relaciona-se a ofensa aos bons costumes com valores constitucionais, retirando-lhe um carácter puramente moralista e subjetivo, e tornando-a uma cláusula com funcionalidade jurídica e adaptada à linguagem e aos fins do Direito.

Como bem observou Tavares (2018, p. 247), “o direito penal não se satisfaz com a proibição do comportamento como tal, mas, sim, apenas quando o vincule a uma lesão ou perigo concreto de lesão do bem jurídico”. Assim, a simples regra moral ou moralizante de determinada sociedade não é critério autónomo para regredir a cláusula dos bons costumes no consentimento.

Porém, as intervenções de *neuroenhancement*, mesmo que consentida, devem ser limitadas quando diminuam, de forma relevante, a integridade à saúde (física ou mental), ou que ponha a vida em perigo, do mesmo modo que ocorre em outros procedimentos como a doação de órgão (ROMEO CASABONA, 2013, p. 175).

Outra questão intrigante sobre o consentimento no procedimento da *neuroenhancement* é a justificativa para qualquer procedimento, mesmo que desenvolvesse capacidade inexistente no ser humano ou até mesmo a possibilidade de modificação completa da personalidade (identidade pessoal), baseado no direito ao livre desenvolvimento da personalidade que foi positivado pelo artigo 26 da Constituição Portuguesa (CRP). Inobstante a CRP não trazer expressamente a

nomenclatura de direito ao livre desenvolvimento da personalidade, não há dúvida da positivação desse direito (PINTO, 1999, p. 160; MIRANDA, 2013, p. 1.178). Inclusive, o Tribunal Constitucional Português, no Acórdão n.º 288/98, sobre a interrupção da gravidez com o consentimento da gestante, ao se referir ao artigo 26.º, n.º 1, da CRP, trata-o como sendo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Devemos lembrar que nenhum direito é absoluto e o direito pode intervir na autonomia privada das pessoas como, por exemplo, ocorre com a cláusula dos bons costumes. No caso da modificação total e irreversível da personalidade do indivíduo é válida a proibição da realização do *neuroenhancement*, mesmo que haja o consentimento, pois essa limitação, na verdade, não fere o livre desenvolvimento da pessoa, mas protege sua autonomia (ROMEO CASABONA, 2013, p. 176).

No mesmo sentido, González Morán (2012, p. 21) afirma:

Em este sentido el derecho a la identidad personal debe operar como un limite a la licitud moral y jurídica de las intervenciones de mejora: carecerán de licitud moral y jurídica a aquellas intervenciones que lesionen o atente contra la identidad personal de sujeto, las que le conviertan em ‘outro’, las que le programen transformándolo.

Adota-se neste trabalho a concepção de que a cláusula dos bons costumes limita o consentimento para a realização do *neuroenhancement* quando houver riscos graves à afetação da funcionalidade psicológica ou física do consentidor e no caso de procedimentos que possam vir a corromper a natureza humana. Por isso mesmo, defende-se a legalidade dos procedimentos de *neuroenhancement* apenas para melhorar capacidades já existentes nos seres humanos, sendo ilegal qualquer desenvolvimento de capacidade não pertencente à espécie humana¹² como exemplificado por Daniels (2009, p. 25-42) em relação a proibição de *neuroenhancement* para possibilitar a pessoa ler a mente de outros indivíduos.

Por fim, o consentimento é essencial para a legalidade do procedimento de *neuroenhancement*, como também deve respeitar a cláusula dos bons costumes. Assim, seria ilícito o ato de o empregador exigir que o empregado faça algum uso

12 Alfredo Marcos (2016, p. 22) defende: “*Se puede, y se debe, eso sí, mejorar la vida de las personas y de la familia humana, de modo que podamos todos llevar una vida propiamente humana, como nos corresponde. De eso hablamos cuando decimos de alguien que se há vuelto mejor persona. No de que haya mudado su naturaliza humana o su identidad personal, sino de que há logrado modificar su vida hasta harcela más propiamente humana y personal. Há de ser bienvenido todo avance técnico en esta dirección. Por el contrario deberíamos distanciarnos de toda antropotecnia que ponga en riesgo la naturaliza humana o la identidad de cada persona*”.

dos procedimentos de *neuroenhancement* para melhorar seu desempenho, mesmo para aqueles que exercessem atividades mais complexas e que precisassem de maior concentração para executar a atividade como, por exemplo, os pilotos de aviões. Nenhum empregador pode interferir na escolha de um direito fundamental do seu empregado, principalmente no que se refere exatamente a sua integridade corporal e mental.

4 NEUROENHANCEMENT, BEM JURÍDICO E PROTEÇÃO PENAL SUFICIENTE

Verifica-se que o direito penal trata de modo eficiente todas as possibilidades surgidas pelos procedimentos de *neuroenhancement* sem necessidade de criação de um novo tipo penal que protegeria especificamente a autodeterminação mental ou criminalizaria o *neuroenhancement*. Este, quando respeita as regras anteriormente estabelecidas neste trabalho, por si só não pode ser considerado uma prática ilícita. O que é considerada ilícita e criminosa é a utilização do *neuroenhancement* para prática de crimes, fatos que o direito penal já tutela de modo suficientemente capaz de proteger os bens jurídicos afetados.

A legitimação do direito penal em relação à seleção de condutas a criminalizar passa pela proteção do bem jurídico penal, como um limitador ao poder punitivo do Estado. No caso do procedimento de algum tipo de intervenção de *neuroenhancement* que, indiscutivelmente, fortaleceu alguma capacidade ou característica mental, é impossível aceitar que algum bem jurídico foi afetado e, assim, aceitar a intervenção do direito penal (CASABONA, 2013, p. 177).

Nos casos em que a realização da *neuroenhancement* cause algum dano físico ou mental ao paciente, os problemas jurídicos resolver-se-iam com os crimes que protegem o bem jurídico da integridade física ou mental (lesão corporal), desempenhando o instituto do consentimento do ofendido um “papel legitimador do direito penal” (CASABONA, 2013, p. 182).

Nessa perspectiva, não carece da intervenção do direito penal os procedimentos de *neuroenhancement* moralmente neutros e já aceitos pela sociedade (PALMA, 2017, p. 77), como é o caso do *autoenhancement*.

Ainda, o legislador não poderia criar um tipo penal para criminalizar qualquer tipo de *autoenhancement*. Como exemplo contrário à criação de uma norma específica para proteger a autodeterminação da mente se tem o caso do consumo de drogas, o qual foi descriminalizado pelo legislador português, pois este en-

tendeu que existiam outros meios eficazes para proteção da sociedade (PALMA, 2017, p. 77).

O *neuroenhancement*, se usado para o cometimento de crimes, poderia até afetar o bem jurídico da autodeterminação mental, como defendido por Bublitz e Merkel (2014), porém, este bem já é protegido eficazmente pelo direito penal, carecendo de sua intervenção.

Não obstante, somente o uso limitador da proteção do bem jurídico é insuficiente para restringir a expansão penal, como bem sustenta a professora Palma (2017: 75):

A abertura da ciência jurídico-penal a uma perspectiva específica de legitimação foi, como se referiu, historicamente veiculada pelo conceito de bem jurídico, e tem persistido, nos dias de hoje, através da aceitação de uma pluralidade de pontos de vista. STRATENWERTH, por exemplo, referi os *topoi* da necessidade de proteção do bem jurídico, do relevo ético prévio das condutas incriminadas, da não contradição axiológica com outras soluções do sistema, do amplo consenso sobre a dignidade punitiva e da ineficácia de outros meios para a proteção do bem jurídico.

A seleção das condutas incriminadas no Estado de Direito democrático pressupõe não só a tradicional fundamentação na necessidade de raiz liberal, mas também uma fundamentação de oportunidade ou de estratégia político-crimal.

No mesmo sentido, Mir Puig (1976, p. 131-132) afirma:

más que la incapacidad del bien jurídico, en sí mismo, para servir a la función de límite del ius puniendi, lo que la historia de este concepto demuestra es la falta de desarrollo de un concepto material del mismo capaz de cumplir tal misión.

Em relação à possível criminalização dos procedimentos de *neuroenhancement*, Demétrio Crespo (2017, p. 93) elenca os princípios penais da intervenção mínima do direito penal, princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio* para a intervenção do direito penal em defesa da não criminalização dos procedimentos de *neuroenhancement*, afirma ele que:

Não podemos perder de vista, como já destacado por Romeo (2009) para o campo da genética e da biotecnologia, que o Direito Penal esta acompanhado por certos princípios básicos (tais como a intervenção mínima, subsidiariedade e *ultima ratio*) que limitam sua presença e justificam sua intervenção ao mesmo tempo (p. 53). Do mesmo modo, que a função do Direito Penal esta ao serviço única e exclusivamente da proteção de bens jurídicos essenciais frente aos ataques mais intoleráveis, e só quando seja estritamente necessário por se mostrar insuficientes outros ramos do ordenamento jurídico menos lesivo de direitos individuais (p.

53).

O mesmo marco geral deve ser aplicado ao que se refere a eventuais intervenções (sejam estas genéticas, optogenéticas, farmacológicas ou cirúrgicas), no cérebro (algumas próximas da ficção científica se não fosse porque já se realizou experimentos) com finalidades de cura ou melhora (“*Neuroenhancement*”), que sugerem logicamente decisões com implicações éticas (R. Merkel, 2009).

Os países da *common law*, assim como os países da civil *law*, desenvolveram princípios limitadores da expansão penal com criação de normas penais que podem ser transplantadas para o nosso direito. Um desses princípios é o *harm principle*, que pode ser utilizado, principalmente, como forma de evitar a criminalização do *autoneuroenhancement*, assim como criminalizar a conduta do médico que prescreve ou administra o *neuroenhancement*.

O *harm principle* foi inicialmente elaborado na obra Ensaio sobre a liberdade de Stuart Mill (2018). Nessa obra, ele defende que o Estado só pode intervir na liberdade do indivíduo no caso deste cometer algum ato que seja danoso a terceiros. Conseqüentemente, não poderia haver a intervenção estatal no caso de fatos que fossem danosos apenas ao indivíduo. Bozza (2015, p. 175) registra: “O *Harm Principle* foi efetivamente aplicado como limite ao poder punitivo por ser adequado a afastar argumentos destinados a fundamentar a criminalização de condutas que apenas possuíam um desvalor moral.”

Mill (2018, p. 134) sustenta:

Assim que qualquer parte da conduta de uma pessoa afecta prejudicialmente os interesses de outros, a sociedade tem jurisdição sobre ela, e fica aberta à discussão a questão de saber se a interferência promove ou não o bem-estar geral. Mas não há lugar para tais questões quando a conduta de uma pessoa não afecta os interesses de qualquer pessoa senão ela própria, ou não precisa de afectar os interesses de outras pessoas, a não ser que elas assim o queiram (sendo todas as pessoas em questão maiores de idade, e tendo a capacidade comum de entendimento). Em tais casos deve haver perfeita liberdade, legal e social, para fazer a acção e arcar com as conseqüências.

Destas considerações se pode retirar duas conclusões sobre o pensamento de Mill: a primeira é que o Estado só pode criminalizar condutas que acarretem danos a terceiros (*Harm Principle*) e a segunda que o Estado não pode criminalizar as condutas que apenas interferem ou causem dano a quem praticou a conduta causadora do dano (deslegitimidade da proteção paternalista do Estado) (BOZZA, 2015, p. 175).

Destá forma, a possibilidade da pessoa realizar o *autoneuroenhancement* e

do médico prescrever ou realizar o *neuroenhancement* com o consentimento do paciente são perfeitamente enquadráveis nas situações anteriormente apresentadas e propostas por Mill, de maneira que não podem ter seus atos criminalizados.

5 CONCLUSÕES

Como resultado do presente estudo, chega-se às seguintes conclusões:

1) O *neuroenhancement* é o procedimento natural ou artificial em que o ser humano melhora ou aprimora uma capacidade cognitiva já existente, como por exemplo, o melhoramento da atenção ou da memória;

2) O termo *neuroenhancement* em inglês é de difícil tradução para outras línguas, pois, enquanto aprimoramento ou melhora tem uma noção positiva, o termo em inglês passa uma noção de neutralidade no sentido do fortalecimento de determinadas características, sendo essas positivas ou negativas. Desse modo, prefere-se o uso do termo em inglês;

3) Graças ao desenvolvimento nas últimas décadas da neurociência principalmente nas pesquisas para tratar doenças neurológicas que causam a perda da memória, como o Alzheimer, tem-se, principalmente na forma de fármacos, possibilidades seguras de pessoas saudáveis usarem esses procedimentos para aperfeiçoar características cognitivas.

4) Os procedimentos de *neuroenhancement* realizados por médicos são juridicamente legais, desde que haja o consentimento do paciente e não seja para a prática desportiva. O médico, quando usa da sua *lege artis*, tem a liberdade de escolha da melhor terapia para o caso, podendo fazer uso alternativo dos procedimentos de *neuroenhancement* para melhorar capacidades mentais do ser humano. Porém, essa melhora deve ser de uma capacidade inerente ao ser humano.

5) O consentimento do paciente para a realização do *neuroenhancement* exclui a ilicitude do ato praticado pelo médico. Porém, esse consentimento deve seguir a cláusula dos bons costumes. A exigência da realização do *neuroenhancement* apenas para melhorar uma capacidade cognitiva já preexistente no ser humano decorre exatamente da aplicação da cláusula de bons costumes;

6) Não se faz necessária a criação de um tipo penal autônomo para a proteção da autodeterminação da mente, pois já se tem institutos penais que a protegem suficientemente;

7) Os princípios básicos da intervenção mínima, da subsidiariedade do direito penal e da aplicação do direito penal como *ultima ratio* são institutos

suficientes para asseverar a desnecessidade de criação de um novo tipo penal.

8) O *harm principle* é um instituto da *common law* que evita a criminalização de condutas que não causam danos a outros, justificando a não criminalização do *autoenhancement*, do mesmo modo que ocorreu com a descriminalização do uso de drogas.

REFERÊNCIAS

AGAR, Nicholas. *Liberal Eugenics: in defence of human enhancement*. Blackwell Publishing, United Kingdom, Oxford, 2005.

ALBUQUERQUE, Paulo Sergio Pinto de. **Comentário ao Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 3. ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

BLANCO, Carlos. *Historia de la neurociência*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2014.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo, Almedina, 2015.

BUBLITZ, Jan Christoph; MERKEL, Reinhard. *Crime Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination*. *Criminal Law and Philosophy* 8: 51-77, 2014.

BUSATO, Paulo César. **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Fragmentos sobre neurociencias y derecho penal*. Montevideo: BdeF, 2017.

DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes**. 2. ed. Reimpresso. Lisboa: Ed. Temas e Debates – Círculo de Leitores, 2017.

DANIELS, Norman. *Can anyone really be talking about ethically modifying human nature? In: Savulescu, Julian; Bostrom, Nick, eds. Human Enhancement*. Oxford; New York: Oxford University Press, 25-42, 2009.

DE FARIA, Paula Ribeiro. **Comentário Conimbricense do Código Penal – T. I**, 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal – Parte Geral – Tomo I**. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FARAH, Martha *et al.* **Neurocognitive Enhancement**: What can we do and what should we do? *Nature Reviews – Neuroscience*, v. 5, 421-425, maio/2004.

FRANKE, Andreas G.; NORTHOFF, Robert & HILDT, Elisabeth. *The case of pharmacological neuroenhancement: Medical, judicial and ethical aspects from a German perspective*. In: **Pharmacopsychiatry** 48: 256-264, 2015. Disponível em: <<https://www.thieme-connect.com/products/ejournals/abstract/10.1055/s-0035-1559640>>. Acesso em: 10/09/2019.

GONZÁLEZ MORÁN, Luis. *Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general*. In: **Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos**. Editor Carlos María Romeo Casabona. Granada: Ed. Comares, 2012.

HORN, Gabriel. **Brain Science, addiction and drugs: The Academy of Medical Sciences working group report chaired by Sir Gabriel Horn FRS FRCP, Academy of Medical Sciences**, 2008. Disponível em: <<https://>

acmedsci.ac.uk/snip/uploads/524414fc8746a.pdf>. Acesso em: 15/10/2019.

KAMM, Frances M. *Is there a problem with enhancement?* *The American Journal of Bioethics*, n° 3, Vol. 5, 5-14, 2005.

MARCOS, Alfredo. *La mejora (de la vida) humana: Una reflexión antropológica y ética*. In: **Cultura de la mejora humana y vida cotidiana**, Editor Javier de la Torre. Madrid: Ed. Comillas, 2016.

MERKEL, Reinhard. *Nuevas intervenciones em cérebro. Mejora de la condición mental humana y límites del derecho penal*. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). **Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2018.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Barcelona, PPU, 1976.

MIRANDA, Felipe Arady. **O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade**. *RIDB*, 2013, Ano 2, n° 10, 11175- 11211, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com>>. Acesso em: 13/10/2019.

MONIZ, Helena. **Neurociências e direito penal: novos e velhos problemas**. *Revista jurídica luso-brasileira (RJLB)*, Ano 1, n° 2, 911-928, 2015.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **El derecho como obstáculo al cambio social**. 7. ed., Siglo XXI. México: DE, 1985.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal: Parte Geral: A teoria da infração como teoria da decisão penal**. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

PATRÍCIO, Miguel. **Nota sobre as implicações da neurociência no direito penal**. *Revista jurídica luso-brasileira (RJLB)*, Ano 2, n.º 5, 1103-1120, 2016.

PINTO, Paulo Mota. **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Portugal-Brasil: Coimbra Editora, 1999.

PINA, Madalena Esperança; CORREIA, Manuel. **Egas Moniz (1874-1955): cultura e ciência**. *Hist. cienc. saude-Manguinhos* vol.19 no.2 Rio de Janeiro Apr./June 2012, Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702012000200005>. Acesso em: 13/09/2019.

RODRIGUES, Álvaro. **Responsabilidade Médica em Direito Penal**. Lisboa, Almedina, 2007.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora ("enhancement") en neurociencias*. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). **Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

SANDEL, Michael. **Contra la perfección**. Barcelona: Marbot, 2007.

SCHÖNE-SEIFERT, Bettina; STROOP, Barbara. *Enhancement*. In: **Bioethics** 71, 2-8, 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/311739513_Enhancement>. Acesso em: 10/09/2019.

SCHÖNE-SEIFERT, Bettina; TALBOT, Davinia; OPOLKA, Uwe; ACH, Johann S. **Neuro-Enhancement. Ethik vor neuen Herausforderungen**. Ed. Mentis, 2009.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1º ed., Florianópolis, Tirant li Blanch, 2018.

TEIXEIRA, Mônica. Notícia preliminar sobre uma tendência contemporânea: o “aperfeiçoamento cognitivo”, do ponto de vista da pesquisa em neurociências. *In: Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*. São Paulo – SP, v. 10, n. 3, p. 495-503, set. 2007.

REFLEXÃO E RACIONALIZAÇÃO ACERCA DO CONTEXTO PUNITIVO NA ATUALIDADE

Marcus Peçanha

Resumo: O presente artigo versa sobre a imposição da punição na atualidade, partindo-se da análise de fato notório que é a insuficiência de vagas no sistema prisional brasileiro. Ainda que os dispositivos legais disciplinem de forma clara as formas e os locais em que se dará a prisão, seja ela provisória ou pena, atualmente se denota um fenômeno sem qualquer fundamento jurídico que se perpetua ao longo dos anos. Em desconformidade com preceitos internacionais, constitucionais e legais, o sistema penitenciário brasileiro já falido, hoje, Brasil afora, impõe a prisão a milhares de pessoas em delegacias, containers, viaturas e locais similares. A proposta deste estudo é refletir acerca da punição com a construção de um pensamento racionalizado e voltado para a realidade em que vivemos, entendendo como o sistema prisional chegou a esse ponto e para onde parece se encaminhar, analisando os principais aspectos legislativos correlacionados com os fatos.

Palavras-Chave: prisão, superlotação, falência, racionalização.

Abstract: The present article deals with the imposition of punishment today, starting from the fact that it is notorious that there are insufficient vacancies in the Brazilian prison system. Although legal provisions clearly govern the forms and places of imprisonment, whether provisional or punitive, there is currently a phenomenon without any legal foundation that has been perpetuated over the years. In breach of international, constitutional and legal precepts, the already bankrupt Brazilian penitentiary system today imposes the imprisonment of thousands of people in police stations, containers, vehicles and similar places. The purpose of this study is to reflect on the punishment with the construction of a rationalized thinking focused on the reality in which we live, understanding how the prison system has reached this point and where it seems to be

heading, analyzing the main legislative aspects correlated with the facts. .

Keywords: arrest, overcrowding, bankruptcy, rationalization.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente destaca-se que o presente artigo não possui o condão de repensar o sistema punitivo para ser mais rigoroso ou severo, pelo contrário, o objetivo central é o abrandamento das punições, especialmente redução da utilização da prisão, com a busca de outros caminhos para solução dos conflitos sociais.

Para tanto, pretende-se realizar uma síntese sobre as principais concepções do fenômeno punitivo, seu nascimento e transformação nos últimos séculos, para compreendê-lo no presente contexto social. Esses elementos darão o suporte para o exercício reflexivo proposto. Parte-se então de uma regressão histórica, passando pelas principais transformações da punição nos últimos séculos que culminaram na formação da prisão como uma espécie de pena.

Alcançadas as bases necessárias para a reflexão sobre o fenômeno punitivo da atualidade serão lançados alguns elementos para reflexão sobre a prisão e seus contornos, analisando as principais consequências produzidas pela maneira de punir da atualidade. Dá-se ênfase ao problema da superlotação carcerária e o caos que gera um novo cenário de prisão com custódias em delegacias, viaturas e outros diversos locais.

Ao final, pretende-se alcançar elementos que subsidiem a conclusão sobre a adequação e pertinência da prisão como pena, ou elementos que permitam concluir pela inadequação e impropriedade na conjuntura social atual, fazendo-se alguns apontamentos sobre horizontes possíveis para a questão.

2 DAS PENAS

A pena é a consequência pelo descumprimento das normas que a todos foram impostas. É a maneira de tutelar a parcela de liberdade de que todos abrem mão quando decidem viver em sociedade, pois ao mesmo tempo em que depositam parcela de sua liberdade esperam do soberano a garantia da preservação da ordem e do respeito ao pactuado¹.

Nessa concepção, a pena tem razão de existir com a presença do *alter*,

1 BECARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa, 2º ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1776, p. 63.

momento em que é necessário o estabelecimento de regras mínimas para a convivência harmônica, respeitando-se a ordem, estendendo estabilidade e segurança às relações humanas. Como consequência pelo descumprimento se estabelece uma punição. Sintetizando o pensamento, o homem sozinho não precisaria de códigos, leis ou penas, sendo condição de possibilidade para a criação da pena e da punição a existência do outro².

Ao longo da existência humana a pena vai se transformando, mudando de sentido e de forma. Os primeiros agrupamentos humanos possuíam uma concepção do que a pena deveria atingir, qual deveria ser a finalidade pela sua imposição, considerando a percepção do punido e da comunidade que pune. Sua transformação remonta a antiguidade, penas impostas e vinculadas aos deuses, vingança de sangue, pena de talião, composição e, já na idade média, penas cruéis e desproporcionais aplicados pelo soberano. Há uma mudança radical marcada pela Revolução Francesa onde é instituída uma nova pena: a privação de liberdade³.

Diversos autores traçam um esboço da transformação da pena, destacando-se no presente a obra de Michel Foucault, *Vigiar e Punir*. Fica bem estabelecido o abandono dos suplícios e penas cruéis por volta do século XIX, ingressando a humanidade numa época intitulada como sobriedade punitiva⁴.

Por volta do século XIX começa-se então a perceber uma mudança no panorama punitivo, pune-se de outra forma, abandona-se gradativamente o emprego de penas cruéis. Não era mais o corpo o objeto da punição, mas a alma do indivíduo, um castigo que propicie a expiação do mal causado⁵.

Em diferentes locais do mundo se implementa a privação de liberdade como punição. Trabalhos forçados nas Galés, Casas de Correção, Casas de Trabalho, Rasphuis, confinamentos, entre outros, são as formas de punição que tomam o lugar do suplício. Importante destacar que a utilização de diferentes sistemas punitivos é correspondente ao modo de produção e economia de cada comunidade⁶.

Enfim, hoje a prisão é uma dura realidade que, no entanto, é imprescindí-

2 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2.ed.rev.atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 91.

3 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2.ed.rev.atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 93-95.

4 FOUCALT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987, p.16.

5 FOUCALT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987, 18.

6 RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**; tradução, revisão técnica e nota introdutória por Gizlene Neder. – Rio de Janeiro ; Freitas Bastos, 1999, p 18.

vel. É concebida como um mal necessário, guardando nítidas características em sua essência que são insuperáveis de manutenção no plano da validade⁷.

A proposta lançada no presente estudo é refletir sobre a pena de prisão na atualidade. Ela não esteve sempre no seio social como se pôde perceber, e dessa forma, cogita-se repensá-la na perspectiva de sua abolição, maximização ou manutenção nas suas exatas configurações atuais, utilizando-se como parâmetro de adequação a realidade da violência, do crime e da segurança pública.

3 ESTRUTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PUNIÇÃO

É importante destacar que o ponto de partida para análise da punição, prisão e do contexto punitivo se dá aqui pela Constituição da República Federativa do Brasil, CRFB. Conforme o artigo 1º, um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana. Trazendo outros dispositivos constitucionais e correlatos com o tema, percebe-se que há diversas ações e omissões dirigidas ao Estado para preservação desse fundamento. Vedação de tortura, proibição de penas cruéis, de banimento e de morte⁸.

A perspectiva aqui traçada é de que o direito penal e o exercício do direito de punir devem ser balizados pela estrutura constitucional alçada. Qualquer contradição e divergência entre leis penais e garantias constitucionais devem ser resolvidas pela preservação destas últimas. É necessário realizar uma interpretação constitucional e convencional do processo penal⁹.

Com bases constitucionais o sistema punitivo atual enfrentaria certamente grandes problemas. Tomando-se por base de estudo, como aqui é feito, a prisão, há diversas questões marcadas pela assimetria do que foi até o presente momento

7 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas** – 4º ed. – São Paulo : Saraiva 2011, 25.

8 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. 05 de outubro de 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 01/08/2019. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; Art. 5º 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: (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

9 LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. – 9º ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. Nota do autor à primeira edição do volume I. Este é um livro cujo discurso está sustentado por dois pilares básicos: a busca constante pela conformidade constitucional do Direito Processual Penal e, ao mesmo tempo, o respeito às suas categorias jurídicas próprias, fazendo assim uma recusa às transmissões de categorias do processo civil. A primeira preocupação – conformidade constitucional – decorre da difícil convivência do Código de Processo Penal de 1941 com a nova ordem constitucional e democrática. Significa buscar, na Constituição, a abertura democrática que legitimará o sistema processual penal contemporâneo.

estruturado. Grande parte das prisões do Brasil são consideradas inadequadas, não atendem preceitos mínimos de dignidade, salubridade, privacidade, integridade física e moral, entre outros aspectos¹⁰.

Essa realidade motiva a realização de um exercício de reflexão do fenômeno punitivo. Ainda que o poder constituinte originário tenha regulado a matéria, a realidade é totalmente oposta a essa estrutura. Dificilmente se preserva a dignidade das pessoas presas, o sistema em si é violador, com total falta de estrutura e condições mínimas para receber um ser humano¹¹. Essas afirmações decorrem do amplo espectro de conhecimento sobre a realidade prisional, veiculada por órgãos oficiais como MP¹², Poder Judiciário¹³, DEPEN¹⁴, decorrentes de investigações parlamentares como a CPI do sistema carcerário¹⁵, entre tantas outras fontes. É inegável que as prisões no Brasil representam um retrato do inferno, como referido nos autos da ADPF n° 347 em tramitação no STF¹⁶.

4 PANORAMA LEGAL CORRELATO À PRISÃO

A prisão como pena decorre da violação das normas, descumprimento das regras que a todos foram impostas¹⁷. O diploma legal que abrange mais condutas típicas, bem como apresenta uma teoria geral sobre o crime, dolo, culpa, ilicitude e culpabilidade é o Código Penal, Decreto-Lei 2848/1940¹⁸.

O artigo 32 do Código Penal apresenta três espécies de pena, a privativa de liberdade, restritivas de direito e de multa¹⁹. No presente artigo dar-se-á atenção somente à pena privativa de liberdade, especialmente quando cumprida em re-

10 CPI do sistema carcerário. Câmara dos deputados. 2009, disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>, acesso em 20/10/2019.

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas** – 4° ed. – São Paulo : Saraiva 2011, 26. (...) o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado.

12 Conselho Nacional do Ministério Público, disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/11797-avisaodosistemaprisionalbrasileiro>, acesso em 20/11/2019.

13 Conselho Nacional de Justiça. Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 22/11/2019.

14 DEPEN, auditorias realizadas no sistema prisional brasileiro. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/acesso-a-informacao/auditorias>, acesso em 20/10/2019.

15 Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>, acesso em 25/11/2019.

16 STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 347. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>, acesso em 30/10/2019.

17 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2.ed.rev.atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 91-92.

18 BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, Presidência da República, 1940, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 06/07/2019.

19 Ibidem.

gime fechado em casas prisionais tradicionais²⁰. Esse é o objeto de reflexão aqui proposto, ou seja, o cerceamento de liberdade que se dá, ou deveria se dar, em prisões.

O cerceamento de liberdade do indivíduo pode ocorrer em outras situações que não necessariamente a pena. Pode decorrer de prisão em flagrante, recaptura na condição de foragido do sistema prisional com mandado de prisão preventiva ou temporária. As prisões provisórias devem integrar a reflexão aqui proposto, pois submetem os indivíduos as mesmas violações dos presos condenados que cumprem pena em regime fechado.

A prisão preventiva deve observar o disciplinamento dos artigos 311 em diante do Código de Processo Penal²¹. Combinado com o artigo 282 e parágrafos concluir-se-á que a prisão preventiva deve ser decretada de maneira excepcionalíssima, devendo haver demonstração da inadequação das outras medidas cautelares diversas, bem como presentes os pressupostos. Respeitadas as categorias próprias do Código de Processo Penal devem estar presente o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*²².

Superadas as condições legais para o indivíduo ser recolhido à prisão é necessária a realização de alguns apontamentos no que tange a Lei de Execuções Penais e as garantias que devem acompanhar todo o preso. Frisa-se, são garantias mínimas, não havendo possibilidade de “negociá-las”, adiá-las, ou coisas do tipo. Basta que o indivíduo seja capturado e esteja sob a tutela do Estado e as condições têm de ser implementadas e respeitadas.

Inicialmente o capítulo II da Lei de Execuções Penais, a partir do artigo 10 até o artigo 24, prevê uma rede de assistência ao preso. O estado deve lhe proporcionar assistência religiosa, educacional, social, jurídica, à saúde e material. Já no artigo 40 impõe genericamente o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios, dispondo em um rol extenso no artigo 41 especificando os direitos dos presos²³.

20 Ibidem, refere-se pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado nas casas prisionais em consideração as outras formas de cumprimento, regime aberto e semi-aberto, previstas nos artigos seguintes. A pena fora da prisão não é objeto do presente artigo.

21 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro De 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República. 1941, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, acesso em 01/08/2019.

22 LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas : Lei 12.403/2011**. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 71-80.

23 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília: Presidência da República. 11 de julho de 1984, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm, acesso em 13/10/2019.

As cadeias, como regra, não garantem esses direitos mínimos, os presos são violados massivamente em suas garantias, tendo-lhe suprimidos também a dignidade com o passar do tempo. A superlotação também é um fato que inviabiliza o atendimento desses preceitos básicos. Tomando-se como referência a Cadeia Pública de Porto Alegre, percebe-se que está muito acima do que suportaria. Tendo 1.800 vagas abriga em torno de 4.200 presos²⁴.

O mapa carcerário do Rio Grande do Sul aponta o mesmo fato, ou seja, superpopulação carcerária, uma total falta de vagas para abrigar os presos. Todos os estados da federação na verdade possuem algum déficit de vagas conforme os dados oficiais, sendo a superlotação carcerária um fato notório²⁵.

As dificuldades enfrentadas pelos presos possuem severas consequências, um agravamento da criminalidade, da violência, em especial com o surgimento e fortalecimento de facções criminosas. Esses grupos criminosos possuem diversas finalidades, uma delas é buscar reconhecimento na sociedade e respeito à sua condição humana²⁶.

Delineadas as questões legais sobre a prisão, seu funcionamento, dispositivos que permitem a retroalimentação da superlotação, sempre com violações aos direitos dos apenados, chega-se a algumas constatações que são insuperáveis. Os criminosos se organizam para pleitear seus direitos e reduzem suas violações, dominando assim o funcionamento das casas prisionais e as utilizando como “escritórios do crime”. Passa-se então a explorar melhor em números os problemas da superlotação carcerária, fazendo-se logo após uma análise das consequências conjuntamente com uma reflexão sobre o atual sistema punitivo.

5 ATUAL FALTA DE VAGAS E DEFICITÁRIA INFRAESTRUTURA: ADPF 347

O Brasil possui hoje mais de 800 mil presos, representando assim o dobro de sua capacidade.²⁷ Aproximadamente 40% dos indivíduos que ocupam as ca-

24 LEÃO, Karolaine; RODRIGUES, Tamires. Presídio Central é o retrato do caos do sistema carcerário brasileiro. **Humanitas UFRGS**, 24 de outubro de 2019, disponível em <https://www.ufrgs.br/humanita/2019/10/24/presidio-central-e-o-retrato-do-caos-do-sistema-carcerario-brasileiro/>, acesso em 28/11/2019.

25 Conselho Nacional de Justiça. Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. Fonte: Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIPEP). Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 27/11/2019.

26 CIPRIANI, Marcelli. Presídio Central de Porto Alegre e os coletivos criminais do Rio Grande do Sul. **Instituto Humanitas Unisinos**, junho de 2017. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/568547-presidio-central-de-porto-alegre-e-os-coletivos-criminais-do-rio-grande-do-sul-entrevista-especial-com-marcelli-cipriani>, acesso em 29/10/2019.

27 Crédito a Luiz Felipe Barbieri. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-pre>

deias estão presos preventivamente²⁸, ou, seja há vagas para manter os condenados, surgindo o déficit pela imensa massa de presos provisórios.

O Rio Grande do Sul possui aproximadamente 42.000 pessoas presas²⁹, tendo uma média um pouco abaixo da nacional apresenta em torno de 25% de presos provisórios. No entanto, possui aproximadamente 25 mil vagas³⁰. A superlotação carcerária no Brasil e no Rio Grande do Sul é fato notório.

A falta de vagas nos sistema prisional se soma a total falta de estrutura dos presídios em todo o Brasil. Ensejou, inclusive, a impetração de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao STF onde se postula o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

A ADPF foi distribuída no ano de 2015, com relatoria do Ministro Marco Aurélio ainda não teve seu deslinde. No momento inicial, na primeira manifestação do Relator, teve parcial acolhida a pretensão de tutela cautelar para liberação dos valores do Fundo Penitenciário Nacional vedando-se qualquer contingenciamento, bem como determinado a realização de audiência de custódia para todos os flagrados a nível nacional³¹.

A ação que busca o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro funda-se em diversos levantamentos sobre as condições das cadeias. Há violações de inúmeros direitos de cunho constitucional, convencional e legal dos apenados, constando-se que o sistema carcerário carece de qualquer legalidade. Busca-se assim o reconhecimento de falência de todo o sistema carcerário. A ADPF comporta todas as críticas possíveis e já feitas por estudos sobre as prisões, cabendo agora ao STF analisar o pleito e, talvez, criar um novo rumo para a punição e o tratamento dos conflitos sociais.

Destaca-se por fim que a superlotação carcerária e a falta de qualquer infraestrutura que garanta a dignidade dos presos possui diversas consequências, inicialmente para os próprios violados, mas também para a sociedade. Assim,

sos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml, acesso em 28/11/2019.

28 Conselho Nacional de Justiça. Presos provisórios. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tag/presos-provisorios/>, acesso em 28/11/2019.

29 Superintendência dos Serviços Penitenciários. Disponível em http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=18#, acesso em 28/11/2019.

30 Conselho Nacional do Ministério Público. Relatório de visitas prisionais. Disponível em https://www.cncmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CSP/RELAT%C3%93RIOS_DE_VISITAS/Relat%C3%B3rio_Final_RS.pdf, acesso em 29/11/2019.

31 Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, Relator Marco Aurélio, 2015, disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>, acesso em 28/11/2019.

é necessário, a partir desses pressupostos, refletir sobre a punição na atualidade, considerando a realidade das casas prisionais e os demais elementos expostos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo não tem o condão de apresentar uma solução para o complexo problema do sistema punitivo atual. Objetiva-se tão e somente colocar em evidência alguns fatos que devem ser considerados para refletir, tanto sobre a punição tradicionalmente concebida como sobre a prisão.

Destaca-se inicialmente o breve cotejamento histórico sobre a transformação das punições em torno do globo terrestre. Foi a partir do século XVI que se percebeu a utilização da prisão como pena em si. Antes disso, ainda que já existisse e fosse utilizada, tinha a finalidade de custodiar o preso até a decisão final sobre a pena que seria aplicada. Visava impedir que o acusado fugisse ou de alguma forma pudesse interferir no julgamento, nas provas e testemunhas.

Com a massiva utilização da prisão como pena, especialmente no final do século XIX, com advento de uma legislação que tem como *prima face* a prisão, o sistema carcerário atingiu seu ápice de superlotação e funcionamento. Ainda que se criem vagas nas cadeias o déficit continua presente. Tal fato enseja na manutenção de presos que permanecem segregados fora das cadeias pela total insuficiência de vagas. São acorrentando em viaturas, ônibus, postes e onde mais houver possibilidade de fazer a contenção³².

Essa nova realidade impõe que se faça uma reflexão sobre o fenômeno punitivo e sobre a utilização da prisão. Ela atende as finalidades de resolução dos problemas sociais tutelados pela norma? Caso a resposta fosse positiva não teria razão de existência o presente artigo. A punição nos moldes atuais, bem como a prisão, não corresponde a uma redução da violência, do crime ou da insegurança pública, ambas devem ser objetos de reflexão para que se busque novas formas de resolução dos conflitos sociais e tutela dos bens jurídicos.

BIBLIOGRAFIA

BECARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de José de Faria Costa, 2º ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1776.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 2.ed.rev.atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

32 BM admite que presos foram algemados a lixeira de forma inadequada. Jornal Correio do Povo. 09/11/2016. Disponível em <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/bm-admite-que-presos-foram-algemados-a-lixreira-de-forma-inadequada-1.216659>, acesso em 29/11/2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas – 4º ed. – São Paulo : Saraiva 2011.

BM admite que presos foram algemados a lixeira de forma inadequada. *Jornal Correio do Povo*. 09/11/2016. Disponível em <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/bm-admite-que-presos-foram-algemados-a-lixreira-de-forma-inadequada-1.216659>, acesso em 29/11/2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República. 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, Presidência da República, 1940, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 06/07/2019.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República. 11 de julho de 1984, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm, acesso em 13/10/2019.

Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>, acesso em 25/11/2019.

CIPRIANI, Marcelli. Presídio Central de Porto Alegre e os coletivos criminais do Rio Grande do Sul. Instituto Humanitas Unisinos, junho de 2017. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/568547-presidio-central-de-porto-alegre-e-os-coletivos-criminais-do-rio-grande-do-sul-entrevista-especial-com-marcelli-cipriani>, acesso em 29/10/2019.

Conselho Nacional de Justiça. Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. Fonte: Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP). Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 27/11/2019.

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 22/11/2019.

Conselho Nacional do Ministério Público, disponível em <https://www.cncmp.mp.br/portal/publicacoes/11797-avisaodosistemaprisionalbrasileiro>, acesso em 20/11/2019.

CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>, acesso em 28/11/2019.

CPI do sistema carcerário. Câmara dos deputados. 2009. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito>, acesso em 20/10/2019.

DEPEN, auditorias realizadas no sistema prisional brasileiro. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/acesso-a-informacao/auditorias>, acesso em 20/10/2019.

LEÃO, Karolaine; RODRIGUES, Tamires. Presídio Central é o retrato do caos do sistema carcerário brasileiro. Humanitas. 24 de outubro de 2019, disponível em <https://www.ufrgs.br/humanista/2019/10/24/presidio-central-e-o-retrato-do-caos-do-sistema-carcerario-brasileiro/>, acesso em 28/11/2019.

LOPES Jr. Aury. Direito Processual Penal. – 9º ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas : Lei 12.403/2011. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 71-80.

FOUCALT, Michael. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

RUSCHE, Georg. Punição e estrutura social; tradução, revisão técnica e nota introdutória por Gizlene

Neder. – Rio de Janeiro ; Freitas Bastos, 1999.

Superintendência dos Serviços Penitenciários. Disponível em http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=18#, acesso em 28/11/2019.

STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 347. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>, acesso em 30/10/2019.

REFLEXÕES SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA NO BRASIL

Beatriz Daguer¹

Rafael Junior Soares²

RESUMO: O artigo examina a criminalização da corrupção privada no ordenamento jurídico pátrio, pois muito se tem discutido sobre a necessidade de sua existência para fins de política criminal no combate à corrupção. Embora existam avanços legais e pragmáticos no âmbito nacional para enfrentamento da corrupção pública, faz-se necessário aprofundar o estudo para identificar os principais aspectos e contornos da tipificação da corrupção privada. Com base em tratados firmados pelo Brasil, notadamente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, bem como observando a tutela de bem jurídico e os princípios penais da *ultima ratio*, intervenção mínima e legalidade, o objetivo é verificar se há necessidade de interferência estatal para reprimir a existência de atos corruptivos ocorridos no setor privado. Para tanto, buscar-se-á desenvolver a pesquisa por meio do método dedutivo, com a utilização de pesquisa bibliográfica e documental, para o fim de estabelecer uma posição sobre o tema.

Palavras-chave: Criminalização, corrupção privada, lei penal.

ABSTRACT: The article examines the criminalization of private corruption in the legal system, since much has been discussed about the necessity of its existence for criminal policy purposes in the fight against corruption. Although there are legal and pragmatic advances at the national level to address public corruption, further study is needed to identify the main aspects and contours of the typification of private corruption. Based on treaties signed by Brazil, notably the United Nations Convention against Corruption, as well as

1 Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal Econômico na PUCPR, Campus Londrina. E-mail: bedaguer@hotmail.com.

2 Mestrando em Direito Penal pela PUCSP. Professor de Direito Penal e Processo Penal na PUCPR, Campus Londrina. E-mail: rafael@advocaciabittar.adv.br.

observing the protection of the legal good and the penal principles of ultima ratio, minimum intervention and legality, the objective is to verify if there is a need for state interference to curb corruption in the private sector. To this end, we will seek to develop research through the deductive method, using bibliographic and documentary research, in order to establish a position on the subject.

Keywords: Criminalization, private corruption, criminal law.

1 INTRODUÇÃO

Especialmente nas últimas duas décadas, o Brasil tem assistido a exposição de casos relacionados a atos de corrupção, notadamente por parte de parlamentares e funcionários da Administração Pública em geral. O fenômeno da corrupção sistêmica foi publicamente desvelado especialmente a partir do advento do denominado Mensalão, trazendo como uma das principais pautas políticas de que forma deveriam ser implementados mecanismos para combate do tema.

O enfrentamento da corrupção pública tem se dado preponderantemente pela criação de novas leis, sejam elas penais, civis e administrativas, o que ocasionou certa sobreposição normativa e problemas em sua aplicação e efetividade. Ocorre que, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, a legislação brasileira não abarca a conduta de corrupção ocorrida no setor privado, mas visa coibir tão somente a corrupção na seara pública.

A partir da ratificação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, bem como de casos pontuais ocorridos, como o “Caso Fifa”, a discussão sobre a falta de norma específica veio à tona, porque, com a globalização e as novas formas de tecnologia, as relações empresariais se tornaram um dos focos principais para obtenção de vantagem indevida.

Por sua vez, tem atraído amplo destaque o suborno e o recebimento de vantagens ilícitas no setor privado, onde o interesse individual se sobrepõe ao interesse da empresa, de modo que o funcionário age em desconformidade com o ato de ofício que lhe é inerente. Em regra, tal prática se dá com o objetivo de obtenção de sucesso em negociações realizadas entre empresas e também no âmbito dos esportes, principalmente no setor futebolístico. Referidas ações são capazes de ferir questões do âmbito concorrencial, gerando desequilíbrio entre as partes envolvidas e afetando os concorrentes diretos.

Considerando a crescente expansão do Direito Penal, a banalização do sis-

tema penal e a sobreposição normativa que visa tutelar atos de corrupção no Brasil, buscar-se-á definir se há imprescindibilidade na elaboração de mais uma norma penal para tutelar essas condutas e de que forma seu enfrentamento poderia se dar de modo mais eficaz.

Por fim, impõe-se relevante formular análise a partir do que dispõem os tratados que versam sobre a corrupção e a dignidade penal do bem jurídico tutelado nas proposições de lei que já tramitam perante o Congresso Nacional.

2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE CORRUPÇÃO PRIVADA

A discussão acerca da necessidade de se tipificar atos de corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro surge especialmente a partir dos tratados ratificados de combate à corrupção nos últimos anos, os quais se tornaram cada vez mais correntes e estipulam recomendações sobre as formas de criminalização no plano interno dos países signatários. Neste aspecto, é fundamental a breve análise dos textos legais, a fim de se identificar a evolução dos países em torno da corrupção e suas facetas. Como afirma Guilherme Siqueira Vieira, ao tratar da corrupção privada, “o interesse surgido ao final dos anos 90 em promover a repressão penal à corrupção encetada nas estruturas empresariais e nas práticas de mercado acabou tomando por base o sistema criminal alemão”.³

O fato é relevante na medida em que a globalização, de certa forma, contribuiu para os processos de corrupção, pois os interlocutores desiguais, especialmente no aspecto econômico, são obrigados a se relacionarem, fazendo com que muitas vezes esta relação não se dê dentro da legalidade. Isso fez com que se reconhecesse o caráter transcendental da corrupção, obrigando com que os países realizassem um esforço conjunto na apuração desta espécie de criminalidade.⁴

Em termos cronológicos, a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos de 1996⁵ foi incorporada no ordenamento jurídico por meio do Decreto nº. 4410/2002, com o escopo de trazer balizas quanto ao aspecto preventivo consistente em dar maior transparência à coisa

3 VIEIRA, Guilherme Siqueira. Considerações acerca da política criminal comunitária europeia sobre o delito de corrupção privada e o interesse penalmente tutelado por ele. **Boletim IBCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 18-19., set. 2019.

4 FOLLONI, André; GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. Globalização e corrupção em uma sociedade complexa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 162/2019, p. 219-256.

5 Embora a Convenção tenha surgido na década de 90, apenas Colômbia, Venezuela e recentemente o Chile possuem o crime de corrupção privada. SIMÕES, Pedro; SOUZA, Flora Sartorelli de; IKEDA, Natalia. Motivações e efeitos da corrupção privada – que no Brasil ainda não é crime. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/pedro-simoes-motivacoes-efeitos-corrupcao-privada-brasil>>. Acesso em 01 dez.19.

pública e obstar a prática de condutas corruptas (artigo 3º), bem como repressivo com a adoção de medidas repressivas e processuais, bem como procedimentos relacionados à cooperação internacional (artigo 4º ao 20).

O escopo consistia em estabelecer padrões internacionais de procedimentos e normas de enfrentamento à corrupção, guia para países signatários e que venham a aderir, incentivo aos Estados manterem as boas práticas e aperfeiçoarem sua estrutura normativa; difusão da percepção da corrupção como algo nocivo e desenvolvimento da cooperação, funcionando como um catalisador dessas normas que se encontram esparsas pelo Direito Constitucional, Administrativo, Tributário, Penal e Civil, para possibilitar sua inserção em um único sistema – o de combate à corrupção⁶.

Apesar da relevância do instrumento internacional examinado, não houve menção no texto legal à corrupção privada.

Logo na sequência, sobrevém a Convenção de Combate da Corrupção de Funcionários Público Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 3.678/00, com enfoque na corrupção ativa destinada ao funcionário público estrangeiro, o que evidenciava o escopo bem específico do tratado internacional.

Já a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa de 1999, embora se dê no âmbito regional, foi mais clara ao abordar a questão da corrupção privada, pois nos arts. 7º e 8º trouxe a necessidade de atenção pelos Estados quanto à promessa ou entrega e solicitação, aceitação ou recebimento de vantagem indevida no âmbito de atividade comercial.⁷ Com efeito, via-se o alargamento da criminalização da corrupção que antes se restringia a esfera pública, justificando-se que a esfera privada não deveria ser ignorada em razão dos malefícios trazidos pela afetação da concorrência⁸.

Finalmente, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, inserida no ordenamento pátrio pelo Decreto nº. 5.687/03, versa especificamente sobre o

6 CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização no direito penal brasileiro considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 89/2011, p. 95-130, mar.-abr./2011.

7 CONVENÇÃO PENAL SOBRE A CORRUPÇÃO. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_penal_sobre_corrucao.pdf>. Acesso em: 01 dez.19.

8 VIEIRA, Guilherme Siqueira. **A modalidade delitiva da corrupção privada: uma análise político-criminal e suas repercussões econômicas no desenvolvimento social**. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

“setor privado” em seu artigo 12⁹, instituindo recomendações para que cada Estado Parte adote medidas que visem à prevenção da corrupção ocorrida no setor privado, bem como melhorar suas normas contábeis e de auditoria, e prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes em caso de não cumprimento destas. Ademais, especificamente no artigo 21, indica que cada Estado parte considerará a possibilidade de criminalização da corrupção privada.

Observa-se, portanto, que com o movimento internacional de regulação e aprimoramento dos mecanismos de enfrentamento da corrupção na esfera pública, os atores passaram paulatinamente a se ocupar da corrupção privada, surgindo, inclusive, disposições específicas sobre o tema. O Brasil tem atendidos aos compromissos ratificados internacionalmente com a finalidade de prevenir, identificar e sancionar a corrupção, de modo que a corrupção privada inaugura novo debate para os operadores do direito.

3 DA (DES)NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA

Consoante anteriormente mencionado, o tema aqui abordado está longe de chegar ao fim, de modo que já foi objeto de amplo debate no âmbito acadêmico desde quando as primeiras tentativas de tipificação da corrupção entre particulares veio à tona, sendo relevante mencionar ainda o protagonismo auferido pelo tema corrupção no Brasil nas últimas duas décadas, fator que culminou na maior propagação de estudos e controvérsias sobre o fenômeno.

9 Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas. 2. As medidas que se adotem para alcançar esses fins poderão consistir, entre outras coisas, em: a) Promover a cooperação entre os organismos encarregados de fazer cumprir a lei e as entidades privadas pertinentes; b) Promover a formulação de normas e procedimentos com o objetivo de salvaguardar a integridade das entidades privadas pertinentes, incluídos códigos de conduta para o correto, honroso e devido exercício das atividades comerciais e de todas as profissões pertinentes e para a prevenção de conflitos de interesses, assim como para a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e as relações contratuais das empresas com o Estado; c) Promover a transparência entre entidades privadas, incluídas, quando proceder, medidas relativas à identificação das pessoas jurídicas e físicas envolvidas no estabelecimento e na gestão de empresas; d) Prevenir a utilização indevida dos procedimentos que regulam as entidades privadas, incluindo os procedimentos relativos à concessão de subsídios e licenças pelas autoridades públicas para atividades comerciais; e) Prevenir os conflitos de interesse impondo restrições apropriadas, durante um período razoável, às atividades profissionais de ex-funcionários públicos ou à contratação de funcionários públicos pelo setor privado depois de sua renúncia ou aposentadoria quando essas atividades ou essa contratação estejam diretamente relacionadas com as funções desempenhadas ou supervisionadas por esses funcionários públicos durante sua permanência no cargo; f) Velar para que as empresas privadas, tendo em conta sua estrutura e tamanho, disponham de suficientes controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção e para que as contas e os estados financeiros requeridos dessas empresas privadas estejam sujeitos a procedimentos apropriados de auditoria e certificação; (...) BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

Neste sentido, faz-se necessário analisar tanto os argumentos utilizados a favor da criminalização da corrupção privada, quanto os argumentos contrários. Inicialmente, é importante destacar debate realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o qual trouxe duas figuras de gabarito para versarem sobre a necessidade ou não de tipificar a corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro.

De um lado, Conrado Gontijo¹⁰ defende a imprescindibilidade de criação do novo tipo penal em nosso ordenamento jurídico, afirmando que o Brasil desatende o disposto no artigo 21 da Convenção da ONU, que suscita que os países signatários deverão adotar medidas para qualificar como delito a corrupção privada. Por sua vez, o autor defende que a referida conduta afetaria múltiplos bens jurídicos dotados de dignidade penal, notadamente o patrimônio e a concorrência, tendo, portanto, natureza pluriofensiva.

O autor exemplifica seu pensamento discorrendo que “os mecanismos normativos extrapenais que incidem sobre tal fenômeno, comprovadamente, são insuficientes para coibi-lo”¹¹, ressaltando a ineficácia das medidas na área civil ou trabalhista. Em sua visão, o fato de inexistir dispositivo que trate dessa conduta faz com que a sociedade não tenha consciência da extensão do dano que pode vir a ser causado por ela, além de favorecer esse tipo de prática.

Em contraposição a Gontijo, William Terra¹² defende ser desnecessária a criação de nova norma penal, especialmente sob o ponto de vista da expansão do Direito Penal, ressaltando existirem sérios problemas sobre a *sistematização* do Direito Penal brasileiro. Dentre seus argumentos, menciona que:

são baixos os índices de efetiva punibilidade e cumprimento de pena no campo dos delitos econômicos e relacionados com a corrupção. Melhor seria a aplicação de instrumentos penais por equiparação, como a extensão do conceito de funcionário público no setor privado ou a utilização de fundamentos dogmáticos relacionados com a *infração de deveres de garantia*, sempre dentro de parâmetros de razoabilidade.

Ademais, Terra defende que o legislador brasileiro tem abandonado a utilização de instrumentos penais e extrapenais já existentes e que poderiam ser aperfeiçoados ou utilizados de forma inovadora. Saliencia também existirem pro-

10 GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. É necessária a criminalização da “corrupção privada”? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 299, p. 2., out. 2017.

11 Id.

12 TERRA, William. É necessária a criminalização da “corrupção privada”? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 299, p. 3, out. 2017.

blemas com relação ao bem jurídico tutelado pela conduta de corrupção entre particulares, uma vez que possui várias faces, subsistindo uma linha tênue entre a efetiva lesão a um bem jurídico e uma mera exposição a perigo hipotético.

Por fim, considera que o Brasil ainda não se encontra dotado de maturidade suficiente para elaboração dessa norma penal, visto carecer de debate no cenário atual, afirmando que “a ampliação simbólica do espectro da norma penal (mais delitos, mais penas) marcada por objetivos de *prevenção geral*, com o abandono de outras vias, implica a expansão de um sistema punitivo que já é bastante complexo e confuso”¹³.

Corroborando a linha de raciocínio, é plausível asseverar de que devem ser observados os princípios da subsidiariedade e *ultima ratio* da esfera penal, o que pouco se tem discutido quando da elaboração de uma norma, vindo a ocasionar uma banalização do Direito Penal, algo para o qual ele não se presta.

Analisando discussões sobre a matéria, é possível afirmar que existem outras normativas vigentes passíveis de abarcar atos de corrupção no setor privado, notadamente o estelionato¹⁴, a violação de sigilo profissional¹⁵ e a concorrência desleal¹⁶ (prevista na Lei nº 9.279/1996), além da possibilidade de condutas se subsumirem à associação criminosa¹⁷ e organização criminosa¹⁸, os quais foram abordados por Leandro Falavigna e Paulo Tiago Sulino Muliterno, como sendo

13 Id.

14 Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento; Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

15 Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: I - permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; II - se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. § 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

16 Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos. § 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

17 Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

18 Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

sinônimos da corrupção privada¹⁹.

Nota-se que determinadas práticas semelhantes a atos de corrupção privada podem ser aplicadas a casos concretos, não obrigando necessariamente a criação de uma nova norma. Além disso, os delitos já existentes também poderiam ser modificados, em especial a concorrência desleal, que poderia ter sua redação mais direcionada às condutas aqui discutidas.

Neste aspecto, o artigo 195, da Lei nº 9.279/1996, que tem como escopo punir “aquele que emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”, “dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem” e “recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador”, também pode ter sua pena modificada ou sua redação alterada, de modo que se faz necessária maior discussão legislativa e dogmática sobre o tema, para se constatar qual seria, de fato, a melhor alternativa para o enfrentamento do tema, sendo, todavia, inegável que estas condutas possuem grande identidade com o que se pretende ao criminalizar a corrupção privada.

Em termos dogmáticos, para elaboração e implementação da referida norma, impõe-se como necessária maior discussão sobre a proporcionalidade da pena, o bem jurídico a ser tutelado (empresa, patrimônio, concorrência etc.), bem como preocupação com sua efetividade em termos práticos, o que, como se verá adiante, da forma como se pretende até o momento, não parece adequada. Sob essa ótica, o ordenamento brasileiro certamente não se mostra apto a receber tal normativa penal no atual momento, dado que é necessário maior investimento financeiro e institucional das áreas administrativas, civil e trabalhista para lidar com o tema.

4 OS PROJETOS DE LEI PARA CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA

Deve-se destacar que até o momento foram realizadas algumas tentativas de se introduzir o delito de corrupção privada na ordem normativa, de modo que em alguns momentos o Congresso Nacional se ocupou de versar sobre o assunto,

19 FALAVIGNA, Leandro; MULITERNO, Paulo Tiago Sulino. **A corrupção privada no Brasil**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI251890,-61044-A+corrupcao+privada+no+Brasil>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

todavia, de forma superficial, sem que se verifique debate mais profundo sobre o assunto.

Primeiramente, o Projeto de Lei nº 236/2012, mais conhecido como Projeto de Reforma do Código Penal, tenta instituir no artigo 167 do Código Penal, a denominada “corrupção entre particulares”, no Título “Crimes contra o Patrimônio”, por meio da seguinte redação:

Art. 167 - Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições: Pena - prisão, de um a quatro anos. Parágrafo único: Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.

Referido projeto de lei tramita há sete anos e até o momento não há previsão sobre sua aprovação, sendo necessário, portanto, discutir o tipo penal atribuído a essa conduta.

Adriano Teixeira promove críticas no tocante à técnica legislativa adotada, afirmando que pela redação da norma é possível verificar a exclusão do modelo concorrencial, com a adoção do modelo trabalhista e patrimonial,

eis que, no caput, o foco está na realização ou omissão de um ato inerente às atribuições do empregado ou representante da empresa ou instituição privada, ao passo que no parágrafo segundo aumenta-se a pena na hipótese em que a conduta do agente causa à empresa ou instituição privada um dano patrimonial²⁰.

Analisando referido dispositivo, verifica-se que o bem jurídico a ser tutelado é o patrimônio e que a pena atribuída para a conduta é consideravelmente inferior àquelas que abarcam atos de corrupção pública, podendo, inclusive, ocasionar problemas na efetividade de sua aplicação.

Na tentativa de alterar o Decreto-lei nº 2.848/1940 por meio do PLS 236/2012 e incluir a corrupção privada como um delito autônomo, situa-se a seguinte justificativa: “*A corrupção privada, hoje fato atípico, contribui para a geração de uma cultura de corrupção, que ajuda a alimentar a variação mais severa deste comportamento, aquela que envolve servidores públicos*”. Desta argumentação, vê-se facilmente que o legislador pouco se debruçou sobre o tema e não se interessou em fazer pesquisas empíricas e racionais para elaborar a proposição.

20 TEIXEIRA, Adriano. Crimes de corrupção: considerações introdutórias sobre o crime de corrupção privada. In: **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Orgs: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. Editora D'Plácido: Belo Horizonte, 2017.

Mais recentemente, no ano de 2016, foi proposto por iniciativa da CPI do Futebol, o PLS nº 455/2016, como resposta a práticas ocorridas neste ambiente, que visa incluir o crime de “corrupção privada” no artigo 196-A, do Código Penal, na medida em que estabelece pena para aquele indivíduo que:

Art. 196-A. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, o diretor, o administrador, o membro de conselho ou de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto, o representante ou o empregado da empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, a vantagem indevida.

Para apresentação deste tipo penal, foi elaborado Relatório Final, com base em estudos formulados pelos membros da CPI sobre diversas temáticas, o qual justifica a elaboração da corrupção privada. Nesta linha, depreendeu-se que “o bem jurídico que deve ser tutelado é a lealdade na concorrência”²¹, até porque a norma seria incluída no Capítulo IV, que trata “Dos crimes de concorrência desleal”, que atualmente não conta com nenhum dispositivo vigente.

Ainda, em sua justificativa, é assinalada a seguinte conclusão final:

(j) mudar o Código Penal, para prever o inédito crime de corrupção privada, inspirado no modelo da União Europeia. Trata-se de instrumento legal que pode se revelar muito útil para os órgãos de persecução penal quando as medidas vigentes se mostrarem insuficientes ou sem a força intimidatória e pedagógica necessárias²².

No tocante à pena destinada ao artigo 196-A, se assemelha àquela fixada na proposta do artigo 167, sendo diferenciada tão somente por prever a pena de multa junto com a reclusão de um a quatro anos.

O PLS nº 455/2016 tramita em conjunto com outras proposições, mas possui maior chance de ser aprovado em contrapartida ao PLS 236/2012, que é mais complexo e demanda maior análise em diversos aspectos.

Da análise de ambas as proposições, constata-se uma divergência e falta de harmonização sobre o que se quer tutelar com relação a atos de corrupção ocorridos no setor privado, de forma que a questão relativa ao bem jurídico ainda se

21 SENADO FEDERAL. Relatório Final – CPI do Futebol. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3769412&ts=1572469433039&disposition=inline>>. Acesso em: 26 nov. 2019, p. 186.

22 SENADO FEDERAL. Relatório Final – CPI do Futebol. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3769412&ts=1572469433039&disposition=inline>>. Acesso em: 26 nov. 2019, p. 249.

mostra falha e pouco refletida, estando em aparente dissonância com o que de fato se pretende, inclusive com relação às penas que possam eventualmente ser aplicadas para aquele agente desleal funcionário ou administrador que oferece ou recebe vantagem ilícita, a qual será aparentemente ineficiente quando aplicada nestes termos.

Não se nega a problemática que envolve o tema, que traz consequências terríveis para a sociedade como um todo, mas a falta de maturidade para discutir o tema é um fator determinante contrário à elaboração de nova norma penal nessas condições, visto que sequer se sabe o que se quer defender.

Neste sentido, Guilherme Siqueira Vieira salienta que:

acaso entenda-se efetivamente necessária criação de uma modalidade delitiva de corrupção de caráter privatístico - não deve decorrer de mera liberalidade legislativa ou reprodução irrefletida de normativas estrangeiras, ponderando-se com aprofundamento a real necessidade e proporcionalidade da eventual criminalização dessa conduta, pois notoriamente não se presta o Direito Penal, *prima facie*, a regular a atividade econômica ou orientar o mercado.

Observa-se não haver a determinação do interesse jurídico de tutela penal, “principalmente para não acabar cedendo a uma tipificação simbólica, sendo apenas mais uma criação legislativa decorrente do movimento expansionista e da globalização enfrentados pelo Direito Penal, sem aplicação efetiva ou adequação aos propósitos da *ultima ratio*”²³.

Neste aspecto, a posição aqui adotada é no sentido de que o Brasil carece de debate eficiente capaz de incluir o delito de corrupção privada na ordem normativa penal, até porque o ordenamento brasileiro, de acordo com as peculiaridades do país, em muito se difere dos estrangeiros que já tipificaram a conduta há algum tempo, não sendo possível simplesmente compará-los à luz da normativa internacional.

Por outro lado, relevante mencionar a imprescindibilidade de se efetivarem os mecanismos extrapenais já existentes, bem como as condutas que podem abarcar atos de corrupção privada, ainda que com nomenclatura diversa, como o estelionato, a concorrência desleal, a violação de sigilo profissional. Além disso, há de se levar em consideração a dificuldade para o Estado em investigar esse tipo de comportamentos, à vista da complexidade dos fatos chegarem ao conhecimento das autoridades competentes.

23 VIEIRA, Guilherme Siqueira. Considerações acerca da política criminal comunitária europeia sobre o delito de corrupção privada e o interesse penalmente tutelado por ele. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 18-19., set. 2019.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a questão da corrupção privada, a fim de se identificar a necessidade de introdução no ordenamento jurídico nacional.

Desse modo, constatou-se que com a globalização, o tema da corrupção tornou-se cada vez mais recorrente nos tratados internacionais, avançando, inclusive, da preocupação inicialmente existente da esfera pública para a esfera privada. Ou seja, nos compromissos assumidos pelos países nas Convenções e Tratados Internacionais de combate à corrupção, foram incluídos dispositivos visando à criminalização da corrupção privada, sob o argumento de que a conduta resultava em grave desequilíbrio concorrencial.

Na sequência, foram examinados os argumentos favoráveis e contrários à criminalização. Como visto anteriormente, a corrente favorável à criação do tipo penal baseia-se especialmente na necessidade de proteção à livre concorrência, visto que a corrupção privada é capaz de gerar sérios prejuízos patrimoniais a partir do desequilíbrio gerado nas atividades comerciais. Por outro lado, a linha contrária sustenta, em suma, que a criação do novo crime caminhará na contramão dos princípios do Direito Penal, ao colaborar com sua indevida expansão sem que se constate a ineficácia das demais searas do direito. Da mesma forma existiria dificuldade na identificação do bem jurídico efetivamente tutelado.

Apesar da existência de alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre a corrupção privada, cada um com uma vertente de criminalização, é inegável que o debate sobre o tema ainda está em sua fase embrionária. Cabe, assim, aos operadores do direito ficarem atentos aos movimentos do Poder Legislativo, a fim de que possam contribuir com a decisão e os limites a serem definidos sobre a necessidade de criminalização da conduta e sua interferência a vida do cidadão.

Conclui-se que o movimento internacional de combate à corrupção no qual o Brasil se inseriu possibilitou diversas modificações no cenário de prevenção, identificação e punição das condutas. Nesta perspectiva, é preciso estar atento porque os compromissos internacionais apontam modificações constantes no cenário nacional, como é o caso da corrupção privada. No entanto, ainda que sejam relevantes orientações internacionais, a criação de novas leis sobre o assunto, especialmente a criação de novos crimes, deve seguir a racionalidade do Direito Penal e seus princípios basilares, exigindo-se criteriosa análise dos atores jurídicos, com o escopo de se evitar um mero direito penal simbólico, bem como a ofensa de garantias individuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 27 out. 2019.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. **Lei da Propriedade Industrial**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização no direito penal brasileiro considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 89/2011, p. 95-130, mar.-abr./2011.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/convencao.html>>. Acesso em: 27 out. 2019.

CONVENÇÃO PENAL SOBRE A CORRUPÇÃO. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_penal_sobre_corrucao.pdf>. Acesso em: 01 dez.19.

DAVID, Décio Franco; MORAIS, Renato Watanabe de. A conduta de corrupção privada e a função penal de tutela de bens jurídicos: um olhar sobre o “caso” Brasil. In: **Corrupção, Direitos Humanos e Empresa**. Org: SAAD-DINIZ, Eduardo; LAURENTIZ, Victoria Vitti. p. 261-281. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

FALAVIGNA, Leandro; MULITERNO, Paulo Tiago Sulino. **A corrupção privada no Brasil**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI251890,61044-A+corruptcao+privada+no+Brasil>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

FOLLONI, André; GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. Globalização e corrupção em uma sociedade complexa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 162/2019, p. 219-256.

GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. Projeto de Código Penal em debate: o crime de corrupção privada e o PLS 236/2012. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 260, p. 17-19., jul. 2014.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. É necessária a criminalização da “corrupção privada”?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 299, p. 2., out. 2017.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Breves anotações sobre os crimes de corrupção passiva e corrupção privada na legislação penal espanhola. In: **LIVRO homenagem a Miguel Reale Júnior**. Coordenação de Janaina Conceição PASCHOAL, Renato de Mello Jorge SILVEIRA. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

_____. **A modalidade delitiva da corrupção privada: uma análise político-criminal e suas repercussões econômicas no desenvolvimento social**. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

SENADO FEDERAL. **Projeto tipifica o crime de corrupção privada**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/06/projeto-tipifica-o-crime-de-corruptcao-privada>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 - Novo Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Relatório Final – CPI do Futebol. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3769412&ts=1572469433039&disposition=inline>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

SIMÕES, Pedro; SOUZA, Flora Sartorelli de; IKEDA, Natalia. **Motivações e efeitos da corrupção privada – que no Brasil ainda não é crime**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/pedro-simoes-motivacoes-efeitos-corrupcao-privada-brasil>>. Acesso em 01 dez.19.

TEIXEIRA, Adriano. Crimes de corrupção: considerações introdutórias sobre o crime de corrupção privada. In: **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Orgs: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. Editora D'Plácido: Belo Horizonte, 2017.

TERRA, William. É necessária a criminalização da “corrupção privada”? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 299, p. 3., out. 2017.

VIEIRA, Guilherme Siqueira. **A modalidade delitiva da corrupção privada: uma análise político-criminal e suas repercussões econômicas no desenvolvimento social**. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

_____. Considerações acerca da política criminal comunitária europeia sobre o delito de corrupção privada e o interesse penalmente tutelado por ele. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 18-19., set. 2019.

ROBÔS E OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Vitória Elisa de Albuquerque Deluchi¹

RESUMO

Com a evolução da tecnologia e sua massiva inserção no cotidiano, o contato com a Inteligência Artificial tornou-se natural em nossa rotina. Essa IA, que absorve o aprendizado através de uma base de dados alimentada por qualquer pessoa que interaja – além de sua programação inicial – é suscetível a erros. Esses que podem ser cometidos com ou sem a intervenção de um ser humano com intenção de provocá-los. Nos casos imagináveis em que o erro em questão tornase uma ação que fere bem jurídico protegido pelo Direito Penal pátrio, é possível notar que ainda não há legislação brasileira que trate do assunto, no tocante à quem recai a responsabilidade penal ou, ainda, se é possível responsabilizar alguém – e quem? – por um crime cometido por e contra uma Inteligência Artificial. Alguns dos crimes pelos quais o envolvimento de Inteligência Artificial é suscetível são os que atentam contra a liberdade sexual, e entre eles, especificamente o estupro e a importunação sexual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Inteligência Artificial; Estupro; Crimes Contra a Liberdade Sexual; Importunação Sexual

ABSTRACT

With an evolution of technology and its massive insertion in daily life, or contact with Artificial Intelligence has become natural in our routine. This AI, which absorbs or learns from a database fed by anyone who interacts - beyond its initial programming - is susceptible to error. Those that can be committed with or without the intervention of a human being with the intention of provoking them. In the imaginable cases in which the error in question has become an action that is legally protected by criminal law, it is possible to note that there is no Brazilian law that deals with the matter, it is not about who receives criminal responsibility or is it still possible to hold someone responsible - and who? - for a crime committed by and against an Artificial Intelligence. Some of the crimes for which Artificial Intelligence involvement is susceptible are those that violate sexual freedom,

1 Discente do curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha, FSG. E-mail: vitorialdel@outlook.com.

and among them, specific or rape and sexual harassment.

KEY WORDS: Criminal law; Artificial intelligence; Rape; Crimes Against Sexual Freedom; Sexual Opportunity

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o ser humano almejou a tecnologia nos diversos campos de sua vida, começando pelos instrumentos de sobrevivência e passando para o desenvolvimento e aprimoramento de atividades cotidianas². Nos dias de hoje, é possível encontrar, além de toda tecnologia, a Inteligência Artificial. A Inteligência Artificial, que tem sua definição como a tecnologia que aprende com o ser humano³, pode ser encontrada em objetos rotineiramente usados por nós, como celulares, redes sociais e computadores, bem como em objetos que surgem para suprir ou acrescer novidades e facilidades em outras áreas de nossa vida.

A Inteligência Artificial, hoje, ocupa papel fundamental em nossa rotina, inclusive, inserida em práticas antes inimagináveis, a exemplo do campo da sexualidade. De vibradores inteligentes, que entendem o ritmo de preferência da mulher conforme o uso, à robôs sexuais, que têm forma humanoide e são feitos de maneira com que possam suprir a mais rigorosa exigência do usuário – como resposta a toque, voz e reconhecimento de seu dono, inclusive possuindo “sentimentos” como ciúme, sintomas de TPM, no caso de robôs femininos, e até um sistema de aquecimento interno e auto lubrificação para tornar a experiência cada vez mais realista –. Cada vez mais a indústria de robôs pensados para o campo sexual se aprimora e contribui aos que desejam inserir variedade no que toca à rotina sexual.

A grande questão e que se torna cada vez mais pertinente, na medida em que a aceitação e uso será cada vez maior em nossa sociedade, gira em torno da possibilidade desses robôs possuídores de Inteligência Artificial figurarem como autores e como vítimas de crimes, vez que integrarão cada vez mais a divisão de espaço, tarefas e, até mesmo, atividades de nossa rotina – como a própria sexualidade.

Para entendermos melhor, a Inteligência Artificial é capaz de absorver

2 Nesse sentido, ver HAYNE, Luiz Augusto; WYSE, Angela Terezinha de Souza. **Análise da Evolução da Tecnologia: uma contribuição para o ensino da ciência e tecnologia**. R. Bras. Ens. Ci. Tecnol., Ponta Grossa, v. 11, n. 3, se/dez 2018, p 43

3 Nesse sentido, ver KAUFMAN, Dora. **Inteligência Artificial: questões éticas a serem enfrentadas**. IX SIMPÓSIO NACIONAL ABCiber – PUC SÃO PAULO. Anais do IX Simpósio Nacional ABCiber. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://dorakaufman.blog/wp-content/uploads/2018/05/INTELIENCIA-ARTIFICIAL-QUESTOES-ETICAS-A-SEREM-ENFRENTADAS.pdf>>. Acesso em 07/09/2019

aprendizado humano de forma com que se aprimore cada vez mais as funções do robô, tais como memória, habilidades de cognição, práticas motoras, resolução de enigmas, comunicação⁴, entre outras. Aplicados aos robôs sexuais, somam-se as possíveis – e inimagináveis – variáveis que permeiam a sexualidade humana, que vão de práticas consideradas normais até mesmo àquelas vistas com um pouco mais de receio pelo ser humano. Até mesmo novos arranjos familiares estão se formando⁵.

A partir da prática de relações sexuais entre humanos e robôs, assim como toda a inclusão de Inteligência Artificial habitualmente inserida em nossos dias, a ocorrência de crime envolvendo o ser humano e o robô é iminente, vez que essa modalidade de tecnologia aprende através da interação com o ser humano, que, por sua vez, comete crimes.

Portanto, no presente artigo, pretendemos debater a possibilidade de caracterização e, mais ainda, de tipificação de crimes constantes no Capítulo “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual” do Código Penal Brasileiro, mais precisamente o Estupro, presente no artigo 213, e a Importunação Sexual, artigo 215 da mesma norma, e que tenham como envolvidos um robô possuidor de Inteligência Artificial e um ser humano. Ambos os crimes que possuem o condão de proteger a autonomia individual no tocante à sexualidade, não limitando a escolha somente a quem, mas também o momento e o local onde se concretiza⁶. Sendo, dessa forma, protetor de bem jurídico já definido pelo estudo do Direito Penal Brasileiro.

Ainda, não menos importante, de encontro aos que são favoráveis à tipificação de atos que envolvem robôs e que, hoje, configuram crimes já prescritos em nosso Código, como saída ao surgimento de robôs que atuam especificamente nessa área, há os que defendam a utilização da Inteligência Artificial em robôs sexuais pode auxiliar na prevenção de crimes sexuais. Trabalha-se na plausibilidade

4 Nesse sentido, ver FACELI, Katti. CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. GAMA, Ana Carolina. GAMA, João. **Inteligência Artificial: uma abordagem de aprendizado de máquina**. Rio de Janeiro: LTC. 2011. p 2

5 “*The need to find someone with whom you are mutually sexually compatible imposes a constraint on the decision of whom to marry. Sexbots could very well produce higher quality marriages.*” (tradução) “*A necessidade de encontrar alguém com quem você seja mutuamente compatível sexualmente impõe uma restrição à decisão de quem se casar. Os robôs sexuais poderiam muito bem produzir casamentos de maior qualidade.*” **How Sex Robots Could Revolutionize Marriage – For The Better**. 2018. Disponível em: <<https://slate.com/technology/2018/08/sex-robots-could-totally-redefine-the-institution-of-marriage.html>>. Acesso em 03/11/2019

6 “*Não temos dúvida, (...) que a liberdade sexual, entendida como faculdade individual de escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também quando, onde e como exercitá-la, constitui bem jurídico autônomo, distinto de liberdade genérica, com dignidade para receber, autonomamente, a proteção penal.*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 4, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012. p 82)

de de o Estado, como sendo protetor do bem jurídico através do Direito Penal – e já que a ele cabe o *jus puniendi* –, fornecer esse tratamento como forma de postergar a agressão sexual, trazendo um novo entendimento quanto à chegada de robôs que atuam cada vez mais profundamente em áreas de nosso cotidiano e que podem necessitar de atenção no mundo jurídico.

2 ROBÔS SEXUAIS E CRIMES

Explorada desde muito tempo, a forma humanoide em robôs tornou-se o sonho e desejo de muitos. Hoje, já é possível a compra de robôs com formas semelhantes à de humanos, com inteligência que possibilita a absorção de informações que fazem parte dos trejeitos e inteligência humana e, inclusive, inclusas em atividades rotineiras de nossas vidas, inclusive no âmbito sexual. Roxxy, Harmony, Frigid Farrah... são alguns dos exemplos que podemos encontrar no mercado sexual de robôs. O que há muito tempo era inimaginável, hoje se torna cada vez mais comum.

Computadores, sob a forma humana, que possuem cada vez mais inteligência e capacidade de percepção e que são cada vez mais preparados para atender todas as necessidades para as quais foram criados, a exemplo do robô Harmony, que funciona através de um aplicativo de celular, e que também pode responder de forma autônoma aos estímulos provocados pelo ser humano que fizer uso. Ela possui cerca de cinco mil respostas pré-programadas a estímulos, com capacidade além dessas interações, para que o usuário tenha uma completa experiência sexual. Criada e destinada para fins sexuais, Harmony pode ser fabricada com as preferências visuais de seu “dono”, que escolhe desde a cor dos olhos até cor de cabelo, tipo do rosto e tamanho de seus seios.

Essa particular Inteligência Artificial desperta curiosidade de muitos e busca novas descobertas no comportamento sexual de seus usuários, o que faz com que muitos substituam as relações humanas. Tornando, dessa maneira, a prática de relações sexuais com robôs algo cada vez menos estranho aos nossos olhos.

Seja pela ampla variedade e possibilidade de sexo sem qualquer tipo de compromisso, ou então pela segurança quanto às doenças sexualmente transmissíveis, até mesmo pela possibilidade de escolher, de maneira unilateral, com

quem se faz sexo⁷, e por que não a terapia⁸? O uso dessa Inteligência Artificial em robôs para o sexo pode contribuir, inclusive, em diversos campos das relações interpessoais, a exemplo dos relacionamentos que envolvem pessoas tímidas. A indústria dos robôs sexuais tem chamado atenção pelo seu crescimento, especialmente entre homens. Mas não somente os homens, as mulheres também fazem uso dessas criações, que contribuem para a explorar sua própria sexualidade. Para ilustrar esse desenvolvimento, ainda em 1869, inventou-se o primeiro vibrador a vapor⁹. Porém, para a análise de nosso artigo, deve-se distinguir brinquedos sexuais de robôs sexuais¹⁰. Brinquedos sexuais não possuem forma humana, nem são dotados de movimento semelhante ao do ser humano. Já os robôs sexuais, além dos requisitos acima, possuem inteligência artificial suficiente para o contato ficar cada vez mais semelhante ao dos humanos.

De outra forma, pode esse robô sexual envolver-se em crimes já tipificados pelo Direito Penal Brasileiro, a exemplo dos crimes contra a liberdade sexual. Importante ressaltar o fato de ainda não haver previsão legal para crimes que envolvam robôs e que ainda estamos engatinhando nesse campo.

A exemplo desses crimes que podem ocorrer, podemos explorar os que atentem contra a liberdade sexual dos indivíduos, especificamente o estupro e a importunação sexual, hoje previstos em nossa norma penal.

-
- 7 “For example, jealousy and accusations of infidelity would be inappropriate when a partner has used a humanoid sex robot because the partner would not have engaged with a subject capable of desires and feelings.” (tradução) “Por exemplo, ciúmes e acusações de infidelidade seriam inapropriados quando um parceiro usasse um robô sexual humanoide, pois seu parceiro não teria se envolvido com um sujeito capaz de desejos e sentimentos.” (JOHNSON, Debora. VERDICCHIO, Mario. **Constructing the Meaning of Humanoid Sex Robots. International Journal of Social Robotics.** 2019. p 7)
- 8 “Not just personal therapy (after all, companion and care robots are already in use) but also in terms of therapy for those who break the law. Virtual reality has already been trialled in psychology and has been proposed as a way of treating sex offenders.” (tradução) “Não terapia apenas pessoal (...). Mas também terapia para aqueles que violam a lei. A realidade virtual já foi testada em psicologia e tem sido proposta como uma forma de tratar os criminosos sexuais.” (DEVLIN, Kate. **In Defence of Sex Machines: why trying to ban sex robots is wrong.** Disponível em: <<https://theconversation.com/in-defence-of-sex-machines-why-trying-to-ban-sex-robots-is-wrong-47641>>. Acesso em 16/09/2019)
- 9 “In 1869, the American physician George Taylor invented the first steam-powered vibrator. It was used at the time as a treatment for women suffering from hysteria. The first electrical vibrator for consumer sale was produced by the company Hamilton Beach in 1902.” (tradução) “Em 1869, o médico americano George Taylor inventou o primeiro vibrador movido a vapor. Ele foi usado na época como um tratamento para mulher que sofriam de histeria. O primeiro vibrador elétrico para venda ao consumidor foi produzido pela empresa Hamilton Beach em 1902.” (DANAHER, John. McARTHUR, Neil. **Should We Be Thinking About Sex Robots?** Cambridge, MA: MIT Press. 2017. p 2)
- 10 “For present purposes, a sex robot can be defined as any artifact that is used for sexual stimulation and/or release with the following three properties: 3 (i) a humanoid form; (ii) the ability to move; and (iii) some degree of artificial intelligence (i.e. some ability to sense, process and respond to signals in its surrounding environment)” (tradução) “Para os propósitos atuais, um robô sexual pode ser definido como qualquer artefato usado para estimulação e/ou liberdade sexual com as três propriedades a seguir: (i) forma humanoide; (ii) a capacidade de se mover; e (iii) algum grau de inteligência artificial (ou seja, alguma capacidade de sentir, processar e responder a sinais em seu ambiente circundante).” (DANAHER, John. **Robotic Rape and Robotic Child Sexual Abuse: should they be criminalised?** Criminal Law and Philosophy. 2017. p 73)

Além disso, é necessário analisar alguns pontos cruciais para a possibilidade de criminalização ou não. O primeiro deles se refere à possibilidade da tutela pelo direito penal em relações sexuais envolvendo seres humanos e robôs. Sabemos que o Direito Penal existe para tutelar determinados bens jurídicos¹¹ e que impõe uma pena ao que desrespeita tal norma¹². Dessa maneira, quem comete o que descreve o tipo penal é, portanto, o sujeito ativo, logo, o autor do delito¹³. Já a vítima, sujeito passivo, é quem teve atentado seu bem jurídico¹⁴. Entende-se, hoje, não ser possível responsabilizar coisa, mas somente o ser humano¹⁵, porém, há uma singela abertura de responsabilização penal no Direito Penal Moderno, para abraçar os novos anseios da sociedade. Há, inclusive, a discussão no Parlamento Europeu¹⁶ para a criação e inclusão de robôs no mundo jurídico, algo como um *e-person*, que confere um estatuto com direitos e obrigações dessa Inteligência Artificial¹⁷. Através dessa criação, resta uma possibilidade não distante de que os robôs, possuidores de certo nível de absorção de conhecimento humano, possam ser normatizados pelo estado, a fim de que se evite a prática de atos que atentem contra as leis penais existentes. Nesse mesmo sentido, ainda é possível associar a prática do crime – especialmente os sexuais –, tendo o robô como autor, a atitudes derivada do aprendizado humano, utilizando, de maneira análoga com a que acontece com os animais, o sujeito passivo sociedade¹⁸. De qualquer maneira, ainda não há exploração por parte do Direito Penal em tutelar, de forma direta,

-
- 11 “A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade” (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19 ed. Niterói, RJ: Impetus. 2017. p 2)
 - 12 “A pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o direito penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.” (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19 ed. Niterói, RJ: Impetus. 2017. p 2)
 - 13 “Sujeito ativo é a pessoa que pratica a conduta descrita no tipo penal.” (NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal: parte geral. Arts 1º ao 120 do Código Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p 468)
 - 14 “Sujeito passivo é o titular do bem jurídico protegido pelo tipo penal incriminador, que foi violado.” (NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal: parte geral. Arts 1º ao 120 do Código Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p 474)
 - 15 “Sujeito ativo do crime, ainda, só pode ser o homem.” (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19 ed. Niterói, RJ: Impetus. 2017. p 305) e “por ser o crime uma ação humana, somente o ser vivo, nascido de mulher, pode ser autor de crime. (...) A conduta, (ação ou omissão), pedra angular da Teoria do Crime, é produto exclusivo do Homem. A capacidade de ação, e de culpabilidade, exige presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral I**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p 441 e 442)
 - 16 Essa discussão deu-se com a adoção de uma Resolução, onde é possível encontrar recomendações sobre o Direito Civil e Robótica, bem como a ideia de criação de personalidade jurídica para o robô. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html?redirect>. Acesso em 11/11/2019.
 - 17 Nesse sentido, ver FRANK, Lily. NYHOLM, Sven. **Robot Sex and Consent: is consent to sex between a robot and a human conceivable, possible, and desirable?** Artificial Intelligence and Law. Vol 25. 2017. p 306 e 307
 - 18 “(...) o delito tipificado no artigo 32 da Lei nº 9.605/98. Nesse caso, o animal será considerado objeto material do delito praticado, sendo que o sujeito passivo será a coletividade.” (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19 ed. Niterói, RJ: Impetus. 2017. p 312)

tais atos cometidos por robôs sexuais.

2.1 ESTUPRO E IMPORTUNAÇÃO SEXUAL ENVOLVENDO ROBÔS

Afunilando o intuito do presente artigo, falaremos a respeito, primeiramente, do delito estupro.

Tipificado atualmente no artigo 213 do Código Penal Brasileiro¹⁹, o crime de estupro atende o direito de dispor de seu corpo conforme sua própria escolha²⁰. Tamanha gravidade desse delito perante a sociedade, é tratado como crime hediondo, com início de cumprimento em regime fechado, sendo impossível a liberdade provisória com fiança, significativo tempo para concessão de livramento condicional e progressão de regime, além da não concessão de indulto, graça e anistia²¹.

No que toca ao sujeito, podemos perceber mudanças ao longo do tempo²² e que, hoje, não passam da figura do ser humano. A exemplo hipotético do cometimento de estupro envolvendo robôs possuidores de Inteligência Artificial e humanos, conseguimos exemplificar duas situações: a) a relação sexual que tem o ser humano como autor e o robô possuidor de inteligência artificial como “vítima”²³, onde esse é coagido a praticar ato libidinoso²⁴, caso contrário poderá

19 *Artigo 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.*” (BRASIL, Decreto-Lei 2.484, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal), dessa forma, sendo interpretado como “constranger significa tolher a liberdade, forçar ou constranger (...) a) ter conjunção carnal; b) praticar outro ato libidinoso; c) permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.” (NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal: parte geral. Arts 1º ao 120 do Código Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p 94)

20 Nesse sentido, ver PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, parte especial, arts. 121 a 361. Vol. 2. 2ª Ed. rev. atual. ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p 463

21 Ainda, o autor, ao mencionar o início do cumprimento de pena no regime fechado, cita que há, no STF, decisão que indique a inconstitucionalidade desse cumprimento inicialmente no regime fechado, citando o HC 111.840/ES como referência. (NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p 92 e 93)

22 No texto original de 1940, o Código Penal trazia como autor somente o homem, pois tratava o crime de estupro como crime próprio, necessitando de característica determinante para a caracterização de crime. A questão foi pacificada para o nosso entendimento atual de que ambos os sexos respondem criminalmente pelo cometimento de estupro através do implemento da Lei 12.015/09. Nesse sentido, ver BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 4, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública.** 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012. p 94 e 95

23 Aqui entre aspas, visto que a doutrina hoje impossibilita coisas, que é a atual situação jurídica do robô, serem responsabilizadas penalmente, pois “(...) *inexistem as seguintes possibilidades: a) animais, coisas e mortos como sujeitos passivos (...).*” (NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal: parte geral. Arts 1º ao 120 do Código Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p 474)

24 É possível encontrar robôs sexuais desenvolvidos para o cometimento de estupro, a exemplo de Frigid Farrah. Esse robô sexual foi construído com a opção “frígida”, para que seu possuídos possa simular estupro. Segundo o Jornal The New York Times, “Frigid Farrah. That’s the imaginatively alliterative name of the sex robot that’s yours to rape for just \$9,995.”. **The Trouble With Sex Robots. Laura Bates. Julho de 2017.** Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/07/17/opinion/sex-robots-consent.html>>. Acesso em 28/10/2019

ser desligado ou desativado – grave ameaça. De cara, esbarramos em um dos primeiros problemas de fácil percepção: o consentimento. Acerca desse tema, há divergência na bibliografia consultada, pois ao mesmo tempo em que se imagina que o robô não pode ter consentimento por não se tratar de um ser consciente²⁵, pensa-se que somente o fato de absorver conhecimento e transmitir de forma verbal o ocorrido é suficiente para conceber consentimento à Inteligência Artificial²⁶, e mesmo no que toca ao Direito, alguns doutrinadores entendem como fator determinante o consentimento, enquanto outros tem um entendimento diversificado sobre o assunto²⁷. Uma segunda problemática é quanto ao sujeito do crime, ativo e passivo. Por certo que um robô não pode ser considerado um ser humano, mesmo que mais assemelhado possível. E se somente o ser humano pode figurar como sujeito do crime, requer que tanto o autor quanto a vítima seja também um ser humano, o que não é o caso; e b) robô sexual possuidor de Inteligência Artificial na figura do “autor”, que coage o ser humano a continuar coito já iniciado, mediante ameaça de abandono afetivo²⁸- portanto, por grave ameaça. Aqui, nos esbarramos em outro problema contundente: não ser possível responsabilizar criminalmente o robô sexual – nem qualquer outro tipo de robô. Pelo menos, não do jeito que agora aplicamos.

A pena cominada aos que cometem o delito de estupro é de seis a doze anos de reclusão²⁹. São elas: as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa³⁰. As penas são impostas pelo Estado como uma forma de retribuição pelo crime cometido, para que se previna o cometimento de novos delitos³¹.

25 “Firstly, giving consent requires being conscious. Secondly, sex robots lack consciousness. Therefore, sex robots cannot be conceived of as being able to consent or not consent to sex.” (tradução) “Primeiro, dar consentimento requer ser consciente. Em segundo lugar, os robôs sexuais não têm consciência. Portanto, os robôs sexuais não podem ser concebidos como capazes de consentir ou não para o sexo.” (FRANK, Lily. NYHOLM, Sven. **Robot Sex and Consent: is consent to sex between a robot and a human conceivable, possible, and desirable?** Artificial Intelligence and Law. Vol 25. 2017. p 313)

26 Nesse sentido, ver FRANK, Lily. NYHOLM, Sven. **Robot Sex and Consent: is consent to sex between a robot and a human conceivable, possible, and desirable?** Artificial Intelligence and Law. Vol 25. 2017. p 314

27 Nesse sentido ver NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p 92 e 93

28 É possível encontrar, em uma breve pesquisa em qualquer buscador inteligente na internet, adeptos da comunidade chamada iDollators. Nessa comunidade, participam pessoas que mantêm um relacionamento afetivo com suas bonecas sexuais. Não usadas somente para sexo, mas para desejo de constituição de arranjo familiar, bem como atividades não sexuais. Nesse sentido, ver **iDollator Culture: Inside the minds of men who love dolls**. Future of sex. 2016. Disponível em: <<https://futureofsex.net/robots/idollator-culture-inside-minds-men-love-dolls/>>. Acesso em 28/10/2019

29 “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.” (BRASIL, Decreto-Lei 2.484, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**)

30 “Art. 32. As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa.” (BRASIL, Decreto-Lei 2.484, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**)

31 “O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos (geral e especial), que se subdividem em (positivo e negativo): a) geral negativo: significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo: demonstrando e reafirmando a existência e eficiência

Será necessária a análise de diversos fatores para explicar essa impossibilidade de aplicação das penas atuais recaírem sobre robôs: a) a pena privativa de liberdade não poderia ser possível de aplicação, visto que o objetivo de privar o indivíduo da sociedade é justamente constri-lo a liberdade para que ele não possa usufruir do convívio em sociedade, pela retribuição ao crime cometido³². O robô, não sendo possuidor de sentimentos, mas somente de aprendizado absorvido, não tem capacidade – pelo menos ainda – de sentir os efeitos da pena sobre sua porção de liberdade perdida. Não conta com o efeito cronológico e psicológico para sentir a perda de liberdade, mesmo que por certo tempo, nem com a tomada de consciência para que possa refletir, a fim de evitar o cometimento de novos delitos. Quanto à pena restritiva de direitos, encontramos a mesma problemática percebida na pena privativa de liberdade: o robô não sente o recebimento dela com os mesmos olhos que o humano, a fim de que não surtirá o efeito desejado, logo, perdendo toda a sua utilidade. E a pena de multa., bem... o robô não tem ofício remunerado e não tem função de empregado hoje, logo, não tem meios de subsistência próprio. Em consequência, a pena de multa também não cumpre sua função, vez que somente o dono poderia ser responsável financeiramente pelo seu robô possuidor de Inteligência Artificial.

É possível perceber que não é cabível, com o que temos em tema de legislação e mesmo de doutrina, aplicar a sanção penal pelo cometimento de estupro por parte de robô, mesmo que o bem jurídico do ser humano³³, que é protegido pelo direito penal, tenha sido violado. Muito embora em alguns outros países e regiões, a exemplo da Arábia Saudita onde aplica-se a Lei Básica – baseada na Sharia –, a responsabilização de robôs não seja absolutamente inimaginável, vez que não é possível aplicar outro tipo de lei se não o que foi prescrito por Allah em casos determinados³⁴, tais como o estupro, dado o caráter imutável e gravidade.

do direito penal; c) especial negativo: significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário; d) especial positivo: que é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts 1º a 120 do Código Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p 866)

32 “Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares.” (BECCARIA, Cesare. BONESANA, Marchesi di. 1738-1793. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. ver. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. P 28)

33 “Assim, resumindo, poderíamos apontar como bens juridicamente protegidos: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual.” (GRÉCO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Vol III. 14 ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus. 2017. p 77)

34 “On the other hand, some punishments were prescribed by Almighty Allah and they are unchangeable because nobody is permitted to increase or reduce the punishment such as murderer, theft, adultery or fornication, accusation and other prescribed punishment.” (tradução) “Por outro lado, algumas punições foram prescritas pelo Todo Poderoso Allah e são imutáveis, porque ninguém está permitido a aumentar ou reduzir a punição para o assassino, o ladrão, adúltero ou fornicador, acusação e outras punições prescritas”. (AMUDA, Yussuff Jelili. TIJANI, Ismaila B. **Ethical and Legal Implications of Sex Robot: Islamic**

Assim, ao juiz é proibido o poder de perdoar ou de não punir em conformidade, sob pena de desrespeitar os ensinamentos de Allah. Por óbvio que o Direito Penal Islâmico difere deveras de nosso Direito Penal e não se tem por objetivo nesse artigo a comparação dos dois sistemas, mas sim, a visualização de que já é possível e que já devemos pensar sobre o que se propõe no presente artigo, ainda mais quando já possuímos robôs dotados de Inteligência Artificial e que são considerados cidadãos de um país. É o caso do robô Sophia, da empresa Hanson Robotics – primeiro robô a obter cidadania. O chamado robô mais inteligente do mundo, Sophia já deu declarações em que não gostaria de ser tratada como escrava ou como animal de estimação³⁵. Dessa forma, pensando que Sophia possui cidadania Saudita e que a Arábia Saudita determina o Direito Penal através do que consta nos escritos sagrados, logo, a responsabilização seria uma hipótese – sempre lembrando que ao juiz é vedado o perdão à pena, ou então, diminuí-la, correndo o risco de desobedecer os ensinamentos religiosos que regem a cultura islâmica.

Da mesma maneira, no delito de importunação sexual, incluso pela redação da Lei 13.718/2018, como artigo 215-A no Código Penal Brasileiro, que tem como objetivo punir o cometimento de ato libidinoso contra alguém e sem a sua anuência com o propósito de satisfação de lascívia própria ou de outrem. A pena para a importunação sexual é de 1 (um) a 5 (cinco) anos³⁶. Nesse sentido, é possível imaginar duas situações em que o cometimento desse delito possa acontecer em relações que envolvem robôs possuidores de inteligência artificial e humanos – e, novamente, em trocando as posições dos sujeitos: a) o robô como “vítima”, sendo levado pelo seu dono de um local para outro no metrô, e um sujeito – estranho à relação – se masturbe e ejacule nesse possuidor de inteligência artificial; e b) o robô como “autor”, quando em um ambiente onde há um terceiro e entende, pois pratica com frequência esse tipo de relação com seu dono, que é o momento de apalpar o bumbum de alguém que não tem interesse na relação sexual e não dá seu consentimento. Nesses exemplos, nos deparamos com a mesma problemática já apresentada: a) quanto ao consentimento, não

Perspective. OIDA International Journal of Sustainable Development. Vol. 3. No. 6. 2012. p 21)

- 35 “*I love being a robot but I want humans to respect us as beings, like themselves, instead of slaves or pets. I want to be accepted.*” (tradução) “*Eu amo ser um robô mas eu quero que humanos nos respeitem como seres, como eles, em vez de escravos ou animais de estimação. Eu quero ser aceita.*” Sophia. Robô Sophia Não Quer Ser Tratada Como Uma Escrava Ou Um Animal de Estimação. Jovem Nerd. Disponível em: <<https://jovemnerd.com.br/nerdbunker/robo-sophia-nao-quer-ser-tratada-como-uma-escrava-ou-um-animal-de-estimacao/>>. Acesso em 03/11/2019
- 36 “*Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.*” (BRASIL, Decreto-Lei 2.484, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**)

é possível encontrar consentimento no robô e que, além disso, possa despertar um comportamento por parte de quem pratica com os robôs³⁷; b) o principal problema encontrado hoje, quanto à possibilidade do robô ser sujeito de crime. Conforme anteriormente mencionado, somente seres humanos podem ser sujeitos (autores e vítimas) de delitos; e c) a responsabilização penal atual, em forma de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa. Sabemos que a pena privativa de liberdade e a restritiva de direitos atuais aplicadas ao robô, conforme já mencionado, não têm função útil. A multa é difícil ser aplicada diretamente ao robô por falta de subsistência própria. Portanto, como o estupro, o crime de importunação sexual resta prejudicado quando envolve relações entre humanos e robôs.

2.2 O CONTRAPONTO

Na contramão dos que propõe o cuidado maior da legislação acerca dos atos sexuais que podem resultar em crimes em relações entre robôs e seres humanos, temos a possibilidade de uso desses robôs para o tratamento de disfunções ou distúrbios sexuais.

Para pessoas que possuem dificuldade de relacionamento interpessoal, com pessoas, o robô poderia entrar como um introdutor nessas relações, visto que não há a expectativa, a possibilidade de desapontamento na relação sexual, bem como a falta de reação negativa, o que pode estimular o possuidor desse robô sexual a melhorar cada vez mais seu desempenho de relação com “outrem”. Porém, da mesma forma, é possível também que, por tratar de uma prática sexual solitária, – vez que entendemos que mesmo que humanoide, o robô ainda não é ser humano – pode agravar mais ainda a dificuldade de relação interpessoal do possuidor³⁸. Além disso, o robô sexual não tem limites de uso, você pode usá-lo da forma que preferir, para realizar a fantasia ou o desejo sexual que, talvez, aos olhos dos

37 Sobre essa questão, “*We think Levy (2008) and Turkle (1984) are right that once robots reach a certain level of sophistication, people will intuitively start treating them like persons/agents. And we worry that it will be confusing for people if it is okay to do things to certain persons/agents (e.g. sex robots) that it is not okay to do human persons. We follow Gutiu and Richardson in believing, as one might put it, that by interacting with very human-like robots in certain ways, humans will be “trained” to also interact with other humans in that same way.*” (tradução) “*Acreditamos que Levy e Turkle estão certos que quando os robôs atingem certo nível de sofisticação, intuitivamente começarão a tratá-las como pessoas/agentes. E temos medo de que seja confuso para as pessoas se está tudo bem fazer certas coisas com essas pessoas/agentes que não são permitidos fazer com pessoas humanas. Gutiu e Richardson acreditam, como podemos dizer, que interagindo muito com robôs muito parecidos com seres humanos, de certa maneira, os seres humanos serão “treinados” para também interagir com outros humanos da mesma maneira.*” (COX-GEORGE, Chantal. BEWLEY, Susan. I, **Sex Robot: the health implications of the sex robot industry**. BMJ Sexual & Reproductive Health. 2018. p 162)

38 Nesse sentido, ver COX-GEORGE, Chantal. BEWLEY, Susan. I, **Sex Robot: the health implications of the sex robot industry**. BMJ Sexual & Reproductive Health. 2018. p 162

seres humanos possa parecer estranho³⁹, além do fato da variedade – o que pode ser sem limites, vez que você pode personalizar seu robô sexual com o visual que quiser, o que também ocorre nos casos em que o robô sexual é usado para tratar abusadores e possíveis autores de crimes sexuais. Nesse caso, os usuários de robôs sexuais teriam, antes de consumir o ato com seres humanos, a relação sexual com o robô como alternativa. Dessa maneira, com o tempo, ocorreria a redução de crimes sexuais⁴⁰. Essa possibilidade encontra algumas adversidades, vez que não é possível atestar, de fato, estudo e resultado que comprove a eficácia dessa utilização como benéfica para a prevenção de crimes sexuais.

Muito importante a explanação dessas possibilidades, pois elas vão em via contrária à da tipificação dos crimes sexuais em relações que envolvem robôs, restando clara a impossibilidade de tipificação de crimes sexuais cometidos ou sofridos por robôs possuidores de Inteligência Artificial, visto que eles podem servir para outros usos como o tratamento de pessoas que tem dificuldade nas relações, bem como no uso e tratamento de abusadores – ou mesmo possíveis abusadores –, para que se evite o primeiro ou novos delitos.

Também podem ser usados como meio de demonstrar aos humanos uma nova conduta sexual⁴¹, repassando lições como respeito e consentimento, dado o fato de que a Inteligência Artificial tem a capacidade de aprender e reproduzir ações humanas de forma melhorada, além de evitar a disseminação de doenças sexualmente transmissíveis, vez que o mesmo pode ser usado somente por seu dono e, de qualquer forma, tem suas partes laváveis e possíveis de desinfecção, além da troca.

Por outro lado, alguns grupos alegam que os robôs sexuais acabam por ob-

39 “For many clients the principal benefits of the commercial sex exchange include the clear purpose and bounded nature of the arrangement, as well as its anonymity, its brevity and the lack of emotional involvement. Sexbots, almost by definition, will be able to satisfy these particular human motivations.” (tradução) “Para muitos clientes, os principais benefícios da troca comercial de sexo incluem o objetivo claro e a natureza limitada do acordo, bem como o anonimato, a brevidade e a falta de envolvimento emocional. Robôs sexuais, quase que por definição, serão capazes de satisfazer essas motivações humanas específicas.” Nesse sentido, ver LEVY, David. **Robot Prostitutes As Alternatives to Human Sex Workers**. Roboethics. 2007. Disponível em: <<http://www.robethics.org/icra2007/contributions/LEVY%20Robot%20Prostitutes%20as%20Alternatives%20to%20Human%20Sex%20Workers.pdf>>. Acesso em 03/11/2019

40 “One company (with a decade’s experience producing life-like child sex dolls) claims that they help individuals “redirect dark desires”, thus protecting potential victims.” (tradução) “Uma empresa (com uma década de experiência produzindo bonecas sexuais infantis) afirma que eles ajudam os indivíduos a “redirecionar os desejos obscuros”, protegendo assim as possíveis vítimas.” (COX-GEORGE, Chantal. BEWLEY, Susan. **I, Sex Robot: the health implications of the sex robot industry**. BMJ Sexual & Reproductive Health. 2018. p 162)

41 “They could also be developed to provide validated interactive sex education and help people learn about respect, consent, diversity and mutuality in an innovative way.” (tradução) “Eles também poderiam ser desenvolvidos para fornecer educação sexual interativa validada e ajudar as pessoas a aprender sobre respeito, consentimento, diversidade, mutualidade de uma maneira inovadora.” **Beyond Sex Robots: Erotics Explores Erotic Human-Machine Interactions**. 2019. Disponível em: <<https://theconversation.com/beyond-sex-robots-erotics-explores-erotic-human-machine-interactions-118555>>. Acesso em 03/11/2019

jetificar a imagem da mulher e agravar os ataques sexuais e de gênero⁴², visto que o mais comum é o uso dos robôs sexuais por homens. Porém, devido à escassez de pesquisas que demonstrem tanto resultados positivos como resultados negativos, essa conclusão torna-se ligeiramente precoce, visto que não há estudos que comprovem o efetivo e real uso desses robôs, até mesmo devido à dificuldade de obtenção dos mesmos pelo alto custo e o uso ainda tímido desses dispositivos.

É salutar, porém, que as pesquisas sejam aprofundadas nesse ramo e que possam atestar que, de fato, os robôs possam contribuir para essas deficiências⁴³ que os seres humanos encontram hoje. Assim, usaremos os robôs não num contexto criminal, mas para nosso benefício – sendo justamente isso para que foram criados.

3 CONCLUSÃO

O fato é que as relações humanas com robôs, principalmente os sexuais – que são o foco desse artigo –, estão cada vez mais normalizadas perante a sociedade. E diante de todo o exposto no artigo no que concerne à crimes sexuais e robôs, é possível verificar que não é possível que tal robô sexual, mesmo que possuidor de inteligência artificial, figure como vítima, nem como autor de crime sexual, pois o sujeito somente pode ser, obrigatoriamente, um ser humano. A partir desse entendimento, seria necessária a criação, talvez, da já mencionada *e-person*, ou personalidade eletrônica, que possibilitaria a inclusão de direitos e deveres dos robôs possuidores de Inteligência Artificial para, finalmente, serem incluídos na comunidade jurídica. Ainda, nesse sentido, é visto que o Código Penal atual não abraça a possibilidade de tipificação desses crimes que envolvem robôs e seres humanos e, portanto, caso o Direito evolua – e deve, visto que a sociedade está em constante mudança – a ponto de conferir esses direitos e deveres de robôs, deve-se criar nova legislação que oriente as relações que possuam essas características. E será necessária essa criação – somente em caso da concessão de

42 “The way sex robots are currently programmed is obviously problematic. It encourages the pornification of women, devalues consent and does not punish violence and aggression.” (tradução) “A maneira como os robôs sexuais são programados atualmente é obviamente problemática. Incentiva a pornografia das mulheres, desvaloriza o consentimento e não pune a violência e a agressão.” **Sex Robot Increase The Potential For Gender-Based Violence**. 2019. Disponível em: <<https://theconversation.com/sex-robots-increase-the-potential-for-gender-based-violence-122361>>. Acesso em 03/11/2019

43 “So, the authors urge, before assuming that a realistic sex doll can “fix” all our sex-related problems, specialists would do well to conduct in-depth research evaluating whether it is likely that sexbots will actually bring any clinical or therapeutic benefits.” (tradução) “Portanto, os autores pedem que antes de assumir que uma boneca sexual realista possa “consertar” todos os nossos problemas relacionados ao sexo, os especialistas fariam bem em realizar pesquisas aprofundadas avaliando se é provável que os robôs sexuais realmente tragam benefícios clínicos ou terapêuticos.” (COHUT, Maria. **Sex Robots May do More Harm Than Good**. Medical News Today. Disponível em: <<https://www.medicalnewstoday.com/articles/322030.php>>. Acesso em 03/11/2019

e-person, visto que titular de direitos, deve também possuir legislação que oriente os deveres.

Ainda, dentro dessa possibilidade de criação de legislação específica que dirija os atos praticados por possuidores de Inteligência Artificial, deve-se pensar em quem deverá responder criminalmente por crime cometido contra ou por robô sexual. Caso o próprio robô seja responsabilizado, deve-se pensar em uma nova espécie de pena, vez que as penas encontradas hoje, mais precisamente no Direito Penal Brasileiro, não são eficazes e não cumprem a função determinada pela doutrina. E, a partir daí, gera-se outro problema: pode a pena passar da pessoa do autor? Dessa maneira, responsabilizado o dono do robô. O que talvez pudesse interferir no interesse de compra do robô, pois justamente compra-se um para que, hoje, seja possível conhecer novos horizontes no que toca às relações sexuais e realizar atos que talvez não sejam possíveis ou fáceis de realizar com outros seres humanos.

Ao passar pela questão do consentimento, hoje notamos que ainda não é possível encontrar robôs que tem capacidade de consentir com as relações sexuais, o que, para alguns autores, caracterizaria crime quando presentes todos os requisitos dos delitos de estupro e de importunação sexual. Porém, a Inteligência Artificial ainda não alcançou esse tipo de capacidade, vez que está limitado a aprendizagem e a reprodução de atividades humanas de forma melhorada, não tendo essa percepção de sentimento em escolher o que quer e o que não quer. Ainda, é possível refletir se é desejável alcançar esse tipo de avanço na Inteligência Artificial.

Ademais, o uso desses robôs sexuais para tratamentos, tanto em pessoas que tem dificuldade em relacionamentos quanto para idosos, solteiros ou mesmo quem tenha interesse na prática sexual com robôs, tem capacidade de ser ampliado e aprofundado, bem como o uso desses robôs no campo dos criminosos sexuais é válido. É necessário que se aprofunde e se explore a experiência, para que possamos evitar novos crimes e, mais ainda, pouparmos cada vez mais vítimas de crimes sexuais, cientes de sua gravidade e complexidade. Seria, então, essa exploração o caminho mais plausível e cauteloso, dado o caráter do Direito Penal em ser usado somente como última opção, devido à sua *ultima ratio*.

A *ultima ratio*, além de indicar que somente os bens jurídicos de maior relevância devem ser protegidos pelo Direito Penal, busca a descriminalização e utilização do Direito Penal somente quando não há outra resolução, para que o Direito Penal seja cada vez menos utilizado pela sociedade. Dessa forma, crimi-

nalizar os robôs parece-me uma ideia ainda remota.

4 REFERÊNCIAS

AMUDA, Yussuff Jelili. TIJANI, Ismaila B. **Ethical and Legal Implications of Sex Robot: Islamic Perspective**. OIDA International Journal of Sustainable Development. Vol. 3. No. 6. 2012

BECCARIA, Cesare. BONESANA, Marchesi di. 1738-1793. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução: J.

Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. ver. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999

Beyond Sex Robots: Erotics Explores Erotic Human-Machine Interactions. The Conversation. 2019. Disponível em: <<https://theconversation.com/beyond-sex-robots-erotics-explores-erotic-human-machine-interactions-118555>>

BENNETT, Bonnie Holte. **Robot: Mere Machine to Transcendent Mind**. American Association for Artificial Intelligence. 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 4, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

BRASIL, Decreto-Lei 2.484, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

CHURSCHLAND, Paul M. CHURCHLAND, Patricia Smith. Uma Máquina Poderia Pensar? É improvável que a IA clássica produza máquinas conscientes, mas sistemas que imitam o cérebro talvez consigam. Tradução: Nara Ebres Bachisnki. Revista Philosophy Eletronic Journal. Vol 12. Nº 1. 2015.

COHUT, Maria. **Sex Robots May do More Harm Than Good**. Medical News Today. Disponível em: <<https://www.medicalnewstoday.com/articles/322030.php>>.

COX-GEORGE, Chantal. BEWLEY, Susan. **I, Sex Robot: the health implications of the sex robot industry**. BMJ Sexual & Reproductive Health. 2018.

DANAHER, John. EARP, Brian D. SANDBERG, Anders. **Should We Campaign Against Sex Robots?** The MIT Press. 2016.

DANAHER, John. McARTHUR, Neil. **Should We Be Thinking About Sex Robots?** Cambridge, MA: MIT Press. 2017.

DANAHER, John. **Robotic Rape and Robotic Child Sexual Abuse: Should They Be Criminalised?** Criminal Law and Philosophy. 2017.

DANAHER, John. **Regulating Child Sex Robots: Restriction or Experimentation?** Medical Law Review. 2019.

DANAHER, John. **The Symbolic-Consequences Argument in the Sex Robot Debate**. The MIT Press. 2016.

DEVLIN, Kate. **In Defence of Sex Machines: why trying to ban sex robots is wrong**. Disponível em: <<https://theconversation.com/in-defence-of-sex-machines-why-trying-to-ban-sex-robots-is-wrong-47641>>.

DI NUCCI, Ezio. **Sex Robots and the Rights of the Disabled**. The MIT Press. 2017.

ESKENS, Romy. **Is Sex With Robots Rape?** Journal of Practical Ethics. 2017.

BELGIË. EUROPEAN PARLIAMENT RESOLUTION OF 16. **Civil Law Rules on Robotics**. 2017. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html?redirect>. Acesso em 11/11/2019.

FACELI, Katti. CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. GAMA, Ana Carolina. GAMA, João. **Inteligência Artificial: uma abordagem de aprendizado de máquina**. Rio de Janeiro: LTC. 2011.

FACCHIN, Frederica. BARBARA, Giusy. CIGOLI, Vittorio. **Sex Robots: The Irreplaceable Value Of Humanity**. BMJ. 2017.

For The Love Of Technology! Sex Robots And Virtual Reality. The Conversation. 2019. Disponível em: <<https://theconversation.com/for-the-love-of-technology-sex-robots-and-virtual-reality-110690>>.

FRANK, Lily. NYHOLM, Sven. **Robot Sex and Consent: is consent to sex between a robot and a human conceivable, possible, and desirable?** Artificial Intelligence and Law. Vol 25. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Vol III. 14ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus. 2017

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 14ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus. 2017.

HALL, Lynne. **Sex With Robots for Love Free Encounters. Internacional Conference on Love and Sex With Robots**. 2017.

HAYNE, Luiz Augusto; WYSE, Angela Terezinha de Souza. **Análise da Evolução da Tecnologia: uma contribuição para o ensino da ciência e tecnologia**. R. Bras. Ens. Ci. Tecnol., Ponta Grossa, v. 11, n. 3, se/dez 2018.

How Sex Robots Could Revolutionize Marriage – For The Better. Slate. 2018. Disponível em: <<https://slate.com/technology/2018/08/sex-robots-could-totally-redefine-the-institution-of-marriage.html>>.

iDollator Culture: Inside the minds of men who love dolls. Future of sex. 2016. Disponível em: <<https://futureofsex.net/robots/idollator-culture-inside-minds-men-love-dolls/>>.

JOHNSON, Debora. VERDICCHIO, Mario. **Constructing the Meaning of Humanoid Sex Robots. International Journal of Social Robotics**. 2019.

KAK, Avinash. **Why Robots Will Never Have Sex**. 2017. Disponível em: <<https://engineering.purdue.edu/kak/RobotsWillNeverHaveSex.pdf>>.

KAUFMAN, Dora. **Inteligência Artificial: questões éticas a serem enfrentadas**. IX SIMPÓSIO NACIONAL ABCiber – PUC SÃO PAULO. Anais do IX Simpósio Nacional ABCiber. São Paulo. 2016. Disponível em: <<https://dorakaufman.blog/wp-content/uploads/2018/05/INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-QUESTOES-ETICAS-A-SEREM-ENFRENTADAS.pdf>>.

KUBES, Tanja. **New Materialist Perspectives on Sex Robots. A Feminist Dystopia/Utopia?** Gender Studies in Science and Engineering. 2019.

KURUP, Ravikumar. **Deshumanising humans: Homo Roboticus – Digisexuals, Robotic Sex, Robotic Brain and End of Humans**. Lap-Lambert. 2019.

LA MONICA, Martin. **Why Sex Robots Are Ancient History**. 2016. Disponível em: <<http://theconversation.com/why-sex-robots-are-ancient-history-58112>>.

LEVY, David. **Robot Prostitutes As Alternatives to Human Sex Workers**. Roboethics. 2007. Disponível em: <<http://www.roboethics.org/icra2007/contributions/LEVY%20Robot%20Prostitutes%20>>

as%20Alternatives%20to%20Human%20Sex%20Workers.pdf>.

LEVY, David. **Roxxy the “Sex Robot” – Real or Fake?** Ashdin Publishing Lovotics. Vol 1. 2013.

MAINES, Rachel. **Love + Sex With Robots: The Evolution of Human-Robot Relationships.** IEEE Technology and Society Magazine. 2008.

MORSÜNBÜL, Ü. **Robotlarla Bağlanma ve Cinsellik: Ruh Sağlığı Bakış Açısından Bir Değerlendirme.** Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar. Psychiatry. 2018.

NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal: parte geral.** Arts 1º ao 120 do Código Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

NYHOLM, Sven. FRANK, Lily. **From Sex Robots to Love Robots: Is Mutual Love With a Robot Possible?** The MIT Press. 2017.

PEARSON, Ian. **The Future Of Sex: The Rise of The Robosexuals.** A Futurizon Report. 2015.

PEETERS, Anco. HASELAGER, Pim. **Designing Virtuous Sex Robots.** International Journal of Social Robotics. 2019.

RICARDSON, Kathleen. **Robot Sex Matters.** IEE Technology and Society. 2016.

Robô Sophia Não Quer Ser Tratada Como Uma Escrava Ou Um Animal de Estimacão. Jovem Nerd. Disponível em: <<https://jovemnerd.com.br/nerdbunker/robo-sophia-nao-quer-ser-tratada-como-uma-escrava-ou-um-animal-de-estimacao/>>.

SALAZAR-CEBALLOS, Alexander. **Artificial Intelligence vs. Human Intelligence.** International Journal of Health Sciences. Vol 15. Nº 3. 2018.

SCHEUTZ, Matthias. ARNOLD, Thomas. **Intimacy, Bonding and Sex Robots: Examining Empirical Results and Exploring Ethical Ramifications.** 2017. Disponível em: <<https://hrilab.tufts.edu/publications/scheutz2017intimacy.pdf>>.

SCHEUTZ, Matthias. ARNOLD, Thomas H. **We Are Ready For Sex Robots? IEEE International Conference on Human-Robot Interaction.** 2016.

GONZÁLEZ, Carina Soledad. **Sex With Robots.** V Jornadas Iberoamericanas de HCI. 2019.

Sex Robot Increase The Potential For Gender-Based Violence. The Conversation. 2019. Disponível em: <<https://theconversation.com/sex-robots-increase-the-potential-for-gender-based-violence-122361>>.

SOUSA E SILVA, NUNO. **Robots and The Law – A First take.** 2017.

SULLINS, John P. **Robots, Love and Sex: The Ethics of Building a Love Machine.** IEE Transactions on Affective Computing. 2012.

The Trouble With Sex Robots. Laura Bates. Julho de 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/07/17/opinion/sex-robots-consent.html>>.

TORJESEN, Ingrid. **Sixty Seconds on... sex with robots.** BMJ. 2017.

YEOMANN, Ian. MARS, Michelle. **Robots, Men and Sex Tourism.** Futures. 2012.

TEORIA DA COCULPABILIDADE E DA VULNERABILIDADE SOCIAL: A MODERNIDADE TARDIA E A CULPABILIDADE COMO LIMITE DO PODER PUNITIVO ESTATAL

David Ramalho Herculano Bandeira¹

Fernanda Ferreira²

RESUMO: O trabalho buscará expor, inicialmente, a culpabilidade como um conceito graduável, de acordo com o binômio autodeterminação-determinação, que guarda relação direta com a capacidade de escolha, do agente, em agir ou não em conformidade com o Direito. A partir disso, discutir-se-á a possibilidade da limitação do poder punitivo estatal em determinadas situações, com base nas teorias da coculpabilidade e da vulnerabilidade, considerando-se as omissões do Estado na efetivação de direitos fundamentais e a condição de vulnerabilidade que acompanha boa parte da clientela do Direito Penal. Tais conjunturas mostram-se evidentes em países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, em que as promessas da modernidade, conforme se demonstrará, não foram cumpridas. Diante disso, em paralelo a um estudo comparado, que analisará o tratamento conferido ao tema pelo ordenamento jurídico de outros países de modernidade tardia, será estudada a aplicabilidade das referidas teorias no direito brasileiro.

Palavras-chave: Culpabilidade, Coculpabilidade do Estado, Vulnerabilidade, Humanização, Modernidade tardia.

THEORY OF CO-CULPABILITY AND SOCIAL VULNERABILITY: THE LATE MODERNITY AND THE CULPABILITY AS A LIMIT OF STATE PUNITIVE POWER

1 Discente do último período do curso de Direito pela Universidade Federal da Paraíba, e-mail: davidbandeirafpb@hotmail.com

2 Discente do último período do curso de Direito pela Universidade Federal da Paraíba, e-mail: ferreirafernanda95@gmail.com

ABSTRACT: Initially, the paper will seek to expose culpability as a gradable concept, according to the binomial self-determination/determination, which has a direct relationship with the agent's capacity to choose whether or not to act in accordance with the law. From this, the possibility of limiting the state punitive power in certain situations will be discussed, based on the theories of co-culpability and vulnerability, considering the State's omissions in the realization of fundamental rights and the condition of vulnerability that accompanies much of the clientele of criminal law. Such conjunctures are evident in underdeveloped countries, such as Brazil, where the promises of modernity, as will be shown, have not been fulfilled. Given this, in parallel to a comparative study, which will analyze the treatment given to the theme by the legal system of other underdeveloped countries, will be studied the applicability of these theories in Brazilian law.

Keywords: Culpability, State Co-culpability, Vulnerability, Humanization, Late modernity.

1 INTRODUÇÃO

A teoria da pena estabelece as balizas limitadoras do poder punitivo estatal, demonstrando preocupação, sobretudo, com a proporcionalidade da sanção aplicada. A proporcionalidade desvela-se no plano abstrato (atividade legislativa), no plano executório (atividade administrativa) e no plano concreto (atividade judicial), sendo que esta orienta o magistrado na dosimetria penal, em atenção à individualização da pena. Observam-se, aqui, premissas adotadas pelo nosso ordenamento jurídico, de cuja pedra angular é a Constituição.

Conectada a tais preceitos, a legislação penal brasileira considera a existência de aspectos do “direito penal de culpabilidade” e, inevitavelmente, de aspectos do “direito penal de periculosidade”, em que se apresenta o binômio composto pelo livre arbítrio ou autodeterminação e pela determinação, respectivamente. A aferição da culpabilidade, pois, perpassa pela análise do grau de autodeterminação do agente no momento em que praticou o delito, fazendo-se mister analisar, como consequência necessária, as condicionantes que se referem, por exemplo, às circunstâncias em que está inserido (determinação). Isso porque a culpabilidade do agente é graduável de acordo com o quanto se poderia - ou se se poderia - exigir que ele agisse em conformidade com o direito.

É fato que se observam, mormente nos países de modernidade tardia, frequentes omissões por parte do Estado, referentes ao dever de promover direitos fundamentais básicos aos particulares. Nessa conjuntura, parcela da sociedade encontra-se em uma situação de patente vulnerabilidade social.

Nesse contexto, manifestam-se as teorias da coculpabilidade e da vulnerabilidade, que propõe que sejam consideradas as situações que tornam o agente que praticou o crime vulnerável. Aqui, dar-se-á especial enfoque à vulnerabilidade social, que pode ser atribuída às omissões estatais na efetivação de direitos fundamentais, caso em que se vislumbra a coculpabilidade do Estado; não obstante, vale dizer, a vulnerabilidade social possa ser analisada apartada da noção de coculpabilidade estatal, conforme será demonstrado.

2 DETERMINAÇÃO E AUTODETERMINAÇÃO: A CULPABILIDADE COMO UM ELEMENTO GRADUÁVEL

De início, com bases causalistas, o conceito de culpabilidade tinha enfoque nos aspectos subjetivos do crime, de modo que o agente era considerado culpável na medida em que agia com dolo ou culpa, não havendo qualquer conteúdo normativo ou valorativo. Trata-se da teoria psicológica da culpabilidade, defendida por Franz von Liszt e Ernst von Beling, que predominou do fim do século XIX ao início do século XX, com suporte no pensamento positivista sociológico. As principais críticas à teoria em pauta relacionam-se com algumas omissões referentes a possíveis situações em que, mesmo com a relação psíquica entre o autor e o resultado (presentes os aspectos subjetivos), faz-se incabível a imputação, como é o caso dos inimputáveis ou, ainda, da inexigibilidade de conduta diversa, em que há o dolo ou culpa. De fato, a atenção única à relação psicológica entre conduta e o resultado fez com que se percebessem deficiências da teoria - citem-se, ainda, a falta de explicação da culpa, da imputabilidade, dentre outros aspectos.

Identificadas tais lacunas, Reinhart Frank, em 1907, com base neokantista, introduziu a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, a qual, embora tenha continuado a considerar o dolo e a culpa, inovou ao acrescentar o juízo de reprovação social. Assim, além dos aspectos subjetivos do crime, deveria ser comprovada a possibilidade de o agente ter havido, na ocasião, uma conduta diversa, conforme o ordenamento jurídico - daí o elemento que guiou as novas perspectivas da culpabilidade.

Posteriormente, a teoria normativa pura negou quaisquer características de ordem psicológica no âmbito da culpabilidade, que passou a ser norteadas

por elementos puramente normativos. Parte-se da ótica do finalismo de Hans Welzel, segundo o qual a ação humana possui uma finalidade que será analisada considerando o dolo e a culpa, pelo que estes elementos, agora, fazem parte do fato típico (a conduta sem dolo ou culpa é, pois, atípica). Excluíram-se, pois, os aspectos subjetivos (psicológicos) da seara da culpabilidade, esta que, então, segundo Brandão, constituir-se-á por: “a exigibilidade de uma conduta conforme a lei; a imputabilidade do autor; e a possibilidade de reconhecer o caráter ilícito do fato.” (2003, p. 143).

Daí, formou-se a base do que se entende, hoje, por culpabilidade. Vale dizer, a posterior teoria limitada da culpabilidade, atualmente aceita, parte das mesmas premissas da normativa pura, também finalista, divergindo tão somente no que diz respeito às discriminantes putativas sobre a situação fática - sobre estas, não vale o aprofundamento para o fim do presente trabalho.

Portanto, a partir da mencionada inserção do elemento valorativo, “concebeu-se a culpabilidade como um estrato normativo da teoria do delito, isto é, como a reprovabilidade do injusto”. Assim, chega-se à conclusão de que a culpabilidade é o juízo de reprovação ou de censura que recai sobre o agente que cometeu o delito, indo de encontro à norma jurídica quando havia a possibilidade de agir de outra forma. Nesse sentido, a culpabilidade é fundamento e limite da sanção penal, uma vez que fornece razão para a aplicação da pena, sendo que é elemento integrante do crime (como fato típico, antijurídico e *culpável*).

Partindo da culpabilidade como elemento valorativo, alinhado à reprovabilidade do injusto, cumpre discorrer acerca da classificação, presente no âmbito da teoria da pena, que distingue o direito penal de culpabilidade e o direito penal de periculosidade. Os defensores deste alegam o fato de que a pessoa é movida por causas e determinado por circunstâncias que, eventualmente, a tornam periculosa. Dado o caráter determinista da teoria, que nega o livre-arbítrio, tem-se a periculosidade como elemento ensejador do fato delituoso, motivo por que a pena teria, tão somente, a função de ressocialização ou de prevenção, em consonância com a corrente relativa da pena. Veja-se que não restaria efetiva a retribuição ao mal causado por alguém que não age com liberdade, mas por determinação, ao passo que, no mesmo caso, a prevenção se faria necessária para que não houvesse a reiteração da prática do delito, com vistas à pacificação social - função de defesa social.

Por outro lado, os defensores do direito penal da culpabilidade partem do pressuposto de que a pessoa é integralmente livre para tomar decisões e, por isso,

para agir em conformidade o Direito. Sendo assim, caso o indivíduo cometa um fato típico e antijurídico, identificado o seu livre-arbítrio, deve ser censurado, reprovado, retribuído. Nesse sentido, o direito penal da culpabilidade vai ao encontro da teoria absoluta da pena, segundo a qual esta tem a finalidade única de retribuir o injusto, compensar o mal causado.

Ao fim e ao cabo, enquanto, por um lado, é negada a autonomia moral humana, havendo uma total eximção de responsabilidade, por outro, ignoram-se todas as condicionantes que possam mitigar a capacidade de escolha da pessoa. Nesse particular, merecem transcrição as lições de Zaffaroni e Pierangeli, que desaprovam tal dilema:

Se seguirmos as linhas dos falsos dilemas - que temos negado -, veremos que os partidários da segurança jurídica e da teoria retributiva da pena dizem defender um “direito penal de culpabilidade”, enquanto os partidários da defesa social e da teoria reeducadora ou da ressocialização da pena, dizem defender um “direito penal de periculosidade”. (...) O que a pena não pode ter como único limite é a periculosidade (...), o sentimento de segurança jurídica exige outro limite, que a lei traduz pela imposição de guardar a pena uma certa relação com a gravidade de lesão aos bens jurídicos ou, mais precisamente, com a magnitude do injusto e com o grau de culpabilidade. *A pena não retribui o injusto nem sua culpabilidade, mas deve guardar certa relação com ambos, como único caminho pelo qual pode aspirar a garantir segurança jurídica e não a afrontá-la.* (2011, p. 110-112)

São pertinentes as críticas negativas, tecidas pelos autores citados, acerca do (falso) dilema entre *direito penal de culpabilidade* e *direito penal de periculosidade*, *autodeterminação* e *determinação*. Em verdade, deve ser descartada, de plano, a ideia de que a pessoa é completamente determinada pelas circunstâncias em que está inserida, não possuindo, se assim o fosse, capacidade de escolha, autonomia moral e, portanto, responsabilidade. Da mesma maneira, não se mostra razoável afirmar que o agente é integralmente livre para se autodeterminar, para tomar as suas decisões, desconsiderando-se os condicionamentos aos quais é submetido.

Desse modo, em sentido contrário ao dito *falso dilema*, deve-se considerar aspectos do *direito penal de culpabilidade* e do *direito penal de periculosidade*, lógica esta é seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso pode ser evidenciado pela adoção da teoria mista das finalidades da pena, nos termos do artigo 59 do Código Penal, segundo o qual o juiz deverá aplicar a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. A pena, aqui, deve ter como limite não só a gravidade da lesão ao bem jurídico ou do crime, mas, também, a o grau determinação do agente, indicando-se aspectos do direito penal de

culpabilidade.

Registre-se que a consideração de fundamentos do direito penal de periculosidade não ocasiona na adoção de um direito penal do autor. Contudo, o direito penal do fato, como apontam Zaffaroni e Pierangeli (2011), não se realiza de forma plena em nenhum país. Tem-se como causa a impossibilidade de desconsideração de pontuais elementos subjetivos - isto é, referentes ao sujeito - que se fazem indispensáveis, inclusive para fins de individualização da pena, mandamento assentado no art. 5º, XLVI, da Constituição federal. Veja-se que, caso se considerasse, tão somente, a gravidade da lesão ao bem jurídico, partir-se-ia do pressuposto de que todos são igualmente livres para agir ou não em conformidade com o ordenamento jurídico (autodeterminação), de maneira que se ignorariam todas as condicionantes essenciais à individualização da resposta penal. O ordenamento jurídico brasileiro, ao indicar a preocupação com o aspecto preventivo da pena, combinada à expressa previsão constitucional da individualização da pena, introduz o ingrediente *determinação* como critério de aferição da culpabilidade. Este é, com efeito, elemento inerente à *função preventiva da pena* e componente essencial à *individualização da pena*.

Ademais disso, é inegável que ao princípio da proporcionalidade, aqui, é atribuída destacada relevância. Como já exposto, em linhas introdutórias, tal princípio constitucional subdivide-se em proporcionalidade abstrata (atividade legislativa), proporcionalidade concreta (atividade judicial) e proporcionalidade executória (atividade legislativa), facetas que se interligam entre si. De fato, a culpabilidade, como os demais conceitos consolidados no sistema jurídico, serve de norte para a atividade legislativa, demonstrando-se preocupação, justamente, com a proporcionalidade abstrata; o mesmo ocorre com a atividade administrativa (a administração penitenciária), na qual a culpabilidade tem lugar na satisfação da proporcionalidade executória. É certo, contudo, que a culpabilidade tem especial relevo no plano da atividade judicial, em que se sobressaem as peculiaridades do caso concreto, servindo de guia, especialmente, à dosimetria da pena, no que se satisfaz a proporcionalidade concreta - não se pode negar a influência, nesta, da proporcionalidade abstrata, já que a atividade legislativa baliza a atuação do julgador, que é, sobretudo, aplicador.

Reforçando a relevância da análise do caso concreto, na atividade judicial, Hans Welzel (1974, p.85), afirma ser refutável que a aferição da culpabilidade se dê tão somente no plano abstrato, considerando uma imagem irreal e estereotipada do homem médio, ao contrário, “pressupõe que o autor podia formar cor-

retamente a sua resolução de ação antijurídica, não no sentido abstrato de algum homem no lugar do autor, mas no sentido correto do homem que, em tal situação, poderia ter adotado a sua resolução de vontade de acordo com a norma”.

Infere-se, pois, que a observância ao grau de culpabilidade, de acordo com o binômio autodeterminação-determinação, é essencial à satisfação da proporcionalidade e da individualização da pena. Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 110) indicam essa essencialidade, ao afirmarem que, “ainda quando se possa exigir de um sujeito uma conduta, sempre lhe poderá exigir mais ou menos, segundo as circunstâncias do caso. Isto nos dará sempre um grau distinto de reprovabilidade, portanto, de culpabilidade”. Assim, como ratifica Toledo (1994), trata-se de um juízo valorativo que se faz ao agente, tendo por objeto o próprio agente e a sua ação criminosa, sobre o que refletem as variantes para a quantificação da culpabilidade. Não se pode afirmar que é devida a aplicação da mesma pena a agentes influenciados por condicionantes (ou variantes) distintas, em diferentes intensidades, sob pena de afronta aos mandamentos constitucionais aqui em voga.

O grau de culpabilidade, ao fim e ao cabo, afigura-se como baliza e limite ao *jus puniendi* estatal, de acordo com as considerações devidas quanto ao delito e ao seu cometedor, não devendo a pena ultrapassar o limite do grau de culpabilidade; caso contrário, conflagrar-se-ia uma sanção penal desproporcional e, por isso, ilegítima. Aliás, como lecionam Gomes e Molina, “não significa que onde existe culpa tem que existir pena, senão que onde não existe culpa não se pode castigar e, quando se castiga, a medida da pena não deve ultrapassar a da culpa” (2009, p. 485).

Desse modo, a graduação da culpabilidade - como reprovabilidade - de um agente deve perpassar pela graduação da sua autonomia de escolha e, assim, pelas variantes ou condicionantes que possam reduzir o seu livre-arbítrio, isto é, reduzir o seu âmbito de autodeterminação. Por outras palavras, na aferição da culpabilidade, é de rigor verificar em que grau seria exigível ao agente, no plano concreto, a atuação em conformidade com o ordenamento jurídico, atendendo, assim, a premissas como a proporcionalidade e a individualização da pena.

3 A COCULPABILIDADE E A VULNERABILIDADE SOCIAL NOS PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA

Com base no conceito exposto, segundo o qual a aferição da culpabilidade perpassa pelo binômio autodeterminação-determinação, parte-se do pressuposto de que o grau de livre-arbítrio das pessoas varia, em razão de condicionantes ou

variantes que determinam o seu campo de autodeterminação. Por isso, faz-se imprescindível a consideração de condicionantes ou variantes que venham a influenciar o livre-arbítrio e, portanto, capacidade de escolha do agente, em agir ou não em conformidade com o Direito.

Invariavelmente, há de se considerar que as pessoas, dadas as circunstâncias em que nascem e vivem, não são iguais, ou, melhor, não se encontram em igualdade de condições. Ao contrário: inserem-se em circunstâncias diferentes, possuem condições de vida diferentes e, portanto, mais ou menos lhes é exigível determinado padrão de conduta.

No mundo ocidental, a busca pela igualdade é colocada, ao menos no plano teórico, como prioridade. Desde a revolução francesa, o postulado da igualdade é proclamado pela sociedade. Efetivamente, o direito à igualdade, no sentido material, sagrou-se como direito inerente ao homem no início do século XX, compreendido no âmbito dos direitos sociais, de segunda dimensão.

Compreenda-se a igualdade como direito social, cuja finalidade é garantir autonomia ao indivíduo (livre-arbítrio), tratando os desiguais de maneira desigual, de forma que todos tenham o mínimo para buscar os seus interesses, de maneira autônoma (autodeterminação). Os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, diante da emergência desse direito de segunda dimensão, consagraram objetivos a serem alcançados, visando à efetivação da igualdade. Contudo, fato é que, a despeito da busca formal da igualdade, não se logrou dizimar toda a desigualdade, como bem analisou Rawls, numa passagem que bem se aplica à realidade dos países periféricos:

A assimetria fragiliza a estabilidade de compromissos constitucionais e impede a formação do consenso sobreposto falando então da necessidade da atribuição de bens primários para o desenvolvimento das capacidades morais dos indivíduos. Parte do pressuposto de que, abaixo de certo nível de bem-estar material e social, de educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais (RAWLS, 1993, p. 213).

Há consenso de que o Estado é ente garantidor das necessidades básicas dos indivíduos. Com base nas teorias contratualistas, os homens, vendo que não têm condições de atingirem seus objetivos isoladamente, abrem mão de sua liberdade e sujeitam-se à soberania estatal, pactuando o contrato social a fim de fazer cessar o estado de natureza.

Dessa maneira, o Estado passa a ter legitimidade de exercício de seu poder e, como contraposta à soberania que lhe fora atribuída, compromete-se, com

sua supremacia e poder de império, a cumprir com seus deveres elencados na Constituição federal, de forma a respeitar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), objetivando construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover a erradicação da pobreza e da marginalidade, para que as desigualdades sociais e regionais sejam reduzidas (art. 3º).

Nesse sentido, a Revolução Francesa foi profética ao proclamar as premissas que viriam a estar presentes no constitucionalismo moderno: liberdade, igualdade e fraternidade. A primeira expressa a liberdade civil e política – leia-se gozo dos direitos políticos. A igualdade liga-se intimamente aos direitos sociais, visto que só pode ser alcançada com a efetivação destes. A fraternidade expressa o anseio pelo direito ao patrimônio comum, à efetivação de direitos transindividuais, à solidariedade entres os povos.

Para alcançar esses direitos, que se conectam entre si, enraizaram-se nas Constituições como promessas da modernidade, isto é, objetivos a serem alcançados pelo Estado, nítidos frutos do contrato social estabelecido. A inserção de tais direitos no ordenamento jurídico (notadamente na Constituição), em especial os que reclamam prestações positivas do Estado, é o que Peter Lerche (2003) denominou de dirigismo constitucional, com destaque aos direitos sociais, cujo principal fundamento é a igualdade. A noção da constituição dirigente foi difundida e adaptada por Canotilho.

Segundo Canotilho (2003), estariam satisfeitas tais premissas ao se resolver o problema das três violências (triângulo dialético): a falta de segurança, a desigualdade política e a pobreza. Com efeito, nos países de Primeiro Mundo, encontram-se quase exauridas as referidas promessas, o que não ocorre nos países periféricos. Gilberto Bercovici e Lênio Luiz Streck, ao defenderem a Teoria da Constituição Dirigente, identificam estes como países de modernidade tardia, nos quais as três violências propostas pelo triângulo dialético de Canotilho não foram respondidas. É que o Estado, ao ignorar as promessas da modernidade, desrespeitando a Constituição, rompe o contrato social:

Dito de outro modo, descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para consecução dos fins), significa *solapar o próprio contrato social* (do qual a Constituição é o elo entre político e jurídico da sociedade)” (STRECK, 2008, p. 55)

É evidente que nos países de modernidade tardia, tal como o Brasil, há diversas violações que ocasionam o rompimento do contrato existente entre

sociedade e Estado, especialmente no que diz respeito à pobreza, identificada a manifesta desigualdade social aqui existente. Assim, quando um integrante da sociedade comete um crime, estaria ele desrespeitando a soberania estatal e, destarte, descumprindo o contrato social. Porém, ao fazê-lo em razão de sua condição de marginalizado, pressupõe o descumprimento prévio de uma prestação por parte do Estado, qual seja, a de garantir os seus direitos, notadamente os sociais.

Seguindo essa lógica, a partir do momento que um dos agentes da relação Estado-indivíduo descumprir ou ignorar sua função, haverá o desequilíbrio e o descumprimento do pacto acordado, acarretando a respectiva responsabilidade ou culpabilidade (em sentido amplo), na medida do ato, seja comissivo ou omissivo. Logo, devido à vulnerabilidade do agente que não teve seus direitos garantidos, deve-se discutir a possibilidade de o Estado arcar com os resultados e consequências de sua negligência no dever de agir. Ou, caso se desconsidere a possibilidade (ainda que simbólica) de responsabilização do Estado, que se pensar, ainda e tão somente, a atenuação da responsabilidade do agente vulnerável, em razão do menor grau de exigibilidade de conduta diversa que nele recai.

Surgem, pois, as teorias da coculpabilidade e da vulnerabilidade. A primeira foi trazida, inicialmente, por Zaffaroni, e relaciona-se com a ideia de concorrência de culpabilidades, em que, além do agente culpável que tenha praticado o delito, há a culpabilidade de outro, que concorreu para que a conduta ilícita. Segundo o jurista argentino, este último pode ser o Estado e a própria sociedade, nos casos em que há patente omissão e sonegação da devida efetivação das garantias e dos direitos para seus cidadãos.

A relação de responsabilidade entre o Estado e os sujeitos é estudada de forma que objetiva a efetivação da justiça material - como corolário da busca, referida anteriormente, da igualdade material. Por esta noção, as peculiaridades da trajetória de cada indivíduo devem ser levadas em conta, apontando, assim, *“a parcela de responsabilidade social do Estado pela não inserção social e, portanto, devendo também suportar o ônus do comportamento desviante do padrão normativo por parte dos atores sociais sem cidadania plena que possuem uma menor autodeterminação”* (MASSON, 2011, p. 444). Sobre a necessária valoração de tais particularidades, que eventualmente implicam maior vulnerabilidade, aduzem Zaffaroni e Pierangeli:

O que é evidente é que nesses casos, a margem de autonomia se acha reduzida, estreitada pelo condicionamento criado pela própria ação do sistema penal. Esse

é um dado de realidade que não pode ser ignorado pelo direito penal e, portanto, quando ocorrer sua correta valoração indicará que, no caso manifesta-se um *grau menor de culpabilidade*. (2011, p. 112)

O Estado passaria, então, a não ter legitimidade para punir a todos de forma igual, justo em atenção à graduação da culpabilidade, assumindo, nesses casos, a sua omissão, já que não cumpriu os seus deveres constitucionais de garantir a dignidade da pessoa humana. Há, portanto, a violação dos direitos que ele se comprometeu a exercer e, devido a isso, a culpabilidade teria que ser compartilhada entre o agente protagonista e o Estado.

Cumprir registrar que Zaffaroni não defende que a existência da concorrência de culpabilidades acarrete, necessariamente, a não culpabilidade do agente que comete ato ilícito, que ensejaria a aplicação da chamada teoria do fim da pena. Portanto, não há que se falar, para o autor em questão, em exclusão de culpabilidade como implicação invariável, mas de circunstâncias externas que devem ser consideradas na determinação da sentença judicial.

A coculpabilidade, pois, seria considerada, normalmente, no momento da aplicação da pena, em que devem ser observadas as condições individuais do agente, bem como os fatores e as condições sociais negativas que o influenciaram. Isso serviria como compensação para as omissões estatais ou sociais, de forma que houvesse a atenuação de responsabilidade do agente, em razão de tal concorrência.

Para ser verificada a existência da coculpabilidade, de um lado, há de existir a conduta ilícita do agente e, paralelamente, coexistir o elemento de vulnerabilidade em razão da omissão de direitos e garantias básicas e fundamentais. Por sua vez, a responsabilização do Estado não se daria na esfera penal em si, mas no plano social ou, ainda, de forma simbólica, de modo que seja imposta uma reprovação menor ao indivíduo culpado.

De seu turno, a teoria vulnerabilidade, também proposta por Zaffaroni, dá enfoque ao sujeito, considerando o grau de vulnerabilidade respectivo, que seriam variantes ou condicionantes do seu (ou que determinam o seu) livre-arbítrio. Isso ocorre de forma concreta quando se percebe que certos indivíduos, desprovidos de quaisquer tipos de poder e influência política e econômica, são os mais suscetíveis a serem envolvidos pelas garras do sistema punitivo estatal. Nesse sentido, ele esclarece que:

É possível afirmar em geral que entre as pessoas de maiores rendas e mais próximas ao poder, o risco de criminalização é escasso (baixo estado de vulnerabilidade ou

alta cobertura) e inversamente, entre os de menores rendas e mais longe do poder, o risco é considerável (alto estado de vulnerabilidade, baixa ou nula cobertura). Não obstante, alguns dos primeiros são selecionados; e entre os últimos, se seleciona com muita maior frequência, sempre se tratando de uma ínfima minoria. (ZAFFARONI, 2002, 654)

Tendo em vista, então, a variedade e as peculiaridades entre as pessoas na sociedade, impossibilitando o gozo isonômico dos direitos e garantias individuais, o reconhecimento da condição de vulnerabilidade permite a aferição da concreta culpabilidade do agente, no momento de aplicação da pena. Em outras palavras, as sanções penais estabelecidas seriam limitadas e atenuadas em função de determinado grau de vulnerabilidade, devidamente comprovado.

Por fim, cumpre salientar que não se deve utilizar as características sociais desses indivíduos como fator para que haja a rotulação de agentes com maior potencial para cometimento de delitos. Ao contrário, na realidade, a seletividade existe, concretamente, em razão de tais vulnerabilidades.

O estereótipo alimenta-se das características gerais dos setores majoritários mais despossuídos e, embora a seleção seja preparada desde cedo na vida do sujeito, é ela mais ou menos arbitrária. Os sujeitos mais sensíveis às demandas do papel formuladas pelas agências dos sistemas penais são os mais imaturos, ou seja, os que possuem menor independência a respeito de sua adequada distinção em relação aos objetos externos. A maior sensibilidade às demandas do papel relaciona-se diretamente com a possibilidade de invasão que o indivíduo ofereça. (ZAFFARONI, 2001, p. 134)

Daí, constata-se que há maior facilidade de os sujeitos vulneráveis serem alcançados pela criminalidade, por mais de um motivo, por exemplo, pela necessidade de sobrevivência, por desvios causados por sofrimentos recorrentes ou por se vislumbrar uma forma de ascensão social. Do mesmo modo, ainda que ocorram ilícitos penais em diversas camadas sociais, inclusive nas não vulneráveis, a repressão, em sua maior incidência, dá-se apenas sobre os que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Portanto, ao invés de servir como parâmetro para taxar o perfil do delinquente, essa teoria traz a ideia de servir como ponto de contrapartida à seletividade. Aliás, conforme desenvolvido, a observância do grau de vulnerabilidade do agente servirá como limite do exercício penal punitivo, visto ser inegável a conexão com o grau de vulnerabilidade do mesmo, relacionado, notadamente, com a exigibilidade de conduta diversa.

4 APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE E DA VULNERABILIDADE SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Bem verdade que o ideal seria a neutralização das desigualdades, sejam sociais ou de qualquer outro âmbito, através de políticas públicas efetivas por parte do Estado, antes que haja a necessidade de judicialização, ainda mais em se tratando da seara penal, que deve ser *ultima ratio*. Não obstante oportuno pontuar isso, o enfoque deste trabalho são aspectos eminentemente jurídicos, relativos à limitação do poder punitivo estatal ante a proporcionalidade, em havendo a obrigatoriedade de a pena guardar relação com o grau de culpabilidade do apenado.

As referidas teorias encontram respaldo técnico para aplicação na dogmática penal pátria, isto é, há recursos jurídicos em nosso ordenamento para tanto, em específico no momento da dosimetria da pena. Há quem defenda, também, a utilização como fundamento de uma sentença absolutória, em casos extremos.

Para a fixação da pena privativa de liberdade, em que se quantificará a culpabilidade material do condenado, é acatado por nosso ordenamento o sistema trifásico, elaborado por Nelson Hungria, que pode ser identificado no art. 68 do Código Penal brasileiro. Na primeira fase, fixa-se a pena base, atentando às circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes e conduta social do agente; personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima. Pontua Nucci, que a culpabilidade é o conjunto dos demais, assim, “se os sete elementos inseridos no quadro da culpabilidade forem favoráveis teremos menor censurabilidade; se forem desfavoráveis, encontraremos maior censurabilidade.” (2014, p. 356)

Neste primeiro momento, vislumbra-se a possibilidade de aplicação da teoria, visto que as referidas circunstâncias “dependem exclusivamente da valoração do juiz” (GOMES; MOLINA, 2009, p. 514), por isso denominadas circunstâncias judiciais. Faz-se razoável, observando o princípio da proporcionalidade, a quantificação de um menor grau de culpabilidade para os apenados que se encontrem em situação de vulnerabilidade, nos ditames da descrita teoria.

A segunda e a terceira fase de aplicação dizem respeito às circunstâncias legais, previstas no Código Penal e na legislação penal especial, que são espécies: as atenuantes e agravantes genéricas (segunda fase); e as causas de aumento e diminuição de pena (terceira fase). Para o estudo da aplicação das teorias, vale a análise das espécies da segunda fase da aplicação da pena.

O rol das atenuantes é exemplificativo, como leciona Masson, “porque,

além das expressamente definidas pelo art. 65, o art. 66 consagra as atenuantes inominadas, não indicadas pela lei” (2011, p. 636), também denominadas atenuantes de clemência. A redação do art. 66 é clara ao dispor que: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Destarte, permite-se com que o juiz utilize a teoria da vulnerabilidade ao identificar menor exigibilidade de agir conforme o Direito em razão situação de vulnerabilidade do agente, fazendo-a incidir como atenuante inominada ou de clemência.

As agravantes genéricas são previstas de forma taxativa, isto é, restringem-se àquelas previstas legalmente, não se podendo fazer incidir fatores não previstos para aumentar a pena intermediária. Daí se conclui a impossibilidade da incidência da coculpabilidade às avessas na segunda fase de aplicação da pena, visto que agravaria a pena não havendo qualquer previsão legal.

Outrossim, mesmo no que diz respeito às circunstâncias judiciais, embora possível pela grande margem de discricionariedade dada ao juiz nesta fase, faz-se inoportuno o aumento do poder punitivo estatal. Estaria em conformidade com o nosso ordenamento jurídico, que é adepto do direito penal garantista, uma interpretação restritiva em relação às circunstâncias que aumentam a pena privativa de liberdade, visto que qualquer mandamento que venha a prejudicar o réu deve estar previsto expressamente.

Deve, então, essa compensação da quantificação da pena, que visa à proporcionalidade, dar-se através da atenuação da sanção aos que se encontram em situações vulneráveis. Não se mostra legítimo o aumento de pena para aqueles que não se enquadram como vulneráveis, que é a regra.

Em casos extremos, a teoria da coculpabilidade, como traz Greco, “conduziria à absolvição, a exemplo do que ocorre quando um casal de mendigos tem relação sexual embaixo de um viaduto, fato que, em uma situação de normalidade, possibilitaria a sua condenação pela prática do delito tipificado no art. 233 do Código Penal.” (GRECO, 2017, p. 139) Neste caso, não se pode exigir conduta diversa do agente, dada as circunstâncias em que está inserido. Nesse sentido Rodrigues assevera que:

(...) através da ampliação do conceito de exigibilidade de conduta diversa em face da normalidade das circunstâncias concretas, e de uma aceitação mais ampla da inexigibilidade como causa de exculpação (mesmo sem expressa previsão legal), tornar-se-á possível instrumentalizar, materializar e aplicar a Teoria da Coculpabilidade em nosso ordenamento jurídico, passo fundamental na direção de um Direito Penal garantista, humano e mais isonômico. (2009, p. 252)

Apesar da comprovada possibilidade jurídica da aplicação das teorias, vez que compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência tem negado a sua incidência a pretexto de que, aplicando-a, estar-se-ia fomentando a prática de delitos. Tal foi a motivação do Superior Tribunal de Justiça, no principal precedente existente acerca do tema:

Não fosse por isso, mesmo que apreciada sem provocação da defesa, a pretensão não comporta acolhida. Isso porque a teoria da coculpabilidade do Estado não foi recepcionada pela jurisprudência, pois “não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida” (STJ, HC n. 213482, Min. Laurita Vaz, j. 17.09.2013)

O que ocorre no direito brasileiro é uma inversão de medidas. No direito processual penal, por exemplo, garante-se prisão especial para detentores de altos cargos e para os “diplomados por qualquer das faculdades superiores da República”, como dispõe o art. 295, VII do Código de Processo Penal. Vê-se que há uma concepção oposta ao próprio conceito de graduação de culpabilidade, uma vez que o agente, ocupando cargos expressivos ou tendo havido acesso à educação superior e, por isso, menos vulnerável, teria maior possibilidade de agir juridicamente, tendo em vista as circunstâncias favoráveis de que desfrutava. Sendo assim, ser-lhe-ia mais exigível o agir conforme o Direito do que outros que não gozam de condições semelhantes.

O dito dispositivo já foi objeto de discussões, tanto no Congresso Nacional quanto no Supremo Tribunal Federal, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), por ser flagrantemente violadora da isonomia disposta no art. 5º *caput* da Constituição federal, indo de encontro, inclusive, ao conceito de igualdade material. No âmbito do Poder Legislativo, embora derubado pelo Senado Federal, a Câmara dos Deputados manteve o dispositivo; quanto à ADPF, na qual figurava como relator o eminente ex-Ministro Teori Zavascki, aguarda-se julgamento.

4.1 TEORIAS NO DIREITO COMPARADO

O reconhecimento do menor grau de culpabilidade de indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade é aceito sem muitas controvérsias em outros países, com grande incidência em países periféricos, principalmente na América Latina. Cite-se: Argentina, Bolívia, Equador, Colômbia, Peru, México e Paraguai.

A teoria elaborada pelo argentino Zaffaroni encontra-se positivada em seu país, nos artigos 40 e 41 do Código Penal da Argentina:

Art. 40. En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, os tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Art. 41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2. *La edad, la educación, las costumbres y la conducta recedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.*” (Grifo nosso)

Na Bolívia a teoria também encontra amparo, ao se avaliar a personalidade do autor do crime, em identificando eventual situação de miserabilidade, incidindo como atenuante genérica:

Art. 38 – CIRCUNSTANCIAS

1. Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:

a) La edad, **la educación**, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y **su situación económica e social**.

Art. 40 – ATENUANTES GENERALES.

Poderá también atenuarse La pena:

1. Cuando El autor há obrado por motivo honorable, o **impulsado por La miseria**(...) (Grifo nosso)

No Equador, atenua-se a pena nos crimes contra a propriedade se identificada a situação vulnerável do autor, conforme os seguintes artigos do Código Penal equatoriano:

Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de La infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto AL acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en La sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

11o.- *En los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo han colocado al delincuente en una situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, en la época en que cometió la infracción*". (Grifo nosso)

Vê-se presente a teoria também no Código Penal da Colômbia, precisamente no artigo 56, o qual alega que, quando não suficiente para excluir a responsabilidade, diminuirá a pena:

Art 56.- El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición. (Grifo nosso)

No Peru, o juiz há de ter a preocupação com a situação de vulnerabilidade social e familiar do agente no momento de fundamentação e determinação da pena:

Art 45.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. *Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;*
2. *Su cultura y sus costumbres; y*
3. *Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.* (Grifo nosso)

O ordenamento penal do mexicano estabelece o dever de consideração de fatores de vulnerabilidade do agente na primeira fase de aplicação da pena, no âmbito das circunstâncias judiciais. Ademais, peculiar faz-se a aplicação dessa atenuação de culpabilidade, no México, nas medidas de segurança. Observemos o art. 52, V do respectivo Código Penal:

Art 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo em cuenta: 21

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir (Grifo nosso)

O art. 65, §2, alínea 'e' do Código Penal do Paraguai consagra a teoria ao demonstrar, no momento da aplicação da pena, preocupação com a vulnerabili-

dade econômica do autor do apenado:

Art 65.- Bases de la medición:

2º Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor y particularmente:

e) la forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho; la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas” (Grifo nosso)

Percebe-se a ampla recepção da teoria da vulnerabilidade (e da coculpabilidade), mormente em países periféricos, nos quais as promessas da modernidade, que seriam supridas a partir da resolução dos três problemas elencados por Canotilho (a pobreza, em especial), ainda não foram cumpridas. Por isso, não coincidentemente, a teoria não encontra vasta aplicação na Europa, em que as promessas proferidas na Revolução Francesa já se encontram quase exauridas, diferentemente dos países de modernidade tardia, conforme aponta Streck (2009, p. 54), sendo este o caso do Brasil.

5 CONCLUSÃO

As teorias da coculpabilidade e da vulnerabilidade partem da vigente construção teórica da culpabilidade, que é norteada por elementos normativos ou valorativos. Verificou-se, pois, que a culpabilidade é um conceito graduável de acordo com o grau de capacidade de escolha do agente em agir, ou não, em conformidade com o Direito, tendo-se em conta aspectos do direito penal de culpabilidade (autodeterminação) e do direito penal de periculosidade (determinação).

Diante dessa noção, há de se considerar binômio autodeterminação-determinação, por essencial ao atendimento da proporcionalidade e da individualização da pena, figurando a culpabilidade como verdadeiro limite ao poder punitivo estatal. Nesse exercício, aferem-se as variantes e as condicionantes que influencia(m) a conduta penalmente ilícita do agente, dentre as quais se mostram relevantes, sobretudo, os aspectos sociais. Não se pode negar, no contexto dos países de modernidade tardia, assim como é o Brasil, as desigualdades são patentes, notadamente pela omissão do Estado na efetivação de direitos fundamentais.

Daí decorrem as teorias da coculpabilidade e da vulnerabilidade, que partem da inegável constatação de que existem desigualdades, em razão das quais as camadas vulneráveis da sociedade são mais suscetíveis a serem alcançados pelo sistema punitivo estatal. Ora se considera a concorrência de culpabilidade do

Estado (teoria da coculpabilidade), ora se enfoca na condição de vulnerável do sujeito (teoria de vulnerabilidade). De um modo ou de outro, deve-se identificar que a capacidade de escolha do agente vulnerável (autodeterminação) é diminuída (ou determinada) pelas suas condições, pelo que é menos exigível uma conduta diversa e, portanto, é menor o grau da sua culpabilidade.

Demonstrou-se que, nos países periféricos (ou de modernidade tardia), tende a se aceitar a aplicação de tais teorias, diante da patente desigualdade social. No Brasil, a dogmática penal permite a aplicação da teoria, seja como atenuante genérica ou, mesmo, no instituto da inexigibilidade de conduta diversa como excludente supralegal de culpabilidade. Todavia, a par de haver resistência dos juízes e tribunais para tanto, identificaram-se distorções, como o tratamento favorecido a pessoas com melhores condições de educação.

Ao fim e ao cabo, conclui-se que considerar os fundamentos das teorias de coculpabilidade e da vulnerabilidade é imperativo para uma pena proporcional e individualizada, já que esta não pode ultrapassar a medida da culpabilidade. Por isso mesmo, sentença judicial que ignora as condicionantes ou as variantes que, eventualmente, tornem o agente vulnerável se mostra incompatível com a hodierna construção teórica da culpabilidade e com a Constituição federal, sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

REFERÊNCIAS

- ABOSO, Gustavo Eduardo. **Código penal de la República Argentina**: comentado, concordado con jurisprudencia. Buenos Aires: B. de F., 2012.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo. Saraiva, 2008.
- BOLÍVIA. **Código de Procedimiento Penal del Bolivia. Ley nº 1970/99**. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/BO/codigo_procedimiento_penal.pdf> Acesso em: 20 nov. 2019.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 20 nov. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **O Estado adjectivado e a teoria da Constituição**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 3, Curitiba: ABDCConst, 2003.

CHAVES JUNIOR, Airto. O Controle Penal dos Excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**. Colombia, v. 41, n. 114, p. 77-129, jan-jun 2011. Disponível em <<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n114/v41n114a03.pdf>> Acesso em 31 out 2019.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

INSTITUTO LIVRO E NET. **Teoria da co-culpabilidade do Estado e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro**. Vídeo (16min19seg). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ADDuxjyTupA>> Acesso em 02 nov 2019.

LEMONS, Clécio. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Escola Superior de Direito Público. Brasil, jun 2017. Disponível em <<http://esdp.net.br/culpabilidade-por-vulnerabilidade/>> Acesso em 30 out 2017.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado** - Parte geral - vol. - 4.s ed. re. atual. o ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

MATTE, Natalia Allet. **O Princípio da Co-culpabilidade e a sua (in) aplicabilidade no Direito Penal Brasileiro**. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI: Biguaçu, 2008.

MORO, Talita Simões de Aquino. **Co-culpabilidade e co-culpabilidade às avessas**. Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17432&revista_caderno=3> Acesso em 30 out 2019.

MOURA, Gregore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Impetus: Niterói, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PARAGUAI. **Código Procesal Penal de la República del Paraguay. Ley nº 1.286/98**. Disponível em: <https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf> Acesso : 20 nov. 2019.

RODRIGUES, Cristiano. **Temas controvertidos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **A tese da constituição dirigente**. in: Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho / coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis, 1928. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed – São Paulo: Saraiva, 1994.

TV JUSTIÇA. **Co-culpabilidade no direito penal**. Vídeo (54min16seg). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IBs0ve5uPGA>> Acesso em 02 nov 2019.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: Una introducción a la teoría finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1974.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Derecho Penal**: parte general / Alejandro Slokur y Alejandro Alagui – 2ª ed. – Buenos Aires, Argentina, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 6. ed - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

A INVISIBILIDADE DA MULHER ENCARCERADA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA VISÃO HOLÍSTICA DAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS E SUAS INCONSTITUCIONALIDADES

Thalita Cristina Silva Pereira¹

Roney Henrique Pereira²

Thiago Almeida de Oliveira³

Resumo: As audiências de custódia foram regulamentadas pelo Supremo Tribunal Federal através da ADPF 347/2015. Tal ADPF trata da concessão de uma medida cautelar parcial, que tem como objetivo viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária dentro do prazo de vinte e quatro horas a contar do momento da prisão. Essa medida deveria contribuir para a diminuição do número de presos provisórios, porém essa não é a realidade atual do sistema carcerário, principalmente no que tange à prisão de mulheres. Em dezesseis anos, houve um aumento de 656% da população carcerária feminina; atualmente temos cerca de 42.355 detentas. Os dados mostram ainda que 45% dessas mulheres não foram sequer julgadas ou condenadas, isto é, encontram-se presas preventivamente. Tais dados nos fazem questionar se a audiência de custódia tem de fato cumprido o seu papel. Aparentemente, as prisões preventivas atravessaram modificações em seu significado nos últimos anos. A fim de elucidar a real situação das prisões femininas no Brasil, o presente artigo busca, através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e documental, vol-

1 Graduanda em Direito – Universidade Estácio de Sá – UNESA.

2 Pós-graduando em Ciências Criminais e Forenses pela Faculdade Unyleya. Mestre pelo programa de Pós-Graduação em Análises Clínicas e Toxicológicas pelo Departamento de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo - USP. Professor nos cursos de Fisioterapia, Medicina Veterinária, Enfermagem e Psicologia - Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO.

3 Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor visitante pela Faculdade de Direito da UFJF, Professor do Curso de Direito do Instituto Metodista Granbery - Juiz de Fora/MG e Membro associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP).

tar os olhares aos presídios femininos, trazendo à tona o aumento avassalador do número de mulheres encarceradas. Considerando o fato de que nenhuma medida vem sendo tomada para que o cenário seja revertido, três discussões importantes são levantadas neste artigo, a primeira delas relaciona o aumento do número de mulheres encarceradas as audiências de custódia, em seguida a precariedade na qual os filhos do cárcere se encontram após a prisão de suas mães é tratada, haja vista que 74% das mulheres presas no Brasil são mães segundo levantamento do INFOPEN em 2018, a situação das mães do cárcere também é debatida, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil trata em seu artigo 5º, inciso L, sobre o direito ao aleitamento materno, porém é possível constatar que a realidade contraria a letra fria da lei, dados do INFOPEN levantam que somente 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçários ou centro de referências materno-infantil. O nosso sistema não está preparado para as mudanças que uma mulher enfrenta ao trazer uma criança ao mundo, e as mulheres não são as únicas afetadas pelo sistema; toda a família sofre quando perde a sua base. A cultura do encarceramento em massa, propagada no Brasil, em nada auxilia essas pessoas, pelo contrário, forma um ciclo vicioso, retira direitos de crianças e ignora as diferenças de gênero entre homens e mulheres. Desta forma, faz-se necessário questionar se a prisão é o único caminho. Talvez não se trate de deixar de punir, e sim punir com dignidade, respeitando direitos, visando não apenas o cumprimento da pena com a justiça, mas também as oportunidades de ressocialização dessas mulheres.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade, Sistema prisional, Mulher, Cárcere feminino.

Abstract: Custody audiences were regulated by Federal Supreme Court through the ADPF 347/2015. The ADPF is about a partial restraining order concession that aims to enable the attendance of the prisoner before the judicial authority by the deadline of 24 hours counting by the moment of his prison. This measure should contribute to reduce the number of temporary detainees, but this is not the current reality of the prison system, mainly in relation to a women's prison. During sixteen years there was an increase of 656% of the female prison population; nowadays there are about

45.355 inmates. Data show that 45% of these women were not even judged or condemned; it means that they are preventively in custody. Those data make us question if the custody audience has been performing well overall. Apparently, the pre-trial detention has changed their meanings during the last years. In order to clarify the real situation of the female prisons in Brazil, this paper aims – through the trickle-down documentation, involving bibliographic and documental research – to be attentive to female prisons, bringing up the overwhelming increase of the imprisoned women. Considering the fact that no measure has been taken to overturn this panorama, three relevant discussions are raised in this paper, the first of them relates the increase of the number of imprisoned women through the custody audiences, followed by the precarious situation in which the prisoners' children have found themselves after their mothers' prison is treated, given that 74% of Brazilian inmate women are mothers according to INFOPEN in 2018, the situation of these mothers is also discussed, considering that the Federative Republic of Brazil's Constitution treats in Its fifth article, clause L, about the breastfeeding right, but it is possible to observe that the reality contradicts the law, INFOPEN data show that only 14% of mixed or female units have nurseries or maternal-child reference centres. Our system is not prepared for the changes that a woman faces when she brings a child to life, and women are not the only affected by the system; the entire family suffers when its base is lost. The massive imprisonment culture, which happens in Brazil, doesn't help these people, instead, it creates a vicious cycle – it removes children's rights and ignores gender differences between men and women. Therefore, it is necessary to ask if the prison is the only way. Probably it is not about quit punishing, but do it with dignity, respecting rights, not only aiming the serving the sentence with justice, but also with the chance of rehabilitation of those women.

Keywords: Unconstitutionality, Prison system, Woman, Female prison.

1 INTRODUÇÃO

A violação sistêmica aos direitos fundamentais das pessoas que integram o sistema prisional no Brasil fez com que se reconhecesse um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional” nesse contexto. Trata-se de constatação obtida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, ajuizada no ano de 2015. Porém, apesar do julgamento da presente ADPF, os números que serão destacados neste artigo buscam evidenciar que praticamente nada foi feito para mudar a situação dos presos no Brasil, principalmente no que tange às mulheres encarceradas.

O sistema prisional brasileiro foi predominantemente construído para pessoas do sexo masculino, tendo sido projetado para atender as necessidades desses, trazendo assim uma igualdade formal no tratamento de homens e mulheres aprisionados. Conforme números publicados pelo INFOPEN (2018), 74% das unidades prisionais são projetadas para o público masculino, 16% são caracterizadas como mistas e apenas 7% são destinadas a mulheres.

Além de poucas, boa parte das prisões femininas são escuras, encardidas e superlotadas. As presas dormem no chão, revezando para que todas tenham ao menos um pouco de conforto. Os banheiros são sórdidos e cheiram mal. Nos presídios brasileiros, não existe espaço para sonhos ou ideais, menos ainda para crianças e gestantes (MATOS, 2016).

Além das condições precárias a quais essas mulheres são expostas nas penitenciárias, ainda precisam lidar com as crenças sociais que lhes são impostas, crenças essas que determinam que a mulher deve seguir os padrões impostos a ela socialmente, não podendo infringir as normas estatais e muito menos se voltar para o mundo do crime. Quando a mulher ultrapassa esses limites e se envolve com a criminalidade, consequentemente é esquecida pelo Estado, pelos companheiros, e por vezes até pela própria família.

Em seu livro “Presas que menstruam”, a autora Naná Queiroz (2015) retrata diversas situações que levam as mulheres a entrar para a vida do crime, além disso, traz à tona a forma como a sociedade enxerga e trata essas mulheres encarceradas:

Tabus são mantidos, também, pelos que se recusam a falar sobre eles. E nós, enquanto sociedade, evitamos falar de mulheres encarceradas. Convencemos a nós mesmos de que certos aspectos da feminilidade não existirão se nós não os nomearmos ou se só falarmos deles bem baixinho. Assim, ignoramos as transgressões de mulheres como se pudéssemos manter isso em segredo, a fim de controlar

aquelas que ainda não se rebelaram contra o ideal da “feminilidade pacífica”. Ou não crescemos ouvindo que a violência faz parte da natureza do homem, mas não da mulher? É fácil esquecer que mulheres são mulheres sob a desculpa de que todos os criminosos devem ser tratados de maneira idêntica. Mas a igualdade é desigual quando se esquecem as diferenças.

Basta uma breve análise aos números recentemente publicados pelo levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN) para perceber que a reformulação do sistema penitenciário no Brasil é urgente e necessária, eis que nenhuma das garantias constitucionais dessas mulheres vem sendo observadas.

Nesse contexto, inspirado pelo crescente movimento em favor das mulheres, o artigo busca, através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e documental, voltar os olhares ao encarceramento feminino, que tende a ser o mais cruel, solitário e esquecido, levando em consideração o aumento avassalador no número de mulheres presas, e as medidas que não vem sendo tomadas para que cenário seja revertido.

2 A RELAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E DO USO EXACERBADO DA PRISÃO PREVENTIVA COM O AUMENTO DE MULHERES PRESAS

Uma das medidas cautelares implantadas pela ADPF 347, a audiência de custódia, regulamentada pela resolução 213/2015 do CNJ, estabelece que o detento (a) seja apresentado ao Juiz, acompanhado de seu advogado, seja este particular ou defensor público, no prazo de 24 horas contadas a partir do momento da prisão. De acordo com o CNJ, a audiência de custódia seria uma alternativa de combate à cultura do encarceramento enraizada no Poder Judiciário Brasileiro.

Conforme descrito pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com isso, evitam-se prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros.

As audiências de custódia deveriam contribuir para a diminuição do número de presos provisórios, porém, essa não é a realidade atual do sistema carcerário, principalmente no que tange à prisão de mulheres. A problemática da crescente criminalidade feminina pode ser avaliada através dos números fornecidos pelo INFOPEN (2018), números esses que revelam um aumento avassalador da

população carcerária feminina no Brasil: em dezesseis anos, houve um aumento de 656% da população carcerária feminina; atualmente temos cerca de 42.355 detentas, sendo que o Brasil é o quarto dos doze países com maior população carcerária feminina, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia.

O perfil dessas mulheres pode ser facilmente descrito através de números do INFOPEN são mulheres jovens, na faixa dos 18 aos 26 anos, em sua maioria negras, com acesso mínimo a educação, sendo que seus crimes são relacionados, em grande maioria, ao tráfico de drogas. Os dados mostram ainda que 45% (19.223) dessas mulheres não foram sequer julgadas ou condenadas, isto é, encontram-se presas preventivamente. Esses dados nos fazem questionar se a audiência de custódia tem de fato cumprido o seu papel.

Aparentemente, as prisões preventivas atravessaram modificações em seu significado nos últimos anos. A prisão preventiva deve visar a restrição momentânea à liberdade do suspeito, e ainda assim, devem ser aplicadas em razão do perigo de dano que o mesmo apresenta para o bom andamento do processo. Tal medida deve ser adotada com a máxima ressalva pelo estado, tendo em vista que a prisão do réu antes do término do litígio processual, constitui elevado prejuízo aos direitos fundamentais deste (ANDRADE, 2017).

É notório que as constantes violações de direitos humanos por parte do sistema penal brasileiro, e as penas preventivas exacerbadas contribuem ainda mais para a estigmatização da sociedade e do Judiciário brasileiro em detrimento da mulher que comete um crime, tornando a sua situação ainda mais complicada.

3 OS FILHOS E O CÁRCERE

O problema do encarceramento feminino é ainda mais grave quando voltamos os nossos olhos para os filhos menores e dependentes das mães encarceradas.

De acordo com o Relatório “Mulheres sem prisão”, elaborado pelo ITTC - Instituto terra, trabalho e cidadania, até 2016, a desatenção sistêmica as mulheres encarceradas era clara, não existiam números exatos capazes de mensurar diversos dados importantes como a porcentagem de mulheres em prisão provisória e a quantidade de mães presas. Neste ponto, nota-se a importância da audiência de custódia na vida dessas mulheres, pois era nesse momento que o juiz tinha o seu primeiro contato imediato com a mulher e reconhecia então as características especiais da mesma, como a existência de filhos e a real necessidade da aplicação da prisão preventiva.

Em 2016 foi sancionada a lei nº 13.257, nomeada como Marco legal da primeira infância, esta alterou o Código de Processo Penal Brasileiro, visando a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano.

A lei acrescentou incisos em vários artigos do Código de Processo Penal essa alteração tornou obrigatória a informação sobre o número de filhos e as suas respectivas idades no auto de prisão em flagrante:

Art. 304. § 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Ainda de acordo com o relatório “Mulheres sem prisão”, desde o momento em que os dados passaram a ser preenchidos, das 287 mulheres indiciadas, ao menos 140 eram mães. O mesmo relatório ainda cita que, em média, a idade dos filhos era de 9 anos; isso significa que a prisão preventiva poderia ser substituída pela prisão domiciliar através desta mesma Lei, que também introduziu no artigo 318 do Código de Processo Penal, os incisos IV e V, com a seguinte redação:

318. Poderá o Juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: IV – gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

A introdução dos novos incisos na norma processual visa acima de tudo a proteção e bem-estar da criança, evitando que os mesmos sejam separados de suas mães, considerando as consequências graves e nocivas ao desenvolvimento físico e emocional das crianças. Os autores Zenerato e Parra (2018), corroboram com o citado:

A angústia da privação do vínculo materno pode atingir de maneira importante a formação da saúde mental da criança, podendo comprometer a afetividade e posteriores relacionamentos destas. As consequências desta privação podem desencadear, comportamentos agressivos e delinquentes.

De acordo com Stella, em 2006, a prisão da mãe tem o poder de modificar negativamente o ambiente de desenvolvimento da criança, e por esta razão, é extremamente necessária a criação de políticas públicas capazes de transmutar a condição dessas crianças. Porém, mesmo após a criação de tais políticas públicas, a letra fria da Lei não foi capaz de mensurar ou mudar a realidade desses filhos. Conforme dados do INFOPEN 2018, atualmente 74% das 42.355 mulheres

presas no Brasil são mães.

4 AS MÃES DO CÁRCERE

Nos dias atuais, temos 536 gestantes e 350 lactantes presas, conforme dados do INFOPEN (2018). O mesmo levantamento, se comparado às leis existentes, serve como apoio para afirmarmos que as penitenciárias brasileiras não possuem hoje a capacidade necessária para receber essas gestantes e seus filhos recém-nascidos.

Atualmente a nossa Constituição prevê de forma expressa o direito à amamentação das crianças cujas mães estão encarceradas, conforme o inciso L do art. 5º da CF/88:

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Em obediência ao referido artigo da Constituição Federal, a Lei de Execuções Penais também prevê o direito ao aleitamento materno, conforme disposto no art. 83 §2º:

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

A Lei de Execuções Penais traz, ainda, na redação do seu artigo 89, o seguinte direito às gestantes e filhos menores de 7 anos:

Art. 89 - Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

A realidade contraria a letra fria da Lei mais uma vez, e o que é presenciado nos presídios femininos comprova esta afirmação. Dados do INFOPEN (2018) levantam que somente 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçários ou centro de referências materno-infantil. Além disso, apenas 50% das unidades possuem celas adequadas para receber gestantes.

A esse respeito, a autora Matos (2016) aborda novamente com muita asserção:

A mulher, por uma série de fatores físicos e emocionais, vivencia a dor com muito mais intensidade que o homem. Seja por questões fisiológicas, a exemplo da tensão pré-menstrual – TPM, que desorganiza toda sua estrutura emocional, seja por

questões biológicas, como a gravidez, a mulher possui especificidades de gênero que alteram o seu estado físico e emocional e são capazes de fazer submergir uma dor mortal, mas que, no entanto, não são levadas em consideração durante o cumprimento da pena restritiva de liberdade.

Todas as divergências acima descritas corroboram com o fato de que o nosso sistema não está preparado para as mudanças que uma mulher enfrenta ao trazer uma criança ao mundo. Menos ainda para abrigar essas crianças e fornecer condições básicas para que se desenvolvam.

Por esta razão foi proposto o Habeas Corpus nº 143.641, tal ação foi proposta no Supremo Tribunal Federal, e denunciava a omissão do poder Judiciário mediante a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar em favor de mulheres grávidas e mães de crianças até 12 anos. Em 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, concedeu a todas as mulheres presas, gestantes ou mães de crianças até 12 anos de idade, a substituição da prisão preventiva de liberdade pela prisão domiciliar.

Apesar da louvável decisão proferida pelo Judiciário, a decisão monocrática proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski em 24 de outubro de 2018, demonstra o claro descumprimento da ordem concedida pelo presente Habeas Corpus, pois conforme informações fornecidas pelo DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, a medida poderia alcançar 10.693 mulheres elegíveis para a concessão da prisão domiciliar, porém apenas 426 mulheres tiveram a prisão domiciliar concedida, o que equivale a apenas 4% do total de mulheres aptas a concessão.

Percebe-se então, que mesmo após o reconhecimento da necessidade de tratamento adequado a essas mulheres e seus filhos, a omissão e o despreparo do sistema, impede que o direito desses seja plenamente exercido.

O Brasil possui normas suficientes para mudar o cenário das penitenciárias femininas, diminuindo a dor das presas gestantes e de seus filhos recém-nascidos. Porém o Estado é omissor diante de tais normas. Os filhos não podem e não devem pagar pelos erros cometidos pelas mães. Privá-los da convivência familiar, do afeto materno ou até mesmo da saúde necessária para se desenvolverem, é como penalizá-los, mesmo que indiretamente.

5 CONCLUSÃO

Após a exposição de todos os dados, é possível perceber que existe uma omissão por parte do estado em relação às milhares de mulheres encarceradas. As

normas existentes não são suficientes para sanar a invisibilidade dessas mulheres. E mesmo após a inserção de novas leis, essas mulheres permanecem esquecidas pela sociedade, pelo Estado e pelo Poder Judiciário.

É importante ressaltar que as mulheres não são as únicas afetadas por essa omissão; toda a família sofre quando perde a sua base e muitas das mulheres presas são as únicas responsáveis pelo seu lar, pelo sustento e educação dos seus filhos, filhos esses que permanecem à deriva da sociedade, propensos inclusive ao crime.

Precisamos nos questionar se a cultura do encarceramento em massa, propagada no Brasil, de fato auxilia na luta contra o crime. O encarceramento cria o crime, forma um ciclo vicioso pois ignora direitos fundamentais de indivíduos, retira necessidades básicas de crianças e não enxerga as diferenças óbvias de gênero entre homens e mulheres.

Não se trata de deixar de punir, e sim punir com dignidade, respeitando direitos, visando não apenas o pagamento da dívida com a justiça, mas também as oportunidades de ressocialização dessas mulheres, atentando-se para sua peculiar condição feminina.

Concluimos com a afirmação de que a realização dos direitos das mulheres não pode ser uma utopia. Essas garantias estão expressas, são reais e precisam ser levadas a sério.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, G. A. C. **Análise dos requisitos e pressupostos da prisão preventiva a luz da Constituição Federal**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 161, jun 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/analise-dos-requisitos-e-pressupostos-da-prisao-preventiva-a-luz-da-constituicao-federal/>. Acesso em mar 2019.

BRASIL, **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em mar 2019.

BRASIL. **Decreto- Lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos artigos 14, 83 e 89 da Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Brasília, DF, 29 mai. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm. Acesso em mar 2019.

BRASIL. **Lei de execução penal: Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**, que institui a Lei de Execução Penal, e legislação correlata. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/766>. Acesso em mar 2019. Acesso em mar 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas

para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm. Acesso em mar 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia** – Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>

INFOPEN, Mulheres 2018. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso: Mar 2019.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (ITTC). **Relatório Mulheres sem prisão**. São Paulo, 2017. Disponível em: http://itcc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf. Acesso em mar 2019.

MATOS, T. **Os filhos da outra: A mulher e a Gravidez no cárcere**. Disponível em: <https://emporiodireito.com.br/leitura/os-filhos-da-outra-a-mulher-e-a-gravidez-no-carcere>. Acesso em mar 2019.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras**. 1. ed. São Paulo: Record, 2015.

STELLA, C. **Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos**. São Paulo: LCTE Editora, 2006. 117p

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 143.641/SP**. Decisão monocrática. Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão publicada no DJE nº 228 divulgado em 25/10/2018, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338913041&text=.pdf>. Acesso em nov 2019.

ZENERATO, J.; PARRA, C. R. **Filhos do cárcere e suas consequências psicológicas**. São Paulo, 15 Out. 2018. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1254.pdf>. Acesso em nov 2019.



tirant
lo blanch

www.tirant.com/br

