

COORDENAÇÃO: Frederico Horta

REVISTA DO

INSTITUTO DE R
CIÊNCIAS PENAIIS I
C
P



volume 6, número 1, junho 2021

 editora
D'PLÁCIDO

REVISTA DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Editor-Chefe
Frederico Horta

Editores Adjuntos
Lucas Minorelli e Regina Juncal

Editores Executivos
**Durval Barcelos, João Victor Assunção,
Luísa Reis, Victor Hugo Santos**



ISSN 1809-192X (impresso) ISSN 2675-5874 (eletrónico)	Vol.6, N.1	Jun. 2021
--	------------	-----------

Conselho Editorial

- Adriano Teixeira** (FGV/SP)
Alaor Leite (Humboldt Universität/Alemanha)
Antônio Martins (UFRJ/RJ)
Beatriz Vargas (UNB/DF)
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes (IBMEC/MG)
Carlos Augusto Canedo (UFMG/MG)
Chiavelli Falavigno (UFSC/SC)
Diego-M. Luzón Peña (Univ. Alcalá/Espanha)
Eduardo Viana (UFBA/BA)
Eugênio Pacelli (IDP/DF)
Fernando Galvão (UFMG/MG)
Flávia Siqueira (Mackenzie/Campinas)
Frederico Horta (UFMG/MG)
Gabriel Perez Barberá (Uni. De Córdoba/Argentina)
Heloísa Estellita (FGV/SP)
Ivò Coca Vila (Uni. Pompeu Fabra/Espanha)
Luciano Santos Lopes (FMC/MG)
Luís Greco (Humboldt Universität/ Alemanha)
Maurício Dieter (USP/SP)
Nuno Brandão (FDUC/Portugal)
Paulo César Busato (UFPR/PR)
Paulo de Souza Mendes (FDUL/Portugal)
Tatiana Stoco (UNISAL/SP)
Vinícius Diniz Monteiro de Barros (PUC/MG)

REVISTA DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Publicação Semestral da **Editora D'Plácido** e do **Instituto de Ciências Penais**

E-mail para submissão de artigos:

ricp@icp.org.br

Visite o site do Instituto de Ciências Penais:

<http://icp.org.br/revista/cientifica>

Revista do Instituto de Ciências Penais. Volume 6. Número 1. Junho/2021

Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021
Semestral
ISSN: 1809-192X (impresso)
ISSN: 2675-5874 (eletrônico)
DOI: 10.46274/1909-192XRICP2021v6n1
I. Direito – II. Periódicos – III. Brasil

CDU 340

NOTA: Os trabalhos assinados exprimem conceitos de responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da redação da Revista.

Corpo de Pareceristas *(volume 06, n.1 – chamada geral)*

André Pedrolli Serretti (Uni-Granada/Espanha)

Adriano Teixeira (FGV/SP)

Anna Carolina Canestraro (USP)

Antônio de Padova Marchi Júnior (UNI/MG)

Bruno Silveira Rigon (UCS/RS)

Carla Benitez Martins (UFGO)

Carolina Assis Castilholi (UFES)

Clécio Lemos (UNESC)

Eduardo Viana (UFBA)

Erica do Amaral Matos (USP)

Fabiano da Silveira Pignata (PUC/MG)

Felipe da Costa De-Lorenzi (UNESPAR/PR)

Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

Fernando Nogueira Martins Júnior (UFLA)

Flávia Siqueira Cambraia (Mackenzie/SP)

Jairo Garcia Pereira (Uni-Salamanca/Espanha)

Jamilla Monteiro Sarkis (UFMG)

Jéssica Onfria Ferreira de Freitas (UFMG)

João Krakauer (UFMG)

João Paulo Orsini Martinelli (USP)

Leonardo Marcondes Machado (UFPR)

Luciano Lopes (FMC/MG)

Michel Reiss (PUC/RJ)

Nayara Rodrigues Medrado (UFJF)

Pâmela de Rezende Côrtes (UFMG)

Paulo Roberto Incott Júnior (UFPR)

Renato Silvestre Marinho (UNA/MG)

Túlio Felipe Xavier Januário (Uni-Coimbra/Portugal)

Victor Souza Marçal (UFMG)

Autores *(volume 06, n.1)*

Ana Clara Matias Brasileiro, Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Carl-Friedrich Stuckenberg, Claus Roxin, Etéocles Brito Mendonça Dias Júnior, Felipe Machado Prates, Fernanda Araujo Pereira, Frederico Horta, Gabriellen Carneiro de Melo, Hélio Peixoto Júnior, Heloisa Estellita, Livia Yuen Ngan Moscatelli, Ricardo Alves de Lima, Rodrigo José dos Santos Amaral, Thiago Dias de Matos Diniz

Diretoria da gestão 2020/2022 – Instituto de Ciências Penais

Kárin Emmerich	Presidente
Carla Silene	1ª Vice-Presidente
Andréa Abritta	2ª Vice-Presidente
Maurício Pinto Ferreira	1º Diretor-Secretário
Ana Paula Albino	2º Diretor-Secretário
Vinícius Diniz	3º Diretor-Secretário
Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme	1º Diretor-Financeiro
Thiago Pires Silva Carneiro	2º Diretor-Financeiro
Soraya Brasileiro Teixeira	Diretor de Comunicação
Daniel Saliba de Freitas	Diretor de Interiorização
Frederico Horta	Diretor Acadêmico

SUMÁRIO

CONTENTS

APRESENTAÇÃO.....	7
NOTA DE AGRADECIMENTO.....	8
O TIPO PENAL DE <i>STALKING</i>: QUESTÕES DE LEGITIMIDADE E INTERPRETAÇÃO <i>THE CRIME OF STALKING: LEGITIMICY AND INTEPRATATION ISSUES</i>	
Claus Roxin.....	9
PROBLEMAS DE “IMPUTAÇÃO SUBJETIVA” NO DIREITO PENAL NACIONAL E INTERNACIONAL <i>PROBLEMS OF ‘SUBJECTIVE IMPUTATION’ IN DOMESTIC AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW</i>	
Carl-Friedrich Stuckenberg.....	26
LAVAGEM DE CAPITAIS PROVENIENTES DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A, CP) <i>LAUNDERING OF FUNDS FROM SOCIAL SECURITY EVASION</i>	
Heloisa Estellita, Frederico Horta.....	48
LEI PENAL NO TEMPO E CRIMES TRIBUTÁRIOS MATERIAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE PARCELAMENTO E PRESCRIÇÃO <i>CRIMINAL LAW AND IT’S RETROSPECTIVE APPLICATION ON TAX CRIMES: AN ANALYSIS CONCEARNING INSTALLMENT AND STATUTE OF LIMITATIONS</i>	
Felipe Machado Prates.....	80
NE BIS IN IDEM PENAL, PROCESSUAL E NA SANÇÃO ADMINISTRATIVA <i>NE BIS IN IDEM IN CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE AND ADMINISTRATIVE SANCTIONING</i>	
Etócles Brito Mendonça Dias Júnior, Ricardo Alves de Lima.....	99

ASPECTOS DA TIPICIDADE PENAL A PARTIR DA FILOSOFIA DA INFORMAÇÃO

ASPECTS OF CRIMINAL TATBESTANDMÄSSIGKEIT ON THE GROUNDS OF PHILOSOPHY OF INFORMATION

Thiago Dias de Matos Diniz.....143

SOBRE A VULNERABILIDADE ETÁRIA DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL E O NECESSÁRIO BINÔMIO LIBERDADE-RESPONSABILIDADE

ON THE VULNERABILITY BY AGE OF ARTICLE 217-A OF THE PENAL CODE AND THE NECESSARY BINOMIAL FREEDOM-RESPONSIBILITY

Rodrigo José dos Santos Amaral.....167

CESARIANAS ELETIVAS NO BRASIL: EXERCÍCIO OU NEGAÇÃO DA AUTONOMIA DAS PACIENTES?

ELECTIVE CESAREAN SECTIONS IN BRAZIL: EXERCISE OR DENIAL OF PATIENTS' AUTONOMY?

Ana Clara Matias Brasileiro, Fernanda Araujo Pereira.....185

JUIZ DE GARANTIAS E O PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO IMPARCIAL À LUZ DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

GUARANTEES JUDGE AND THE JURISDICTIONAL IMPARTIALITY PRINCIPLE FROM THE PERSPECTIVE OF COGNITIVE DISSONANCE THEORY

Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Gabriellen Carneiro de Melo.....222

LEI ANTICRIME E O BANCO DE DADOS GENÉTICOS: A EXPANSÃO DA VIGILÂNCIA E A FALTA GRAVE NA EXECUÇÃO PENAL

ANTICRIME LAW AND THE NATIONAL DNA DATABASE: THE SURVEILLANCE EXPANSION AND THE DISCIPLINARY PUNISHMENT OF THE EMPRISONMENT'S LAW

Hélio Peixoto Júnior, Livia Yuen Ngan Moscatelli.....252

LINHA EDITORIAL.....281

DIRETRIZES ÉTICAS.....282

NORMAS DE SUBMISSÃO.....289

APRESENTAÇÃO

Disponibilizada no sítio eletrônico do Instituto de Ciências Penais (<http://www.icp.org.br/>), a Revista do Instituto de Ciências Penais publica **artigos científicos inéditos** (em base nacional), bem como **resenhas e comentários jurisprudenciais**, prezando por sua qualidade científica. A RICP tem o objetivo de estimular o compartilhamento democrático de estudos em matéria de Ciências Penais, promovendo e fomentando o debate qualificado em Direito Penal, Direito Processual Penal, Política Criminal e Criminologia, bem como diálogo com outros campos do saber jurídico e mesmo investigações inter e transdisciplinares, envolvendo outras áreas do conhecimento como a Economia, a Administração, a Psicologia, a Sociologia, a Medicina, a Filosofia, dentre outras.

A Revista do Instituto de Ciências Penais é publicada em formato digital e físico (ISSN 2675-5874 / ISSN 1809- 192X), com periodicidade semestral, sendo o seu processo de avaliação regulado por controle preliminar formal (*desk review*) e por controle por pares (*double blind peer review*). O acesso é livre e irrestrito pelo endereço: “<http://www.icp.org.br/publicacao/revistacientificaatual>”. A RICP está indexada nas bases Diadorim (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia), Sumários.org. (Sumários de Revistas Brasileiras) e Latindex (*Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*) e seus artigos, a partir do volume 4, contam com código identificador digital.

NOTA DE AGRADECIMENTO

O Corpo Editorial agradece à Tatiana Badaró pelas valiosas contribuições quanto à tradução para a língua inglesa de expressões técnicas presentes nos abstracts e keywords de vários artigos publicados nas edições da RICP.

O TIPO PENAL DE *STALKING*: QUESTÕES DE LEGITIMIDADE E INTERPRETAÇÃO*

THE CRIME OF STALKING: LEGITIMICY AND INTEPRATATION ISSUES

Claus Roxin**

Data de recebimento: 29/05/2021

Data de aceite: 30/05/2021

Resumo: O tipo penal de stalking foi introduzido no ordenamento jurídico alemão em 2007 e reformado em 2017. O presente artigo analisa a introdução deste crime no Código Penal alemão, abrangendo tanto ponderações político-criminais, como uma análise dogmática do dispositivo. Primeiramente, faz breve introdução sobre o dispositivo e sua origem. Em seguida, expõe e rebate as críticas ao tipo penal, defendendo a sua constitucionalidade e pertinência. Apresenta a discussão sobre o bem jurídico protegido e toma posição a respeito. Descreve os requisitos da conduta típica, fornecendo, sobretudo, parâmetros de interpretação dos termos “perseguição” e “prejuízo grave”. Utiliza, por fim, uma análise de grupo de casos para discutir o limite entre condutas puníveis e condutas atípicas.

Palavras-chave: perseguição; *stalking*; parte especial; bem jurídico.

* Publicação original: Der Stalking-Tatbestand – Zur Frage seiner Berechtigung und Auslegung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 167, n. 8, p. 460-469, 2020. Tradução de Bárbara de Souza Lima.

** Doutor em Direito (Uni-Hamburg/Alemanha). Professor emérito (Uni-München/Alemanha).

Abstract: The crime of stalking was introduced in the German legal system in 2007 and reformed in 2017. This article analyzes the introduction of this crime in the German Penal Code, covering both political-criminal considerations and a dogmatic analysis of the legal provision. First, it makes a brief introduction about the legal provision and its origin. Then, it exposes and rejects criticisms of the criminal offense definition, defending its constitutionality and pertinence. Presents the discussion on the protected legal interest and takes a position on it. Describes the requirements of this criminal offense, providing, above all, criteria, parameters for interpreting the terms “stalking” and “serious harm”. Finally, it analyzes a group of cases to discuss the boundary between punishable conduct and a fact not defined as a crime.

Keywords: Nachstellung; stalking; special part; legal good.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sobre a origem do dispositivo; 3. A rejeição ao tipo penal; 4. Argumentos a favor do tipo penal do § 238 StGB; 5. O problema do bem jurídico protegido; 6. Delimitação da conduta típica de perseguição; 7. Conclusão e dedicatória; Referências.

1. Introdução

De acordo com o § 238 I StGB (*Strafgesetzbuch*, Código Penal alemão)¹, será sujeito à pena privativa de liberdade de até três anos ou

¹ Nota da Tradutora (NT): o dispositivo tem a seguinte redação:

“§238 StGB:

(1) Perseguir indevidamente outra pessoa, de forma apta a prejudicar gravemente sua configuração de vida, mediante persistente:

1. busca da proximidade física da pessoa;
2. tentativa de contato através de meios de telecomunicação, outros meios de comunicação ou de terceiros;
3. uso indevido dos dados pessoais da pessoa para: a) realizar compras não autorizadas de bens ou serviços em nome da mesma ou b) induzir terceiros a entrar em contato com ela;
4. ameaça à vida, integridade física, saúde ou liberdade da pessoa, de um de seus familiares ou de outra pessoa próxima a ela;
5. outro ato semelhante.

Pena privativa de liberdade de até três anos ou multa.

(2) A pena é de três meses a cinco anos se a conduta do autor expor a vítima, um de seus familiares ou outra pessoa próxima a ela a perigo de morte ou de sérios danos à saúde.

multa quem “perseguir indevidamente outra pessoa, de forma apta a prejudicar gravemente sua configuração de vida”². São listadas quatro possíveis formas de perseguição: mediante proximidade física da pessoa (1), tentativas de contato através de meios de comunicação ou de terceiros (2), uso abusivo de dados pessoais, como, por exemplo, para realizar compras não autorizadas de bens em nome da vítima (3) ou ameaça à vítima ou a uma pessoa próxima a ela (4). O (5) prevê, ainda, a modalidade “outra conduta semelhante”. A seguir, será demonstrado, mediante uma análise de grupo de casos, que é possível interpretar o § 238 StGB em consonância com o direito constitucional e com o princípio da taxatividade da lei penal.

2. Sobre a origem do dispositivo

O dispositivo entrou em vigor no dia 31/03/2007 e teve seu conteúdo alterado em 10/03/2017. Enquanto a redação anterior³ estabelecia um delito de resultado e exigia um comprometimento grave da configuração de vida da vítima, após a alteração legislativa, a aptidão a gerar tal resultado passou a ser suficiente⁴.

Diversos outros países já haviam introduzido o delito de *stalking* em seus ordenamentos jurídicos antes do legislador alemão. Os Estados Unidos foram os primeiros, seguidos por Austrália, Canadá, Japão e vários países europeus. “A Alemanha está, portanto, ‘atrasada’ neste quesito”, dizem *Bieszek/Stadler*⁵. Uma descrição mais detalhada dos dispositivos estrangeiros é fornecida por *Kinzig*⁶ e inúmeras outras dissertações sobre o tema.

(3) A pena é de um a dez anos de prisão se a conduta do autor causar a morte da vítima, de um de seus familiares ou de outra pessoa próxima a ela.

(4) Nos casos referidos no parágrafo 1º, somente se procede mediante representação da vítima, a menos que a autoridade acusadora considere necessário intervir *ex officio*, devido a um especial interesse público na persecução.”

² NT: o termo original, *Lebensgestaltung*, é de difícil tradução. A palavra *Gestaltung* se origina do verbo *gestalten*, que significa dar a algo determinada forma. Trata-se, portanto, da configuração ou estruturação que a pessoa confere à própria vida.

³ NT: apenas o parágrafo 1º do dispositivo foi alterado, sua redação anterior era:“(1) Perseguir indevidamente outra pessoa, causando prejuízo grave a sua configuração de vida, mediante persistente [...]”.

⁴ Para uma exposição clara e concisa da origem e desenvolvimento do dispositivo e, também, dos diversos projetos de lei, cf. KUHLEN, ZIS 2018, p. 89 ss.

⁵ BIESZK/STADTLER, NJW 2007, p. 3386.

⁶ KINZIG, ZRP 2006, p. 256-257: EUA, Países Baixos e Áustria.

3. A rejeição ao tipo penal

O dispositivo foi alvo de muitas críticas. *Neubacher* disse, antes mesmo da entrada em vigor⁷: “a necessidade de um novo delito, que viesse a preencher uma lacuna grave de punibilidade, [...] não é identificável”. *Kinzig*⁸ resumiu, em 2006: “Se ainda se atribui alguma importância à noção de Direito Penal como ‘ultima ratio’, é preciso abster-se de introduzir um delito específico de *Stalking*”. *Valerius*⁹ considera “a necessidade de recorrer ao direito penal ao menos questionável”. *Eiden*¹⁰ fala em “sobrecriminalização” e *Rackow*¹¹ pondera: “o legislador teria tomado uma decisão [...] sensata de autocontenção se tivesse se oposto ao § 238 StGB”.

Os críticos do novo tipo penal não negam a relevância do fenômeno de *stalking*. Acreditam, todavia, que os instrumentos jurídicos já existentes sejam suficientes para combatê-lo de forma eficaz.

Nesse sentido, *Neubacher*¹²: “formas graves de *stalking* já realizam os tipos penais existentes, sendo puníveis, mesmo sem uma alteração legislativa, pelos crimes de lesão corporal, constrangimento ilegal, ameaça, injúria ou dano”. *Meyer*¹³ lista como tipos penais possivelmente aplicáveis os §§ 223, 229, 240, 241, 239, 123, 185 ss., 177 e 303 StGB¹⁴. Nesse contexto, faz-se, frequentemente, referência a uma decisão do *OLG Karlsruhe*¹⁵ que, já em 2001, condenou a 18 meses de prisão, com

⁷ NEUBACHER, *ZStW* 118, p. 865.

⁸ KINZIG, *ZRP* 2006, p. 258.

⁹ VALERIUS, *JuS* 2007, p. 324.

¹⁰ EIDEN, *ZIS* 2008, p. 126.

¹¹ RACKOW, *GA* 2008, p. 552.

¹² NEUBACHER, *ZStW* 118, p. 865-866.

¹³ MEYER, *ZStW* 115, p. 260.

¹⁴ NT: Trata-se dos tipos penais correspondentes aos nossos delitos de lesões corporais, constrangimento ilegal, ameaça, sequestro ou cárcere privado, violação de domicílio, delitos contra a honra, estupro e dano.

¹⁵ NT: *OLG (Oberlandesgericht)* pode ser traduzido, de maneira simplificadora, como Tribunal Superior Estadual. São tribunais que julgam, sobretudo, recursos especiais contra decisões do *Amtsgericht* e do *Landgericht*. Para uma explicação mais detalhada da competência do *OLG*, cf.: GLEIZER, Orlandino; GÓES, Guilherme. Breves comentários sobre a execução da pena no Direito alemão. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/breves-comentarios-sobre-a-execucao-da-pena-no-direito-alemao-16102019>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

base nos §§ 315b, 185, 123 StGB¹⁶, homem que havia atormentado gravemente a sua antiga parceira durante um ano. *Kinzig*¹⁷ afirma, em referência a essa decisão, que “casos graves de perseguição [...] já são, de alguma forma, abrangidos pelos dispositivos tradicionais”.

A situação, no entanto, é diferente nos casos da chamada perseguição leve, como, por exemplo, se o autor molestar constantemente a vítima através de meios de telecomunicação, mantiver-se em frente a sua residência ou segui-la na rua. Nesses casos, nenhum dispositivo penal específico é violado.

Aqui, a “Lei de Proteção Civil Contra Atos de Violência e Perseguição” (*Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen*, também conhecida como Lei de Proteção Contra Violência, abreviada GewSchG), vigente desde 01/01/2002, pode proporcionar uma solução. De acordo com a Lei, “o juízo pode, a pedido da vítima”, conceder medidas de proteção necessárias, como, por exemplo, “proibição de aproximação à residência da vítima” ou de “frequentar locais que a mesma visita regularmente” (§ 1 I 3 n° 2 e 3 GewSchG¹⁸). As restrições são aplicáveis, entre outros casos, a quem: “importunar

¹⁶ NT: Simplificadamente, o § 315 b StGB pune intervenções perigosas no trânsito viário. O § 185 é semelhante ao nosso crime de injúria e o § 123 à violação de domicílio.

¹⁷ KINZIG, *ZRP* 2006, p. 256.

¹⁸ NT: O §1 GewSchG tem a seguinte redação:

“§ 1 Medidas judiciais de proteção contra a violência e perseguição:

(1) Se alguém, dolosa e ilegalmente, lesionar o corpo, prejudicar a saúde ou violar a liberdade de outra pessoa, o juízo tomará, a pedido da pessoa ofendida, as medidas necessárias de proteção. A medida será válida por prazo limitado e é prorrogável. Em particular, o juízo pode ordenar que o autor se abstenha dos seguintes atos, desde não sejam necessários para o exercício de interesses legítimos:

1. entrar na residência da pessoa ofendida,
2. aproximar-se dos arredores da residência da pessoa ofendida,
3. frequentar determinados locais que a pessoa ofendida visita regularmente,
4. entrar em contato com a pessoa ofendida, inclusive mediante meios de telecomunicação,
5. causar encontros com a pessoa ofendida.

(2) O parágrafo 1° também será aplicável a quem

1. ameaçou ilegalmente a vida, integridade física, saúde ou liberdade de outra pessoa ou
2. dolosa e ilegalmente

a) entrar na casa de outra pessoa ou em áreas cercadas adjacentes à casa ou

b) importunar alguém de forma intolerável, seguindo a pessoa de maneira reiterada e contra a sua vontade expressa ou perseguindo-a através de meios de telecomunicação. Na hipótese da primeira frase, N.o 2, b), o ato não configurará importunação intolerável se for necessário para o exercício de interesses legítimos.

(3) [...]”.

alguém de forma intolerável, seguindo a pessoa de maneira reiterada e contra a sua vontade expressa ou perseguindo-a através de meios de telecomunicação” (§ 1 II n° 2b GewSchG).

O descumprimento da medida protetiva é punível com pena de prisão de até um ano ou uma multa, nos termos do § 4 da Lei¹⁹. Para os críticos do § 238 StGB, esse dispositivo seria suficiente – se necessário, mediante revisão – para combater até mesmo as formas “mais brandas” de perseguição.

4. Argumentos a favor do tipo penal do § 238 StGB

As referidas críticas a um tipo penal específico de *stalking* são, sem dúvida, importantes. Não obstante, os defensores do novo dispositivo estão ganhando cada vez mais força.

*Mitsch*²⁰ afirma, logo após a introdução do novo dispositivo: “o § 238 StGB fecha uma lacuna de punibilidade que existia para condutas que precedem ou acompanham o cometimento de delitos de lesão corporal e de crimes contra a liberdade. A introdução é, a princípio, bem-vinda [...]”. *Peters*²¹ observa, a partir do ponto de vista do Ministério Público, “que, na prática cotidiana, a conduta abarcada pelo novo tipo penal é a que melhor se adequa ao conteúdo específico do injusto do comportamento do autor”. *Schöch*²² enfatiza: “A necessidade de introdução de um dispositivo penal desta natureza foi [...] demonstrada por diversos estudos empíricos”; o autor também se posicionou especialmente a favor da transformação do § 238 de crime de resultado em delito de aptidão. De acordo com *Kuhlen*²³, a introdução do § 238 StGB “é elogiável [...]. O dispositivo não constitui um bom de exemplo de desenvolvimento equivocados da legislação penal moderna”.

Nota sobre o termo áreas cercadas adjacentes à casa: o termo original é *befriedetes Besitztum* e é de difícil tradução. O conceito abarca adjacências da casa que sejam protegidas, de maneira externamente reconhecível, contra intrusos, como, por exemplo, quintais, depósitos e campos cercados (cf. SCHÄFER, Jürgen. § 123. In: JOECKS, Wolfgang (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Auflage. München: C.H. Beck, v. 3, 2017.).

¹⁹ NT: Simplificadamente, o § 4 GewSchG prevê pena de até um ano de prisão ou multa a quem desrespeitar decisão judicial que defere medidas protetivas ou descumprir acordos firmados nos termos da lei.

²⁰ MITSCH, *NJW* 2007, p. 1242.

²¹ PETERS, *NStZ* 2009, p. 243.

²² SCHÖCH, *NStZ* 2013, p. 222.

²³ KUHLEN, *ZIS* 2018, p. 95.

De fato, existem razões preponderantes a favor do novo dispositivo penal. A primeira consiste no enorme significado social da conduta incriminada. Como afirma Fischer²⁴, “observa-se há alguns anos na Alemanha uma propagação em massa deste fenômeno na vida de pessoas em vastos segmentos. Alegadamente, mais de 10% da população alemã é vítima de *stalking*. Um ‘Grupo de Trabalho de *Stalking*’ da Universidade Técnica de Darmstadt concluiu haver 700.000 vítimas de perseguição na Alemanha atualmente, existindo, portanto, uma ‘imensa lacuna de punibilidade’.”

Notícias recentes confirmam essa tendência. Assim, o jornal *Süddeutsche Zeitung* relatou em 25/06/2019 (página R 3), em artigo intitulado “Perseguido até o quarto de dormir” (*Verfolgt bis ins Schlafzimmer*), que o número de casos de *stalking* registrados em Munique atingiu a marca de 167 em meados de 2019. O jornal descreve alguns casos drásticos, como o de uma mulher que perseguiu um homem do seu local de viagem até Munique, embora ele tenha reiteradamente expressado não querer contato. “Sequer inúmeras denúncias para a polícia e medidas judiciais de proibição de contato puderam parar a *stalker*”. No fim, ela invadiu, inclusive, o apartamento dele à noite. “O homem de 43 anos acordou com a mulher beijando-o e chamou imediatamente a polícia”.

O *Süddeutsche Zeitung* noticiou caso semelhante em 26/06/2019 (página R 3). Neste, uma pedagoga social “sofreu perseguição de uma jovem durante mais de dois anos. Intervenções policiais, medidas judiciais de proibição de contato, nada parecia solucionar o problema. A perseguidora, então, [...] foi levada a juízo”.

Esses exemplos mostram que mulheres também cometem o crime de *stalking*, embora, na grande maioria dos casos, os autores sejam homens. “Em mais da metade dos casos de perseguição persistente o autor é um ex-parceiro da vítima”²⁵, agindo seja porque quer aterrorizá-la em razão da desavença, seja porque deseja reconquistá-la. Casos de “perseguição de figuras públicas” também ocorrem, porém com maior raridade.

Há casos que terminam de maneira terrível. O jornal *Süddeutsche Zeitung* noticiou em 01/08/2019 (página 8), em artigo intitulado “Perseguida até a morte” (*Nachgestellt bis in den Tod*), o suicídio de uma mulher que foi tão atormentada por seu ex-companheiro, que perdeu a vontade de viver. “Ele a telefonava repetidamente. Estava sempre a

²⁴ FISCHER, *Strafgesetzbuch*, §238 Rn. 3.

²⁵ SCHÖCH, *NStZ* 2013, p. 223.

sua espreita. Gritava com ela e a insultava no meio da rua [...]. Certa vez chegou a escalar a varanda do seu apartamento [...]. Seu objetivo, sistematicamente infernizar a vida dela”, o homem conseguiu alcançar, relatou a Assessora de Comunicação do Tribunal.

Sempre há notícia de casos semelhantes nos jornais. Trata-se, portanto, de um fenômeno claramente generalizado, e não de casos isolados, contra os quais a proteção fornecida por outros tipos penais, como injúria e invasão de domicílio, seria suficiente.

A partir dos exemplos práticos pode-se extrair um segundo argumento a favor de um tipo penal específico de *stalking*. Trata-se de um crime com características próprias, que não são abrangidas por outros delitos: “infernizar a vida de alguém” ou, em outros termos, impossibilitar, de maneira duradoura, uma vida livre de perturbações, é um comportamento social que não corresponde a outros tipos penais, ainda que punível a título dos mesmos. *Rackow*²⁶ tem razão ao dizer “que, por exemplo, o ato de furar repetidamente os pneus do carro da ex-esposa, a fim de impedi-la de conduzir sua vida diária, tem uma qualidade própria, que o diferencia do cometimento reiterado do crime de dano”.

Uma terceira razão pela qual parece razoável a inclusão de um delito específico de perseguição no StGB, é que o § 4 GewSchG, por si só, não é suficiente para efetivamente combater esse comportamento. A pertinência desse dispositivo é indiscutível. Se ele pode, contudo, adequadamente compreender o fenômeno da perseguição, em todos os casos, é questionável. Essa crítica fundamental é bem resumida por *Kuhlen*²⁷: “o § 3 GewSchG combate apenas o descumprimento de medidas judiciais de proteção, mas não o conteúdo material do injusto de perseguição”.

Há ainda três aspectos práticos: primeiramente, a obtenção de medidas de proteção requer iniciativa e um desembolso financeiro com o qual uma parte particularmente vulnerável das vítimas não pode arcar. *Schöch*²⁸ diz, em referência especificamente às “mães solteiras”: “São especialmente afetadas [...] as pessoas financeira e socialmente desfavorecidas, que não podem arcar com os custos de contratação de um advogado para requerer [...] uma medida liminar, [...] com base na Lei de Proteção contra Violência”.

²⁶ RACKOW, GA 2008, p. 554.

²⁷ KUHLEN, ZIS 2018, p. 89.

²⁸ SCHÖCH, NSIZ 2013, p. 223.

Além disso, diversos exemplos concretos demonstram que *stalke-ers* particularmente persistentes tendem a ignorar ordens judiciais e a desprezar a pena mais branda dos delitos previstos em leis penais extravagantes²⁹. Por fim, deve-se considerar que proibições decorrentes de medidas protetivas, nos termos da Lei de Proteção contra a Violência, são facilmente contornáveis. Cada liminar apenas pode proibir comportamentos pré-determinados, de modo que nada impede ao autor passar a adotar outro método de perseguição³⁰.

O tipo penal do § 238 StGB tem, portanto, sua legitimidade. No entanto, o dispositivo gera diversos problemas de interpretação, uma vez que a definição do bem jurídico protegido, bem como a delimitação do comportamento típico, são altamente controversas.

5. O problema do bem jurídico protegido

No que diz respeito ao bem jurídico protegido, há – detalhes à parte – três principais pontos de vista. Para o primeiro, o dispositivo penal deve impedir prejuízos à liberdade de ação e de livre escolha, decorrentes de perturbações da configuração (exterior) de vida da vítima. Para o segundo, é o senso de segurança pessoal que deve ser protegido. Já para o terceiro, não é possível identificar nenhum bem jurídico claramente definido.

O legislador também adotou o primeiro entendimento. Segundo o projeto de lei³¹, o conceito de “perseguir” deve englobar todas as condutas “destinadas a violar, mediante aproximações diretas ou indiretas da vítima, a esfera pessoal de vida da mesma e, assim, prejudicar sua liberdade de ação e livre escolha”. Isso se refletiu da seguinte forma na redação da lei: a conduta deve ser idônea a “prejudicar gravemente” a “configuração de vida” da vítima. Em decisão paradigma sobre o § 238 StGB³², o *BGH*³³ também seguiu esse posicionamento. Tomando por base a exposição de motivos do projeto de lei³⁴, o Tribunal utilizou exemplos como “não sair de casa sem a companhia de terceiros, mudar o local de trabalho ou o local de residência e vedar as janelas da visão externa” para elucidar o

²⁹ Cf. VALERIUS, *JuS* 2007, p. 320.

³⁰ Cf. KÜHL, *FS-Geppert*, p. 319.

³¹ BT-Drucks. 16/575, 7.

³² BGHSt 54, 189 ss. (193).

³³ NT: BGH (*Bundesgerichtshof*) é o tribunal alemão equivalente ao nosso STJ.

³⁴ BGHSt 54, 197.

requisito “alteração forçada das circunstâncias de vida da vítima” – hoje, bastaria que a conduta fosse apta a gerar tal resultado.

Para os defensores da segunda opinião, o bem estar psíquico da vítima exerce um papel mais relevante na definição do bem jurídico, que a capacidade do ato forçar a vítima a alterar suas circunstâncias (externas) de vida. De acordo com Meyer³⁵, o bem protegido abarca, “justamente, a liberdade do indivíduo de viver sem medo”. Kinzig³⁶ também acredita que o correto seria basear o delito de *stalking* nesse ponto de vista. Para Mitsch³⁷ “trata-se, fundamentalmente, de uma espécie de proteção de um estado psicológico, de um bem-estar mental [...]”. Florian Knauer³⁸ considera “desejável que o dispositivo penal de *stalking* seja desenvolvido como um tipo penal para a proteção direta da psique” – ainda que isso não tenha ocorrido *de lege lata*.

De acordo com o terceiro ponto de vista, o tipo penal de *stalking* não tem um bem jurídico claramente identificável. Para Kinzig³⁹, parece tratar-se de “direito penal meramente simbólico”. Valerius⁴⁰ diz: “não há uma definição amplamente aceita do termo *stalking*”. Já Eiden⁴¹, acredita que “uma determinação clara do bem jurídico” “simplesmente não é possível”. Rackow⁴² afirma que “o fenômeno de *stalking*, multifacetado como é, escapa de uma descrição geral, abstrata e abrangente por uma lei penal [...]. Uma definição (amplamente aceita) do termo, de fato, não existe [...]”.

O mais correto é inferir o bem jurídico protegido diretamente da finalidade do direito penal. Essa finalidade consiste em garantir ao cidadão uma vida em sociedade segura e livre de intromissões indevidas. Para tanto, condutas que violem gravemente esse objetivo devem, em regra, ser definidas com precisão e sujeitas à pena.

No entanto, o § 238 StGB combate uma forma diferente de ameaça à segurança e à liberdade. Os interesses protegidos por esse tipo penal podem ser prejudicados, de forma intolerável, não só por meio

³⁵ MEYER, *ZStW* 115, p. 284.

³⁶ KINZIG, *ZRP* 2006, p. 257.

³⁷ MITSCH, *NJW* 2007, p. 1238.

³⁸ KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, p. 211.

³⁹ KINZIG, *ZRP* 2006, p. 258.

⁴⁰ VALERIUS, *JuS* 2007, p. 321.

⁴¹ EIDEN, *ZIS* 2008, p. 124.

⁴² RACKOW, *GA* 2008, p. 553.

de condutas singulares específicas, mas, também, através de atos que, se cometidos de maneira isolada, seriam ou atípicos ou abarcados por outros dispositivos (como os §§ 123 e 185 StGB⁴³), porém, quando cometidos sistematicamente, transformam-se em um ataque mais amplo à segurança e à liberdade. Esse é o fenômeno de *stalking*. Assim, o tipo penal protege o cidadão do prejuízo duradouro a uma vida segura e livre de intromissões indevidas. A garantia dessa condição de vida é, portanto, o bem jurídico protegido pelo § 238 StGB.

Não há uma descrição compreensiva da conduta típica. Trata-se de caso similar ao § 185 StGB⁴⁴: não é possível descrever em lei todos os atos que podem constituir uma injúria, só é possível caracterizá-la normativamente como uma violação de uma pretensão individual-social de respeito (*individuell-sozialer Achtungsanspruch*). O mesmo se aplica ao § 238 StGB⁴⁵: a variedade de condutas, merecedoras de reprovação penal, que podem impossibilitar uma vida segura e livre de perturbações é tanta, que não é possível englobá-las adequadamente em descrições.

O tipo penal abrange tanto males unicamente psicológicos (como ameaças), como também importunações exclusivamente externas (por exemplo, a compra e o envio de encomendas não solicitadas), ou, ainda, perturbações tanto físicas, quanto psicológicas (como perseguição na rua e invasão de propriedade). A motivação também pode ser muito variada, até mesmo contraditória: por um lado, um amor não correspondido; por outro, um ressentimento odioso (muitas vezes vingativo).

As condutas típicas podem, portanto, ser muito diversas: ameaças (§ 238 I n° 4 StGB), encomenda de mercadorias para a vítima (§ 238 I n° 3 StGB), chamadas telefônicas incessantes (§ 238 I n° 2 StGB), visitas não solicitadas (§ 238 I n° 1 StGB) ou mesmo o ato de repetidamente furar os pneus do carro da vítima (§ 238 I n° 5 StGB). Tais condutas não têm, no que diz respeito ao curso externo dos acontecimentos, nada em comum entre si. Assemelham-se, no entanto, no que prejudicam gravemente a condução de vida da vítima.

Portanto, não me parece correto quando o *BGH* diz, em sua decisão paradigma⁴⁶, que “o § 238 I n° 1-5 StGB descreve de forma exaustiva as

⁴³ NT: Trata-se dos tipos penais correspondentes aos nossos delitos de violação de domicílio e injúria.

⁴⁴ NT: O § 185 StGB é equivalente ao nosso crime de injúria.

⁴⁵ NT: Trata-se do tipo penal de *stalking*, traduzido acima (nota 1).

⁴⁶ BGHSt 54, 193 s.

condutas possivelmente abarcadas pelo tipo penal”. O próprio § 238 I n° 5 StGB contradiz essa afirmação ao estender a punibilidade a qualquer “outra conduta semelhante”. Inclusive, o *BGH* já ressaltou que o § 238 I n° 5 StGB “abre o espectro de possíveis condutas típicas de forma quase incontrolável, na medida em que inclui na responsabilidade criminal, sem outras limitações, qualquer ato ‘semelhante’ às condutas descritas no § 238 I n° 1-4. Se esta última modalidade poderá ter questionadas sua constitucionalidade e respeito ao princípio da taxatividade da lei penal, não há de ser analisado mais detalhadamente nesta ocasião”.

Esse questionamento teria, de fato, fundamento se os números 1-4 descrevessem exaustivamente as condutas típicas de perseguição, uma vez que a proibição de analogia impede uma punição baseada em juízos de similaridade. Nesse sentido, *Fischer*⁴⁷ diz – e muitos outros autores concordam com ele: “Segundo a opinião aqui defendida, o n° 5 [...] viola o Art. 103 II da Constituição Alemã⁴⁸”.

Não obstante, o dispositivo pode ser defendido, e inclusive, a meu ver, constitui um pilar importante, se partirmos do pressuposto de que o catálogo numérico do § 238 I StGB apenas concretiza a conduta típica através de exemplos. A descrição básica da conduta típica consta no começo do parágrafo, em que é dito que será punível quem “persistentemente” “perseguir outra pessoa de forma apta a prejudicar gravemente sua configuração de vida”.

Quem age dessa forma deve ser punível a título de perseguição ainda que seu comportamento não possa ser subsumido sob o § 238 I n° 1-4 StGB. Há diversas condutas às quais isso se aplicaria: por exemplo, o ato já mencionado de furar, reiteradamente, os pneus do carro, mas, também, condutas como, repetidamente, destruir o jardim, arranhar janelas e portas, fazer uma algazarra recorrente durante a noite, comprometer o abastecimento de água e eletricidade, entre outros. A impunidade dessas condutas seria algo inconcebível, uma vez que o conteúdo do injusto delas corresponde exatamente ao § 238 I n° 1-4 StGB: ou seja, são atos idôneos a prejudicar gravemente a configuração de vida da vítima. A impunidade até mesmo poria em risco a eficácia do dispositivo penal, pois permitiria ao perseguidor prejudicar gravemente a configuração de vida de sua vítima através de atos atípicos.

⁴⁷ FISCHER, *Strafgesetzbuch*, §238 Rn 17c, com referência a outros autores que argumentam nesse sentido.

⁴⁸ NT: Referidos artigos preveem o direito ao contraditório e à legalidade e o princípio da taxatividade da lei penal.

6. Delimitação da conduta típica de perseguição

Se partirmos do ponto de vista de que a conduta típica de *stalking* deve ser caracterizada normativamente, é necessário especificar ao máximo os requisitos do que a lei entende por perseguição persistente.

De antemão, vale notar que a designação da conduta típica como “perseguição” é infeliz, pois abrange apenas em parte os atos puníveis. É claro que atos como “buscar proximidade física” da pessoa, reiteradamente e contra a sua vontade, prejudicando, assim, sua configuração de vida de forma duradoura, podem ser definidos como “perseguição” (§ 238 I n° 1 StGB). Todavia, a encomenda não autorizada de bens em nome da vítima (n° 3) ou a ameaça constante à mesma (n° 4), por exemplo, dificilmente poderiam ser chamados de “perseguição”. Isso se aplica, sobretudo, às “outras” formas de perturbação persistente previstas no § 238 I n° 5 StGB, como os exemplos acima descritos.

Portanto, é preciso interpretar o conceito de “perseguição” no sentido mais amplo, descrito na lei como idoneidade a prejudicar gravemente – através do agir persistente – a configuração de vida da vítima. Assim, a interpretação do dispositivo deve ser orientada a garantir uma vida segura e livre de intromissões indevidas, coibindo perturbações graves e persistentes – vide definição supra da finalidade do dispositivo.

Deve-se partir do pressuposto de que ameaças persistentes, no sentido do § 238 I n° 4 StGB, sempre são passíveis de punição pelo dispositivo, pois a liberdade do indivíduo de viver sem medo é pré-requisito básico de uma existência social segura, e a supressão dessa liberdade sempre prejudica gravemente sua configuração de vida. O ato de, persistentemente, ameaçar a vítima ou uma pessoa próxima dela com a violação dos bem jurídicos citados no § 238 I n° 4, leva a uma redução drástica da qualidade de vida, que merece em todo caso reprovação penal. A ameaça não precisa necessariamente ser verbal; um revólver na mão do autor também deve ser suficiente. O fato de a vítima “apenas sair de casa acompanhada de terceiros”, corretamente classificado pelo *BGH*⁴⁹ como “grave”, também sugere um comportamento temeroso por parte do autor e, portanto, uma perseguição punível. Também os atos de seguir sistematicamente pessoas desacompanhadas, ou de manter-se constantemente em seu ambiente de vida imediato (na escada, em frente à porta), evocam medo e devem ser subsumidos sob o delito de perseguição.

⁴⁹ BGHSt 54, 197.

O limite entre conduta punível e conduta atípica não é muito claro em situações em que a vítima não tem sua segurança ameaçada, mas sofre importunação contínua, de gravidade maior ou menor. Quando a importunação puder ser combatida sem grandes despesas e com pequeno esforço, não há de se falar em um prejuízo grave à configuração de vida da vítima. Isso se aplica, principalmente, a ligações telefônicas incessantes e envio contínuo e indesejado de cartas, e-mails ou faxes. O *BGH*⁵⁰ já decidiu que vítimas de chamadas telefônicas indesejadas podem “usar uma secretária eletrônica ou adotar bloqueadores de chamadas”. Cartas ou faxes não solicitados e assediantes podem ser jogados fora sem serem lidos e e-mails desse tipo podem ser apagados. A intervenção do direito penal seria desproporcional em tais casos.

O mesmo se aplica a casos em que a vítima toma medidas que vão além do necessário para fazer a perturbação cessar. Caso similar⁵¹ foi decidido pelo *Amtsgericht Löbau*⁵². Neste, o réu persistentemente importunava sua ex-parceira por telefone e mensagens de texto. Ela mudou, por isso, seu número de telefone e inclusive, temporariamente, de apartamento. Quando o acusado telefonava em massa, ela não podia dormir. O juízo afastou, com razão, a responsabilidade criminal pelo § 238 StGB, visto que a perturbação poderia ter sido interrompida da maneira descrita acima, sem que fosse necessário mudar de apartamento e número de telefone.

Em um segundo grupo de casos, em que a vítima da perseguição não expressa sua recusa de maneira suficientemente clara, a punibilidade pelo § 238 StGB também deve ser negada. Em caso decidido pelo *OLG Rostock*⁵³, uma mulher queria pressionar um professor a ter com ela relações sexuais. Ela deixava roupas íntimas em seu apartamento e lhe enviava e-mails com insinuações sexuais. “A parte envolvida não [...] se comunicou propriamente com a mulher, abstenendo-se de proibir expressamente [...] tentativas futuras de contato”. Ele passou a trancar suas portas e a proibiu de participar de suas aulas. “Contudo, em vez de impor o cumprimento desta proibição, o professor apenas mandou um de seus assistentes sentar-se atrás da acusada”. Aqui, a punibilidade pelo § 238 do StGB também deve ser afastada, pois a pessoa molestada

⁵⁰ BGHSt 54, 197.

⁵¹ Cf. descrição do caso em KRÜGER, *NStZ* 2010, p. 546 (Decisão de 17/04/2008).

⁵² NT: *Amtsgericht Löbau* é o Juízo de primeira instância de Löbau.

⁵³ Cf. descrição do caso em KRÜGER, *NStZ* 2010, p. 546 ss. (Decisão de 27/05/2009).

não expressou e executou sua recusa de forma decisiva. *Jahn*⁵⁴ diz, com razão: “quem se esquivava de confrontos e abre mão de uma comunicação clara também não há de ser protegido pela via do direito penal contra pessoas intrusivas”.

Também não se pode afirmar um prejuízo grave à configuração de vida apenas pelo fato de a vítima não conseguir dormir, tal como ocorreu no caso do *Amtsgericht Löbau* e no caso do professor de Rostock. Primeiramente, pois distúrbios do sono são comuns independentemente de perturbações de *stalking*. Em segundo lugar, se esses distúrbios estiverem, de fato, relacionados com o acusado, é muito difícil determinar se eles decorrem da relação em si, ou das condutas concretas de perseguição. Assim, não é possível determinar judicialmente, de maneira suficientemente clara, o nexo de causalidade, ou mesmo a dimensão dos distúrbios.

Por outro lado, haverá um prejuízo grave à configuração de vida, se o comportamento do *stalker* causar à vítima problemas e despesas consideráveis, ainda que ela não se sinta ameaçada. Isso ocorre, por exemplo, no caso de alguém persistentemente “usar indevidamente os dados pessoais da vítima para fazer encomendas de bens ou serviços em seu nome”, punível pelo § 238 I n° 3 StGB. As negociações com o remetente ou prestador de serviços, que a vítima precisará realizar em decorrência disso, custam tempo e, geralmente, também dinheiro, sendo, portanto, aptas a prejudicar significativamente sua configuração de vida.

Muitos casos desse tipo só são abrangidos pelo § 238 I n° 5 StGB. Se alguém (vide exemplo já mencionado) furar repetidamente os pneus do carro da sua ex-namorada, isso terá um efeito muito prejudicial em sua configuração de vida, pois ela não poderá mais utilizar seu carro e terá que despendar recursos financeiros para consertar os pneus ou comprar outros. O mesmo se aplica se o autor destruir, reiteradamente, o jardim bem cuidado da vítima ou arranhar e danificar externamente as janelas e portas de sua casa.

Um segundo grupo de prejuízos graves consiste nos casos em que a vítima é exposta, de modo indefeso, a um ônus intolerável. Isso inclui, por exemplo, algazarras contínuas e insuportáveis, especialmente à noite.

Por fim, uma terceira constelação de casos a serem subsumidos sob o § 238 StGB são as intromissões indevidas e contínuas na esfera privada da vítima – mesmo se não envolverem ameaça. Se alguém, por

⁵⁴ JAHN, *JuS* 2010, p. 83.

ter condições de fazê-lo, adentrar, frequentemente, a residência da vítima e utilizar ou modificar suas comodidades, contra proibição expressa dessa, irá perturbá-la e, assim, prejudicar sua configuração de vida de maneira perdurável.

7. Conclusão e dedicatória

Observa-se, assim, que a análise de grupo de casos permite uma interpretação do § 238 StGB em consonância com o direito constitucional e com o princípio da taxatividade da lei penal, mesmo se não considerarmos os casos listados no parágrafo primeiro exaustivos, e sim exemplos de possíveis prejuízos graves à configuração de vida da vítima. O argumento do perigo de uma expansão exagerada do âmbito de punição é contrariado pelo fato das condutas do autor precisarem ser realizadas “persistentemente”⁵⁵, ou seja, apresentarem-se como uma perturbação contínua, não podendo serem limitadas a atos isolados. As diferenciações feitas acima nos permitem determinar, com precisão suficiente, em quais hipóteses o prejuízo causado deve ser considerado “grave”.

Dedico este artigo a meu amigo Heinz Schöch, com sinceras felicitações por seu 80º aniversário. Desejo-lhe felicidade, saúde e muitos anos de trabalho produtivo.

Referências

BIESZK, Dorothea; SADTLER, Susanne. Mobbing und Stalking: Phänomene der modernen (Arbeits-) welt und ihre Gegenüberstellung. *Neue Juristische Wochenschrift*, [s.l.], v. 60, n. 47, p. 3382-3387, 2007.

EIDEN, Joachim. § 238 StGB: Vier neue Absätze gegen den Stalker. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 3, n. 3, p. 123-128, 2008. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_3_219.pdf>. Acesso em: 20. jun. 2021.

FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch*. 66. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.

KNAUER, Florian. *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

JAHN, Matthias. Zu OLG Hamm, Urt. v. 18.8.2009 (3 Ss 293/08) – Grundsätze zur Herleitung von Beweisverwertungsverböten bei Verstößen gegen den Richtervorbehalt und ihre praktischen Konsequenzen. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 50, n. 1, p. 83-85, 2010.

⁵⁵ Cf., neste sentido, BGHSt 54, 198 s.

JAHN, Matthias. Zu OLG Rostock, Beschl. v. 27.5.2009 (1 Ss 96/09) – Erste obergerichtliche Entscheidung zur restriktiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensverhältnisse des Opfers“. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 50, n. 1, p. 81–83, 2010.

KINZIG, Jörg. Stalking – ein Fall für das Strafrecht? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, München, v. 39, n. 8, p. 255–258, 2006.

KRÜGER Matthias. Stalking in allen Instanzen–Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München, v. 30, n. 10, p. 546–553, 2010.

KUHLEN, Lothar. Stalking als kriminalpolitisches Problem. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 13, n. 3, p. 89–95, 2018. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2018_3_1188.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

KÜHL, Kristian. Einordnungs- und Anwendungsprobleme bei der Nachstellung. In: GEISLER, Claudius (Hrsg.). *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*. Berlin: De Gruyter, 2011. p. 311–322.

MEYER, Frank. Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von „Stalking“ im deutschen Recht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 115, n. 2, p. 249–293, 2003.

MITSCH, Wolfgang. Der neue Stalking–Tatbestand im Strafgesetzbuch. *Neue Juristische Wochenschrift*, [s.l.], v. 60, n. 18, p. 1233–1241, 2007.

NEUBACHER, Frank. An den Grenzen des Strafrechts – Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, vol. 118, n. 4, p. 855–877, 2006.

PETERS, Sebastian. Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München, v. 29, n. 5, p. 238–243, 2009.

RACKOW, Peter. Der Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) Stalking und das Strafrecht. *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 155, n. 9, p. 552–568, 2008.

SCHÖCH, Heinz. Zielkonflikte beim Stalking–Tatbestand. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München, v. 33, n. 4, p. 221–224, 2013.

VALERIUS, Brian. Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 47, n. 4, p. 319–324, 2007.

PROBLEMAS DE “IMPUTAÇÃO SUBJETIVA” NO DIREITO PENAL NACIONAL E INTERNACIONAL*

*PROBLEMS OF ‘SUBJECTIVE IMPUTATION’ IN DOMESTIC AND
INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*

Carl-Friedrich Stuckenberg**

Data de recebimento: 22/04/2021

Data de aceite: 23/04/2021

Resumo: Costuma-se dizer que doutrinas e conceitos nacionais não devem ser importados indiscriminadamente para o Direito Penal Internacional. Tal máxima está certamente correta, contudo, quais são exatamente as diferenças entre o Direito Penal nacional e o internacional, e.g., no âmbito da parte geral no que diz respeito aos elementos subjetivos do crime? Que particularidades existem entre a imputação da macrodelinquência em comparação com os crimes “comuns”? Este ensaio identifica três problemas clássicos relativos aos elementos subjetivos do crime em que algumas dessas particularidades existem. A investigação, no entanto, não exclui a possibilidade de que o Direito Penal Internacional possa aprender com as doutrinas do Direito Penal desenvolvidas nacionalmente.

* Publicação original: Problems of ‘Subjective Imputation’ in Domestic and International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 12, n. 2, p. 311–323, 2014. DOI: 10.1093/jicj/mqu023. Tradução de Guilherme Francisco Ceolin.

** Doutor em Direito (Uni-Bonn/Alemanha). Professor de Direito Penal, Direito Penal Internacional, Direito Processual Penal, Direito Penal Comparado e História do Direito Penal (Uni-Bonn/Alemanha).

Palavras-chave: Imputação subjetiva. Direito Penal Internacional. Dolus. Erro de direito.

Abstract: It is often said that domestic doctrines and concepts must not be imported indiscriminately into international criminal law. The maxim as such is certainly correct but what exactly are the differences between domestic and international criminal law, e.g. in the area of general principles regarding mens rea? Which particularities exist in the attribution of macro-delinquency in comparison to ‘ordinary’ crime? This essay identifies three classical problems concerning subjective elements of crime where some of these particularities exist. The investigation does not, however, exclude the possibility that international criminal law may learn from domestic criminal law doctrines.

Keywords: Subjective imputation. International Criminal Law. Dolus. Mistake of law.

Sumário: 1. Introdução; 2. As regiões limítrofes da intenção; 3. O caso especial do *dolus specialis*; 4. O erro do Direito ao regular o erro de direito; 5. Conclusão.

1. Introdução

É interessante o fato de que existam particularidades na área da imputação subjetiva da conduta macrocriminal em comparação com a da criminalidade comum. Até o momento, tenho a impressão de que essas particularidades são poucas e encontram-se, sobretudo, relacionadas às questões de autoria e participação.

As observações a seguir abordam três problemas da responsabilidade subjetiva que representam controvérsias clássicas no direito penal nacional que ressurgem no direito penal internacional. Dois desses problemas são relacionados à qualidade “macro”, enquanto que o terceiro, embora não pertinente a essa qualidade, diz igualmente respeito a uma característica do Direito Penal Internacional. Uma observação terminológica pode ser acrescentada aqui: em termos estritos, não existe “imputação subjetiva”, porque toda imputação, por sua própria natureza, é objetiva. Elementos subjetivos ou estados mentais são relevantes apenas como indicadores da existência ou inexistência de um grau objetivo da obediência de determinada pessoa à lei.

2. As regiões limítrofes da intenção

A maioria, para não dizer todas, das legislações penais nacionais distingue pelo menos duas formas de “responsabilidade subjetiva” ou “culpabilidade”, elementos subjetivos ou internos de um crime.¹ Essas formas correspondem a gradações de níveis de reprovação e punição. Em geral, condutas ilícitas conscientes, em especial as intencionais, são punidas de forma mais severa do que as inconscientes, as quais, em muitos casos, podem até ser isentas de punição.

Não surpreende que tais gradações da responsabilidade criminal correspondam, em grande medida, aos modelos ingênuos de atribuição de responsabilidade praticados na vida cotidiana e reconstruídos na teoria da imputação. Tanto a imputação jurídica quanto a cotidiana repousam sobre um modelo de mente empregado na psicologia do senso comum, uma psicologia ingênua que explica a ação humana “como um comportamento causado por um estado epistêmico e um estado desiderativo”², que é, a propósito, notavelmente similar aos modelos desenvolvidos pelas teorias filosóficas da ação, como o “modelo de crença-desejo” [*desire-belief-model*], descendente do silogismo prático de Aristóteles.³ Por isso, as diferentes formas de imputação de responsabilidade, tanto jurídicas quanto cotidianas, representam combinações possíveis de diferentes estados epistêmicos (conhecimento, previsão, consciência, ignorância etc.) e estados desiderativos (intenção, propósito, indiferença etc.). Essa estrutura básica de atribuição parece ser (quase) universal. Os detalhes, contudo, variam, e essas variações nos levam aos problemas jurídicos.

Em qualquer ordenamento jurídico que apresente dois ou mais termos designando diferentes espécies de responsabilidade subjetiva, surge a necessidade de encontrar critérios para distinguir tais termos ou, em outras palavras, de definir tais termos de forma precisa o suficiente a

¹ Cf. somente: BADAR, *The concept of mens rea in International Criminal Law*, p. 13-230; BADAR/MARCHUK, *Criminal Law Forum* 24, p. 3-46; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, p. 210-317, especialmente p. 311-317; SIEBER/CORNILS, *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung* v. 3, p. 632-796; PRADEL, *Droit penal comparé*, p. 90-107, 116; compare os relatórios dos países em HELLER/DUBBER (Ed.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*; veja-se também FINNIN, *International and Comparative Law Quarterly* 61, p. 328-336; VAN SLIEDREGT, *Individual criminal responsibility in International Law*, p. 40-45.

² FORGUSON, *Common sense*, p. 164-165.

³ Cf. STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 168-189 com amplas referências.

ponto de distingui-los quando da sua aplicação prática. Em muitos desses ordenamentos, a distinção se provou extremamente difícil por uma série de razões: tais termos são frequentemente emprestados da linguagem cotidiana ou têm um equivalente no uso cotidiano, o qual é muitas vezes vago.⁴ Os termos são vagos porque a sua referência é vaga: muitos termos que designam espécies de responsabilidade subjetiva se referem⁵, aparentemente, a estados mentais ou àquilo que as psicologias do senso comum e jurídica tomam por estados mentais e tendem a reificar. O exemplo notório é um dos conceitos mais confundidos e que mais causa confusão em qualquer tipo de discurso normativo: a vontade. Nas palavras de Alasdair MacIntyre: “Somos assombrados pelos fantasmas dos conceitos mortos. [...] Um desses conceitos mortos é o conceito da vontade [...]”.⁶ E, de fato, devemos nos livrar de noções ingênuas de “vontade” como algum poder ou propriedade oculta o mais rápido possível, e isso é viável.⁷ Outra razão para tanto é que a investigação crítica do porquê e do como os “estados mentais” deveriam ser relevantes de acordo com os fins do direito penal é, muitas vezes, deixada complementemente de lado; em vez disso, pergunta-se o que o *dolo/intention* “realmente é”, como se fosse uma coisa ou conceito *a priori* que pudesse ser simplesmente descoberto. Por vezes, poderia até mesmo parecer que Aristóteles e Tomás de Aquino estavam entre os últimos pensadores que deram razões substanciais para a relevância dos estados mentais na atribuição de responsabilidade.⁸ Os estados mentais, como tais, são simples fatos legalmente irrelevantes. A decisão a respeito de que tipo de responsabilidade é vinculado a eles é

⁴ Cf. e.g. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, p. 73: ‘... doubts still remain about the legal meaning of the mens rea words. It is lamentable that, after more than a thousand years of continuous legal development, English law should still lack clear and consistent definitions of words expressing its basic concepts.’; idem, *Cambridge Law Journal* 46, p. 417. O mesmo se aplica a outras ordens jurídicas, por exemplo, na lei criminal federal dos Estados Unidos, em que 78 termos diferentes relativos aos elementos subjetivos do crime foram encontrados, S. Rep. No. 605, 95th Congress, 1st Sess. part 1, p. 55, citado em ROBINSON, *Structure and function in Criminal Law*, p. 42, n. 90; a respeito da confusão entorno da noção de *intention* no direito francês, veja-se MERCADAL, *Revue de science criminelle* 22, p. 3, 19, 32.

⁵ Para referências a respeito de estados mentais como “intenção”, veja STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 68-150.

⁶ MACINTYRE, *British Analytical Philosophy*, p. 205.

⁷ Para uma visão geral do conceito de “vontade” no direito penal e interpretações modernas, veja-se STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 211-282.

⁸ Cf. STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 506-508, 525-532.

normativa, isto é, feita pelo Direito, de acordo com as finalidades legais e em conformidade aos princípios jurídicos.⁹

Enquanto o conceito de *purpose* ou *animus* em relação aos efeitos *diretos* ou *principais* de uma ação deliberada são facilmente compreensíveis – até mesmo crianças pequenas sabem se defender com “foi sem querer” – e não estão em disputa, os problemas mais sérios de definição dizem a respeito aos *efeitos colaterais* de uma ação e à necessária delimitação da noção de dolo ou *intention* em toda sua extensão, isto é, em que ponto as regiões limítrofes das ações intencionais terminam e onde começam as formas menos graves de responsabilidade, independentemente de haver uma divisão bipartida da responsabilidade subjetiva em *dolus* e *culpa*, da tradição do direito romano da Europa continental, ou uma divisão tripartida entre *intention*, *recklessness* e *negligence*, da tradição inglesa. Essa delimitação é de suma importância para o réu, pois determina se certo comportamento é punível ou não, ou qual o alcance de condenação. Essas delimitações têm duas dimensões, uma material e outra processual: a dimensão material trata do juízo de valor sobre qual deve ser a assimilação legal de determinado “estado mental”, ou seja, se ele merece o mesmo grau de sanção que o tipo ideal de ação com dolo/*purpose*. A dimensão processual diz respeito ao fato de que os estados mentais – o que se supõe ser o dolo – são notoriamente difíceis de provar caso o réu negue ter agido com a intenção de causar o resultado, ou, nas palavras de um antigo anuário inglês: “Não se pode julgar a intenção de um homem, nem mesmo o próprio diabo é capaz de conhecê-la”.¹⁰ Sem dúvida, isso representa um exagero, porque os juristas há muito sabem, muito antes de Wittgenstein¹¹, que a intenção pode ser encontrada no próprio comportamento, em latim: *dolus ex re*, visto que algumas ações não podem ser explicadas senão como proposições. De todo modo, muitos casos dúbios permanecem e, para resolvê-los, poder-se-ia ou recorrer a dispositivos processuais que facilitaríamos a prova, como presunções que estabelecem padrões objetivos de análise, tal qual a antiga regra inglesa pela qual “presume-se que um homem quer as consequências naturais de seus atos”¹²; ou ao alargamento do conceito

⁹ Cf. STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 406-440.

¹⁰ Y.B. 7 Edw. IV fol. 2 (1487), veja-se POLLOCK/MAITLAND, *The History of English Law*, p. 473.

¹¹ WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen* I, p. 244 e ss., 293, 580.

¹² D.P.P. v. Smith, [1961] A.C. 290, 331 e ss (H.L.); abolida pela seção 8 do Criminal Justice Act, de 1967.

material de dolo, de modo a englobar os casos processualmente dúbios que apresentem o mesmo grau de reprovação.

Já no antigo Direito Penal romano, o *dolus* era limitado ao *animus* ou ao propósito no sentido mais estrito. Por sua vez, os juristas medievais entendiam o *dolus* como *voluntatis vitium* ou vontade viciada, e a *culpa* como *intellectus vitium* ou conhecimento viciado, e o grande Bartolus declarou que “*in poenis corporibus lata culpa non aequiparatur dolo, sed mitius punitur*” (“no que diz respeito às penas corporais, a culpa grave não deve ser equiparada ao dolo”)¹³, de modo que alguém somente poderia sofrer o castigo corporal ordinário, no caso, a pena de morte, se provado que o homicídio foi cometido intencionalmente. Durante séculos, os juristas continentais tentaram corrigir ou contornar este insatisfatório estado de arte do Direito, primeiro pela chamada *doctrina Bartoli* e mais tarde pelo conceito de *dolus indirectus*, que acabou por cair em desuso no século XIX, quando a “vontade” necessária para o *dolus* foi erroneamente compreendida como uma entidade psicológica¹⁴, sendo substituído por delitos *praeter*-intencionais e pelo sobrevivente *dolus eventualis*, um termo cunhado por Johann Samuel Friedrich von Böhmer¹⁵, jurista alemão do século XVIII, usado indistintamente para referir-se ao *dolus indirectus*. Acadêmicos do Direito Penal alemão orquestraram uma enorme e feroz controvérsia sobre o “verdadeiro” conceito de *dolus/Vorsatz* que durou das últimas décadas do século XIX até o início do século XX¹⁶ e terminou sem vencedores em decorrência de fadiga generalizada. Hoje, muitos teóricos, inclusive eu, consideram esse debate totalmente equivocado. De qualquer forma, o que resta hoje é uma controvérsia branda sobre o *dolus eventualis* desprovida de significado prático real. Outros países tomaram de empréstimo o termo e até o definiram legalmente: a França emprega o termo *dol éventuel*, mas o trata como uma forma de *faute non-intentionnelle*¹⁷;

¹³ BARTOLUS, D.n. de legem Corne. de sica. l. in lege (D. 48, 8,7); também BALDUS, Inst. de susp. tut. § suspectus (Inst. 1, 26, 6); para mais referências consulte-se STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 534-542.

¹⁴ Para um resumo desse desenvolvimento, veja-se STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 532-576.

¹⁵ BÖHMER, *Observationes selectae*, p. 4-6.

¹⁶ Cf. somente HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 1-150; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, p. 126 e ss.

¹⁷ PRADEL, ob. cit. (nota 1), p. 116; PLAWSKI, *Etude des principes fondamentaux du Droit International Pénal*, p. 161; BOULOC, *Droit pénal général*, n.º 283; DESPOTES/LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, n.º 483.

outros, ainda, em particular Carl Stooss em seu projeto para o Código Penal suíço¹⁸, tentaram evitar completamente essa controvérsia por meio da concepção de crimes de criação deliberada de perigo¹⁹ que, no entanto, tendem a acarretar sanções mais leves.

O Direito Penal Internacional consuetudinário frui da vantagem de não ter que carregar os fardos doutrinários de séculos passados, bem como da desvantagem de ser quase impossível estabelecer regras gerais sobre os elementos subjetivos conforme o artigo 38 do Estatuto de Roma. O legado de Nuremberg indicava que, em geral, o dolo era necessário, e a negligência, insuficiente. A maioria, senão todas as legislações nacionais, provavelmente concorda que o propósito e o conhecimento, no sentido de certeza prática de que um resultado proibido ocorrerá, satisfazem o requisito de dolo. A jurisprudência dos tribunais *ad hoc* demonstra a necessidade processual de uma forma mais branda de dolo, e os tribunais declararam, muitas vezes com base em um trabalho comparativo bastante pobre, que algo como *dolus eventualis* ou *recklessness* é um elemento subjetivo suficiente para muitos dos crimes previstos pelo Direito Internacional.²⁰ Um breve levantamento comparativo demonstraria que, como os detalhes variam muito, o único princípio geral comum às leis nacionais a respeito dessa matéria deve ser que a criação consciente de riscos elevados desencadeia *alguma espécie* de responsabilidade criminal. Isso pode ser suficiente, no entanto, para fins de Direito Penal Internacional, uma vez que o Artigo 38 (1) (c) do Estatuto da CIJ se refere apenas a “princípios” e não a “regras”. De todo modo, tais princípios comuns devem ser adaptados às particularidades do contexto do Direito Internacional para que, por exemplo, quaisquer diferenças nacionais no âmbito das cominações das penas possam ser desconsideradas, já que os crimes internacionais carecem de marcos penais.²¹ Além disso, parece mais razoável buscar determinar os detalhes

¹⁸ STOOSS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven im Auftrage des schweizerischen Bundesrates*, nota ao Art. 58 (*Lebensgefährdung*), p. 150-151; idem, *ZStW* 15, p. 199 e ss.

¹⁹ Veja-se também a *mise en danger délibérée* no Art. 121-3(2) do novo Código Penal francês.

²⁰ Veja-se, e.g. Judgment, Kayishema and Ruzindana (ICTR-95-1-T), Trial Chamber, 21 May 1999, § 146; Judgment, Musema (ICTR-96-13-T), Trial Chamber, 27 January 2000, § 215; Stakić (IT-97-24-T), Trial Chamber, 31 July 2003, § § 587, 642; Judgment, Blaškić (IT-95-14-A), Appeals Chamber, 29 July 2004, § 42.

²¹ Para uma análise geral a respeito da regulamentação jurídica da determinação da pena no direito penal internacional e sobre um “regime estruturado de aplicação da pena”, veja-se AMBOS, *International Criminal Law II*, p. 267 e ss.

do estado mental requerido – o grau de risco a ser conhecido etc. – de acordo com o crime em espécie, tal como previsto pelo Direito Internacional, do que deduzi-lo de algum conceito geral e abstrato de dolo. Isto é, por exemplo, o que a Câmara de Recursos [*Appeals Chamber*] decidiu no caso *Blaškić*, quando sustentou que o elemento subjetivo para ordenar a execução de um crime requer que o agente tenha a consciência de um risco de alta probabilidade, bem como um elemento volitivo, porque, caso requeira-se menos que isso, “qualquer comandante militar que emite uma ordem seria criminalmente responsabilizado, porque sempre existe a possibilidade de que ocorram violações.”²² É argumentado, aqui, que mesmo o uso de termos doutrinários nacionais específicos como *dolus eventualis* ou *recklessness*, que claramente não são objeto de consenso universal, deve ser evitado; é suficiente definir os ingredientes do estado mental necessário em termos funcionais.

Isso nos leva ao Estatuto de Roma, em que a situação é claramente distinta, porque temos um texto legal, o artigo 30, o qual é mal formulado e apresenta uma série de falhas, uma das quais consiste no fato de que a sua definição do elemento mental é muito restrita e demasiadamente rígida. Como mencionado há pouco, a prática de outros tribunais nos mostra a existência de razões materiais e processuais pelas quais a consciência de um risco substancial de cometer um determinado crime internacional pode e deve ser considerada como apresentando um grau suficiente de reprovação para servir de requisito mínimo para a responsabilização penal perante a Corte Internacional de Justiça.

Este não é o lugar apropriado para entrar no debate sobre como o Artigo 30 pode ser corrigido²³ e se a cláusula “salvo disposição em contrário” oferece uma alternativa viável. No entanto, cabe um comentário sobre um aspecto desse debate que parece um tanto peculiar – senão bizarro – e retrógrado. Após a decisão da Câmara de Questões Preliminares [*Pre-Trial Chamber*] sobre o recebimento das denúncias em *Lubanga* 2007²⁴, monografias e artigos reiteraram a tripartição entre *dolus directus* de primeiro grau, *dolus directus* de segundo grau e *dolus*

²² *Blaškić*, (nota 20), § 41.

²³ Veja-se recentemente FINNIN, ob. cit. (nota 1), p. 336-359; BADAR, ob. cit. (nota 1), p. 382-400; ROBKOPF, *Die innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechens*, p. 11-189; veja-se também AMBOS, *Treatise on International Criminal Law I*, p. 276-278.

²⁴ Décision sur la confirmation des charges, *Lubanga* (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, 29 January 2009, §§ 351-355.

*eventualis*²⁵, como se ela fosse alguma verdade suprema ou uma doutrina universalmente aceita – e, claramente, ela não é nenhuma dessas coisas. Da perspectiva de um penalista alemão, essa surpreendente carreira internacional de termos doutrinários nacionais pode parecer lisonjeira, mas não é. Bem ao revés, trata-se de uma situação bastante embaraçosa, visto que esses termos não merecem tanta atenção. Por quê? Deve-se notar que esses termos não são nem mesmo *communis opinio doctorum* na Alemanha, mas a invenção de um doutrinador, Edmund Mezger²⁶, uma ardoroso ex-nazista²⁷ cujos manuais se tornaram muito populares após a Segunda Guerra Mundial. Por alguma razão misteriosa, seus termos, atualmente, podem ser encontrados em todas as salas de aula, mas é questionável que eles sejam superiores aos demais. Mezger equiparou o que ele denominou “*mittelbarer Vorsatz*” (“intenção indireta”) com “*dolus directus* de segundo grau”, o que não me parece muito plausível. Folheando os principais manuais alemães publicados antes de 1980, cada autor prefere outros termos e faz observações, críticas ou ignora a tríade mezgeriana.²⁸

A principal objeção, contudo, é mais fundamental, especificamente a de que um debate sobre um problema de Direito Penal Internacional acaba por seguir um caminho errado quando é estruturado de acordo com tais termos de origem nacional. A segunda objeção é que qualquer abordagem impregnada de conceitualismo ou, pior, realismo conceitual é igualmente equivocada. A questão não é o que *dolus* ou *dolus eventualis* “é”, porque esses termos denotam conceitos diferentes em contextos jurídicos e épocas distintos, como o Professor Weigend claramente apontou em seu comentário sobre a decisão do caso *Lubanga*.²⁹ Evitar, conscientemente, o uso de terminologias nacionais é um dos méritos do Estatuto de Roma. Ao se aplicar o Estatuto deve-se fazer o mesmo e, na medida do possível, deve-se usar termos descritivos neutros – bem conhecidos pela abordagem funcional de direito comparado – e não retroceder e falar sobre o *dolus eventualis* de alguma nação em particular.

²⁵ Veja-se, e.g. BADAR, ob. cit. (nota 1), p. 2, 423–425 e *passim*; FINNIN, ob. cit. (nota 1), p. 328 e ss.; VAN SLIEDREGT, ob. cit. (nota 1), p. 40–42.

²⁶ MEZGER, *Strafrecht* (Studienbuch), p. 133.

²⁷ Veja-se MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*; idem, *Edmund Mezger – Beiträge zu einem Juristenleben*.

²⁸ Veja-se e.g. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts* AT, p. 238, nm. 15; MAURACH, *Deutsches Strafrecht* AT, p. 260; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 68.

²⁹ WEIGEND, *Journal of International Criminal Justice* 6, p. 482.

Além disso, falar sobre conceitos referindo-se a “estados mentais” é retrógrado, porque não aborda os verdadeiros problemas envolvidos. As verdadeiras questões não são se a assunção consciente de um risco é ou não um elemento integrante do *dolus*, ou se pode ser atribuída ou não à vontade de alguém, mas se agir apesar da consciência de um risco pequeno, médio ou substancial de que um determinado resultado proibido ocorrerá – ou em cegueira deliberada a respeito desse risco – merece punição de acordo com algum crime em espécie previsto pelo direito internacional. Essa é uma decisão normativa relativa à reprovação, e não uma questão sobre o que o *dolus* “é”. A partir de uma postura nominalista, *dolus* é apenas um nome, um rótulo para tudo que é punido a título de *dolus*, uma visão que os juristas medievais já adotavam ao punir quem estava ciente de um risco substancial de morte *ac si animum occidendi habuisset* (como se ele tivesse tido a intenção de matar), e ao considerar que aquele *qui non vult scire, habetur pro sciente* (que não quisesse conhecer as consequências de seus atos era considerado como se os conhecesse)³⁰, a presença de estado mental e a ausência culpável deste podem ser considerados igualmente reprováveis. Ações com propósito ou consciência não são necessariamente mais merecedoras de reprovação³¹ que o descaso leviano daquele que nem mesmo leva em consideração os efeitos que uma ação pode ter sobre outras pessoas.

Portanto, a teoria do Direito Penal Internacional, seja no âmbito do direito consuetudinário, seja no âmbito do Estatuto de Roma, deve, no interesse da honestidade intelectual e do progresso metodológico, tratar abertamente os juízos de valor relevantes em vez de escondê-los em um labirinto de termos confusos, caindo nas armadilhas do conceitualismo. E essa é uma lição que pode ser aprendida com as legislações nacionais.

3. O caso especial do *dolus specialis*

O segundo ponto é um aprofundamento do primeiro: até o presente momento, o debate acerca da natureza do *dolus specialis*, *dol spécial*, *specific intent*, relativo a se a previsão “intenção de destruir”, no crime de genocídio, deve ser interpretada como exigindo apenas o propósito do agente ou se basta o conhecimento deste, provou-se insatisfatório.

³⁰ BALDUS, IV C. mandati l. mandati; idem, V C. de incestis nuptiis l. qui contra, n. 1; para mais referências veja-se ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, p. 80-81; STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 538-542.

³¹ De outra forma, AMBOS, ob. cit. (nota 23), p. 278.

Isso porque o referido debate caiu em um conceitualismo estéril e, com exceção de alguns autores, negligenciou a análise funcional.

Nas legislações nacionais, muitos crimes em espécie considerados como pertencentes ao direito penal nuclear, tais como o furto ou o estelionato, exigem a presença do *dolus specialis*, embora seja considerável a variação de qual espécie de dolo é exigida. No Direito alemão, por exemplo, muitos delitos requerem uma intenção ulterior, formulada como *Absicht*. Contudo, a interpretação literal acerca de seu exato significado é muitas vezes inconclusiva, sobretudo nos casos em que a norma data do século XIX, quando o Código Penal entrou em vigor.³² Isso porque o termo *Absicht* entrou na terminologia jurídica alemã, no século XVIII, como uma tradução do termo latino *dolus*, sem diferenciação entre gradações.³³ Já no século XIX, muitos autores, como Binding, utilizaram os termos *Absicht* e *Vorsatz/dolus* como sinônimos³⁴, de modo que o atual significado técnico de *Absicht*, restrito ao propósito do agente, resulta de um desenvolvimento relativamente recente, cujo início se deu a partir do final do século XIX. Consequentemente, é necessário recorrer a outros critérios para interpretar adequadamente o que a exigência do *dolus specialis* em um crime em espécie particular significa, mais especificamente, deve-se inquirir qual a função da exigência dessa intenção específica no esquema normativo do crime em espécie. Existem várias possibilidades para tanto:

- O *dolus specialis* pode representar um rótulo negativo do motivo do agente – e os motivos nada mais são do que intenções adicionais ou ulteriores, descrições abstratas de ações³⁵ – a fim de denotar a torpeza de sua atitude ou de seu caráter que incrementa o grau de reprovação.
- Em segundo lugar, o *dolus specialis* pode servir para deslocar o momento da consumação do crime para um estágio prévio, de modo que os crimes que demandem a presença do *dolus*

³² BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung* II/2, p. 909-913.

³³ BINDING, ob. cit. (nota 32), p. 1151 e ss.; GEHRIG, *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils*, p. 18-24.

³⁴ BINDING, ob. cit. (nota 32), p. 1151-1158, 1175.

³⁵ VALLACHER/WEGNER, *A theory of action identification*, p. 118; KRUGLANSKI, *Psychological Review* 82, p. 390; KENNY, *Action, emotion and will*, p. 65; para uma analítica a respeito dos “motivos” no âmbito do Direito Penal, veja-se STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 269-279, 274.

specialis sejam, em essência, tentativas.³⁶ O *dolus specialis* deve ser interpretado em conformidade com a regulação da tentativa na ordem jurídica em particular, que pode entender que a tentativa admite qualquer uma das gradações do dolo ou apenas o dolo direto de primeiro grau.

- Em terceiro lugar, o *dolus specialis* poderia ter a função de caracterizar o tipo de infração e sua relação com um determinado plano criminoso. Esse plano não precisa se tornar realidade, de modo que temos aqui a mesma estrutura rudimentar dos casos em que a consumação é antecipada ao momento da mera criação de perigo ao interesse protegido. No furto, por exemplo, sendo ele um crime patrimonial, em muitos ordenamentos jurídicos considerar-se-á consumado no momento da subtração da coisa alheia móvel e caracterizado pelo plano do autor de mantê-la para si. No entanto, no cometimento de tais crimes, é possível uma divisão de tarefas que leve à dissociação entre a ação de subtração e o planejamento: um dos autores planeja e outro executa, podendo até mesmo ser indiferente ao plano do primeiro, embora esteja ciente dele.³⁷ O fato de nem todos os coautores estarem pessoalmente motivados pelo plano não altera o caráter jurídico da infração cometida conjuntamente, se cada um dos coautores conhecer o plano e agir de acordo com ele. Em suma, se tal crime for cometido em concurso de agentes, o conhecimento do plano, mesmo na forma de *dolus eventualis*, será necessário e suficiente.

Também no Direito Penal Internacional, a interpretação literal da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio é inconclusiva: os termos *intent to destroy*, *intention de détruire*, *intención de destruir*, *намерение уничтожить* são bastante vagos e não são restritos ao “propósito”, bem como os *travaux préparatoires* não oferecem nenhuma orientação.³⁸ A Câmara de Julgamento [Trial Chamber] no Caso *Akayesu*³⁹ entendeu que o *dolus specialis*, nos ordenamentos

³⁶ BINDING, ob. cit. (nota 32), p. 1166-1167.

³⁷ Veja-se JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 280.

³⁸ GREENWALT, *Columbia Law Review* 99, p. 2274-2279; de outro modo, JEBBERGER, *The UN Genocide Convention*, p. 106-107.

³⁹ Judgment, *Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber, 2 September 1998, x 498.

jurídicos nacionais, se refere exclusivamente ao propósito do agente, o que está incorreto, como acabamos de ver. Outra razão oferecida pelos tribunais *ad hoc* para fundamentar a posição de que aquele que concorreu para a comissão do crime de genocídio sem tal intenção, embora soubesse da intenção de terceiro para tanto, não deveria ser condenado, é que: “O genocídio é um dos piores crimes conhecidos pela humanidade, e sua gravidade se reflete no grau de rigor do requisito de intenção específica [*specific intent*].”⁴⁰

Com todo o devido respeito, o argumento é um *non sequitur* e provavelmente também circular. Embora exista uma forte intuição de que a realização intencional de uma infração represente a ação merecedora do mais alto grau de reprovação, após reflexão, percebe-se que tal intuição é equivocada, especialmente no contexto da macrocriminalidade. Com base nas visões das legislações nacionais, poder-se-ia tentar resgatar a assim chamada “interpretação conforme o propósito” [*purpose-based interpretation*], mas somente caso o *propósito genocida* seja entendido como um indício necessário para demonstrar a imoralidade do caráter do agente.⁴¹ Portanto, o ilícito característico do genocídio consistiria na particular torpeza e periculosidade da atitude do agente, o que parece implausível, considerando as observações de Hannah Arendt sobre a “banalidade do mal”.⁴² De outro modo, se a marca distintiva do genocídio for encontrada no empreendimento – geralmente coletivo – orientado a produzir um tipo especial de dano em grande escala, então a intenção genocida nada mais será do que o plano que motiva esse empreendimento e, então, como muitos autores têm defendido – especialmente Hans Vest⁴³ – o conhecimento do plano comum deveria ser considerado suficiente para a responsabilidade do agente. Contudo, a interpretação conforme o propósito acaba por confundir os âmbitos do objetivo coletivo com o do objetivo individual.

⁴⁰ Judgment, *Krstić* (IT-98-33-A), Appeals Chamber, 9 April 2004, §134.

⁴¹ Sobre a relevância dos motivos, veja-se BEHRENS, *JICJ* 10, p. 501-523.

⁴² ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*.

⁴³ VEST, *ZStW* 113, p. 481-486; idem, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, p. 101 *et seq.*, 104 *et seq.*, 108 *et seq.*, 138; GREENAWALT, *ob. cit.* (nota 38), p. 2265-2294; KREß, *JICJ* 3, p. 572-577; GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, p. 259-260; BASSIOUNI, *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code*, p. 234 *et seq.*; KUPER, *The prevention of genocide*, p. 12; TRIFFTERER, *The Rome Statute and domestic legal orders I*, p. 23; AMBOS, *ob. cit.* (nota 21), p. 25 *et seq.*

4. O erro do direito ao regular o erro de direito

As legislações nacionais diferem nas formas como conceituam e regulam o desconhecimento da ilicitude. A abordagem tradicional e mais difundida pode ser rastreada até a distinção do Direito romano entre *error facti* e *error iuris*, erro de fato e erro de direito.⁴⁴ Embora *prima facie* plausível, essa distinção, se posta à prova, mostra-se inadequada para fins de Direito Penal porque, e.g., erros sobre leis penais e de outras áreas do direito, como o Direito Civil, devem ser tratados de forma distinta, bem como porque “fatos” nunca são relevantes como fatos brutos em si, mas apenas quando relevantes para uma qualificação jurídica. Em alguns ordenamentos jurídicos, essa bipartição foi substituída pela distinção entre erro sobre os elementos da definição legal de crime e erros sobre ilicitude conduta em questão.⁴⁵ Esses erros se localizam em diferentes níveis do silogismo jurídico: o erro de proibição diz respeito à premissa maior, o erro sobre os elementos do tipo – sejam descritivos ou normativos – pertencem à premissa menor.

Nas legislações nacionais, não há consenso a respeito de como tratar os erros de direito ou de proibição. O brocardo latino *error iuris nocet et iuris ignorantia non excusat* passam uma falsa impressão. Na Roma antiga, bem como no *Common Law* da Europa continental, o *ius commune* que vigorou até o início do século XIX, nunca houve normas jurídicas que determinassem que o erro de direito penal fosse irrelevante.⁴⁶ De fato havia uma *regula iuris* desse tipo⁴⁷, mas as *regulae iuris* não eram normas jurídicas, mas resumos muito breves da lei.⁴⁸ Contudo, de fato, na prática, era verdade que o *erro iuris criminalis*, na maioria dos casos, não levava à exoneração da punição. Tanto o *Ius commune* quanto o Direito Canônico desenvolveram uma jurisprudência muito rica e repleta de nuances que pode ser assim resumida⁴⁹: uma vez provado o erro, qualquer seja

⁴⁴ Veja-se STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 542-544.

⁴⁵ Veja-se, e.g. §§ 16 e 17 do Código Penal alemão e o Art. 14 (3) do Código Penal espanhol.

⁴⁶ Para mais referências, veja-se ENGELMANN, *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters*, p. 114 e ss., 367 e ss., 273 e ss., 304 e ss., 323 e ss.; STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 543-555.

⁴⁷ D. 22,6,9 e reg. iur. XIII,VI°.

⁴⁸ Paulus, D.50,17,1; BERMAN, *Law and Revolution*, p. 137-140; STEIN, *Regulae Iuris*, p. 49 e ss., 67 e ss., 107-108; SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, p. 66-67; idem, *Principles of Roman Law*, p. 51 e ss.

⁴⁹ Cf. nota 46.

seu tipo, exclui-se o *dolus* e, portanto, não se aplica o castigo corporal, salvo se o referido erro for manifestamente frívolo. Se o erro for culpável, ele será punido, mas não corporalmente. O erro de direito penal, geralmente, não era apto a ser provado ou era culpável quando a lei em questão era de fácil conhecimento, isto é, caso correspondesse aos ensinamentos da igreja ou da *naturalis ratio*, ou mesmo caso se esperasse que as pessoas, devido à sua posição, conhecessem a lei. A ignorância de leis de difícil conhecimento ou obscuras sempre levou à exoneração. Além disso, não se esperava que certos grupos de pessoas, como crianças, mulheres, fazendeiros e soldados conhecessem a lei – com os soldados, a situação de hoje é um pouco diversa. Essas sofisticadas distinções foram abolidas no continente europeu com a codificação das legislações nacionais no decorrer do século XIX e substituídas por disposições legais indiscriminadas que declararam irrelevantes os erros do direito penal, fossem eles honestos ou não.⁵⁰ As razões apresentadas para esses desenvolvimentos jurídicos surpreendentemente paralelos são plurais e muitas vezes postas em estilo notadamente autoritário, citando razões de política pública e temores extremamente exagerados como este: “[...] se o desconhecimento da lei fosse motivo de exoneração, a administração da justiça restaria aprisionada. Pois, em quase todos os casos, a ignorância da lei seria alegada.”⁵¹ Mesmo no tardar de 1945, Kelsen escreveria: “Que a ignorância da lei não exime de obrigação é um princípio que prevalece em todas as ordens jurídicas e que tem de prevalecer, já que, do contrário, seria quase impossível aplicar a ordem jurídica.”⁵²

Na segunda metade do século XX, as legislações nacionais paulatinamente começaram a se recuperar de tais excessos, – o que também ocorreu no mundo do *common law*, tradicionalmente mais restritivo – e a perceber que, no mundo moderno, que traz inúmeras regras de direito positivo que podem ser complexas e muito distantes das regras éticas comunitárias compartilhadas na vida cotidiana, é simplesmente impossível, ou sequer necessário, que todos conheçam a totalidade das leis. Tendo em vista que

⁵⁰ Veja-se STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 476–481. Um dos primeiros exemplos pode ser encontrado no § 3 do Código Penal austríaco de 1803 (*Strafgesetz über Verbrechen*), que prevê que “ninguém será exculpado por ignorar a presente lei, dado que os injustos nela previstos não são passíveis de erro”.

⁵¹ AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence* I, lect. XXV, p. 499.

⁵² KELSEN, *General Theory of Law and State*, p. 72. NT. Foi utilizada a seguinte tradução: KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 3. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 102.

o Direito moderno é feito pelo homem e está sujeito a mudanças, os Estados modernos podem tolerar exonerações por erros de direito sem ter de temer a perda de sua autoridade, desde que tais erros não sejam crassos.⁵³ E, acima de tudo, um direito penal liberal e de princípios deve exonerar de responsabilidade aquele que recair em um erro inevitável, porque seria manifestamente injusto – e uma violação do princípio da culpabilidade – punir uma pessoa pela omissão de fazer algo que ela não tinha capacidade de fazer.⁵⁴ O Direito Penal pune a falta de vontade de obedecer à lei, mas não a incapacidade de fazê-lo, em decorrência do reconhecimento de que *ultra posse nemo obligatur*.

Há uma crescente tendência internacional em reconhecer o erro de direito penal (desde que honesto, razoável, inevitável) como uma causa de exoneração da responsabilidade penal, ao menos em princípio.⁵⁵ O Direito Penal Internacional não deveria ficar para trás a esse respeito. Contudo, a verdade é que, deploravelmente, o Estatuto de Roma, em seu artigo 32 (2) (1), recai em retrocesso ao excluir o erro de proibição como fundamento para excluir a responsabilidade penal do réu. É mais do que claro que erros honestos sobre a ilegalidade de crimes como genocídio, crimes contra a humanidade ou crimes de agressão são inconcebíveis. Contudo, é perfeitamente concebível que um soldado possa errar honestamente sobre o conteúdo preciso de uma das numerosas – e, por vezes, complexas e em constante processo de evolução – regras das leis da guerra. Portanto, concordo com os autores que recomendam o reconhecimento do erro de proibição em relação aos crimes de guerra.⁵⁶

⁵³ Cf. somente JAKOBS ob. cit. (nota 37), p. 483, 545-550.

⁵⁴ Cf. STUCKENBERG, ob. cit. (nota 1), p. 482-484.

⁵⁵ PRADEL, ob. cit. (nota 1), p. 158; compare o reconhecimento do erro de direito ou do erro de proibição nos anos subsequentes a 1945 em países como Alemanha (§ 17 *Strafgesetzbuch*), Áustria (§ 9 *Strafgesetzbuch*), Suíça (Art. 21 *Schweizerisches Strafgesetzbuch*), França (Art. 122-3 *Code pénal*), Espanha (Art. 14 *Código Penal*), e Itália (Art. 5 do *Codice Penale*, que estabelece que “ninguém pode invocar o desconhecimento do direito penal como desculpa”, trecho que, no que diz respeito ao erro inevitável, foi declarado inconstitucional pela *Corte costituzionale*, na *Sentenza* n.º 364, de 24 de março de 1988); veja-se também SIEBER/CORNILS, ob. cit. (nota 1), e HELLER/DUBBER, ob. cit. (nota 1).

⁵⁶ AMBOS, ob. cit. (nota 23), p. 375-376; SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, § 15 Rn. 42; WERLE, *Völkerstrafrecht*, Rn. 623; SCHABAS, *The International Criminal Court*, p. 505; veja-se também CASSESE/GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 220-222; JESCHECK, *JICJ* 2, p. 47; VAN SLIEDREGT, ob. cit. (nota 1), p. 285; De outro modo, veja-se TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Art. 32, nm. 43-44.

5. Conclusão

Foram analisadas três áreas problemáticas da responsabilidade subjetiva no Direito Penal Internacional e, em todas elas, considerou-se que esse ramo do Direito pode aprender algo benéfico com as doutrinas desenvolvidas nacionalmente: (1) No que diz respeito à precisa definição do conceito de intenção para fins de responsabilidade criminal, em particular a questão de saber se é ou não suficiente a mera previsão da possibilidade de um resultado danoso, o recurso a conceitos desenvolvidos nacionalmente, tais como *dolus eventualis* ou *recklessness*, é inútil e induz a equívocos. Parece preferível que se determinem os detalhes do estado mental requerido em termos funcionais (*e.g.*, o grau de risco que se deve estar ciente etc.) em vez de se recorrer à terminologia doméstica. Além disso, é igualmente preferível que se determine o estado mental requerido de acordo com o crime específico previsto pelo Direito Internacional, em vez de se buscar deduzi-lo de um conceito geral e abstrato de intenção. (2) Instâncias de *dolus specialis* como o “*intent to destroy*”, previsto no crime de genocídio, devem ser submetidas a uma análise funcional a fim de se determinar qual gradação do conceito de intenção (propósito, conhecimento efetivo, previsão) se encaixa melhor no esquema normativo do crime em espécie em particular. (3) O reconhecimento da capacidade exculpatória do erro de direito (penal) é indeclinável em um sistema de Direito Penal fundado no princípio da culpabilidade individual, isto é, no princípio de que as pessoas só podem ser punidas pela prática de injustos individualmente evitáveis. Esse entendimento vem sendo paulatinamente reconhecido pelas legislações nacionais, inclusive por aquelas em que o erro de direito foi considerado irrelevante por motivos autoritários ou por temores de permitir uma forma de exculpação demasiadamente fácil. O Direito Penal Internacional não deve ficar para trás nesse desenvolvimento e deve, também, reconhecer, sempre que cabível, a possibilidade de erros de direito honestos em relação aos crimes de guerra.

Referências

AMBOS, Kai. *International Criminal Law: The Crimes and Sentencing*. [s.l.]: Oxford University Press, v. II, 2014.

_____. *Treatise on International Criminal Law*. [s.l.]: Oxford University Press, v. I, 2013.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil*. [s.l.]: Faber and Faber, 1963. (= *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.).

AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*. 4. ed. [s.l.]: John Murray, v. I, 1873.

BADAR, Mohamed Elewa. *The concept of mens rea in International Criminal Law*. [s.l.]: Hart Publishing, 2013.

BADAR, Mohamed Elewa; MARCHUK, Iryna. A comparative study of the principles governing criminal responsibility in the major legal systems of the world (England, United States, Germany, France, Denmark, Russia, China, and Islamic Legal Tradition). *Criminal Law Forum*, [s.l.], v. 24, n. 1, p. 1-48, 2013. DOI: 10.1007/s10609-012-9187-z.

BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code*. [s.l.]: Erès, 1993.

BEHRENS, Paul. Genocide and the question of motives. *Journal of International Criminal Justice*, [s.l.], v. 10, n. 3, p. 501-523, 2012. DOI: 10.1093/jicj/mqs038.

BERMAN, Harold J. *Law and Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 2. ed. [s.l.]: Engelmann, v. II/2, 1916.

BOULOC, Bernard. *Droit pénal général*. 22. ed. Paris: Dalloz, 2011.

BÖHMER, Johann Samuel Friedrich von. *Observationes selectae ad Bened. Carpzovii Practicam novam rerum criminalium Imperialem Saxoniam*. Frankfurt/Oder: Franciscus Varrentrapp, 1759.

CASSESE, Antonio; GAETA, Paola. *Cassese's International Criminal Law*. 3. ed. [s.l.]: Oxford University Press, 2013.

DESSPORTES, Frédéric; LE GUNEHEC, Francis. *Droit pénal général*. 16. ed. Paris: Economica, 2009.

ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1895.

_____. *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters: ein lehrsgeschichtlicher Nachweis und Beitrag zur Klärung der strafrechtlichen Zurechnungslehre*. [s.l.]: Stilke, 1922.

ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. [s.l.]: Liebmann, 1930.

FINNIN, Sarah. Mental elements under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: a comparative analysis. *International and Comparative Law Quarterly*, [s.l.], v. 61, n. 2, p. 325-359, 2012. DOI: 10.1017/S0020589312000152.

FORGUSON, Lynd. *Common sense*. London/New York: Routledge, 1989.

GEHRIG, Klaus. *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986.

GIL GIL, Alicia. *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1999.

GREENAWALT, Alexander K. A. Rethinking genocidal intent: the case for a knowledge-based interpretation. *Columbia Law Review*, [s.l.], v. 99, n. 8, p. 2259-2294, 1999. DOI: 10.2307/1123611.

HELLER, Kevin; DUBBER, Markus (Ed.). *The handbook of Comparative Criminal Law*. [s.l.]: Stanford University Press, 2011.

HIPPEL, Robert von. *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Eine Dogmatische Studie. [s.l.]: Hirzel, 1903.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 3. ed. Berlin: Duncker and Humblot, 1978. (= *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Santiago Mir Puig. Barcelona: Bosch, 1981.).

_____. The general principles of International Criminal Law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute. *Journal of International Criminal Justice*, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 38-55, 2004. DOI: 10.1093/jicj/2.1.38.

JESSBERGER, Florian. The definition and the elements of the crime of genocide. In: GAETA, Paola. (Ed.). *The UN Genocide Convention: a commentary*. [s.l.]: Oxford University Press, 2009. p. 87 ss.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. [s.l.]: Harvard University Press, 1945. (= *Tèoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.).

KENNY, Anthony. *Action, emotion and will*. [s.l.]: Routledge and Paul, 1963.

KRESS, Claus. The Darfur Report and Genocidal Intent. *Journal of International Criminal Justice*, [s.l.], v. 3, n. 3, p. 562-578, 2005. DOI: 10.1093/jicj/mqi054.

KRUGLANSKI, Arie W. The endogenous-exogenous partition in attribution theory. *Psychological Review*, [s.l.], v. 82, n. 6, p. 387-406, 1975.

KUPER, Leo. *The prevention of genocide*. New Haven Conn: Yale University Press, 1985.

MacINTYRE, Alasdair. The antecedents of actions. In: WILLIAMS, Bernard; MONTEFIORE, Alan. (Ed.). *British Analytical Philosophy*. London: Routledge and Paul, 1966. p. 205-225.

MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4. ed. Heidelberg: C.F Müller, 1971.

MERCADAL, Barthélémy. Recherches sur l'intention en droit pénal. *Revue de science criminelle*, Paris, v. 22, n. 1, p. 1-47, 1967.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 2. ed. München: Biederstein, 1948.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger*. Beiträge zu einem Juristenleben. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007.

_____. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tempo*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

PLAWSKI, Stanislaw. *Etude des principes fondamentaux du Droit International Pénal*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

PRADEL, Jean. *Droit penal comparé*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2008.

POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. *The History of English Law before the time of Edward I*. Cambridge University Press: Cambridge, 1895, v. 2.

ROBINSON, Paul. *Structure and function in Criminal Law*. [s.l.]: Oxford University Press, 1997.

ROSSKOPE, Ulrich. *Die Innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechens*: Ein Beitrag Zur Auslegung des Art. 30 Istgh-Statut. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007.

SATZGER, Helmut. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013.

SCHABAS, William. *The International Criminal Court: a commentary on the Rome Statute*. [s.l.]: Oxford University Press, 2010.

SCHULZ, Fritz. *History of Roman Legal Science*. Oxford: Clarendon Press, 1953.

_____. *Principles of Roman Law*. Oxford: Clarendon Press, 1936.

SIEBER, Ulrich; CORNILS, Karin. *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*. Berlin: Duncker and Humblot, v. 3, 2008.

STEIN, Peter. *Regulae Iuris: from juristic rules to legal maxims*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1966.

STOOSS, Carl. Dolus eventualis und Gefährdung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 15, p. 199-201, 1895.

_____. *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Vorentwurf mit Motiven im Auftrage des schweizerischen Bundesrates*. Basel: Georg, 1894.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 2007.

TRIFFTERER, Otto. Article 32. In: TRIFFTERER, Otto (Ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2. ed. [s.l.]: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008.

_____. Legal and political implications of domestic ratification and implementation processes. KRESS, Claus; LATTANZI, Flavia (Ed.). *The Rome Statute and domestic legal orders*. Baden-Baden: Nomos, v. I, 2000. p. 34-61.

VALLACHER, Robin R.; WEGNER, Daniel M. *A theory of action identification*. [s.l.]: Erlbaum, 1985.

VAN SLIEDREGT, Elies. *Individual criminal responsibility in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VEST, Hans. *Genozid durch organisatorische Machtapparate*. Baden-Baden: Nomos, 2002.

_____. Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 113, n. 3, p. 457-498, 2001.

WEIGEND, Thomas. Intent, mistake of law and co-perpetration in the Lubanga Decision on confirmation of charges. *Journal of International Criminal Justice*, [s.l.], v. 6, n. 3, p. 471-487, 2008. DOI: 10.1093/jicj/mqn034.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969. (= *Derecho Penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.).

WERLE, Gerhard. *Völkerstrafrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

WILLIAMS, Glanville. Oblique Intentions. *Cambridge Law Journal*, [s.l.], v. 46, n. 3, p. 417-438, 1989. DOI: 10.1017/S0008197300117453.

_____. *Textbook of Criminal Law*. 2. ed. [s.l.]: Stevens and Sons, 1983.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Werkausgabe. 9. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, v. I, 1993. (= *Investigações Filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.).

LAVAGEM DE CAPITAIS PROVENIENTES DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A, CP)

LAUNDERING OF FUNDS FROM SOCIAL SECURITY EVASION

Heloisa Estellita*
Frederico Horta**

Data de recebimento: 22/04/2021

Data de aceite: 30/05/2021

Última versão do autor: 30/05/2021

Resumo: Neste texto, originalmente redigido como parecer, os autores discutem os obstáculos dogmáticos para a consideração de um delito tributário como crime antecedente para a lavagem de dinheiro e suas repercussões práticas, especialmente para a prova da origem dos ativos objeto de lavagem. O caso examinado teria ocorrido sob a vigência da redação original do artigo 1º da Lei 9.613/98, que possuía rol taxativo de crimes antecedentes, dentre os quais não estavam os crimes tributários, por isso, discutem também sobre a natureza do crime descrito no art. 337-A, CP.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico; lavagem de dinheiro; crime tributário; sonegação de contribuição previdenciária; objeto material da lavagem de dinheiro.

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito e Processo Penal da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

** Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais.

Abstract: In this text, originally written as a legal opinion, the authors discuss the dogmatic obstacles for the consideration of tax crimes as predicate crimes for money laundering, as well as its procedural repercussions, especially regarding the evidence that the assets laundered proceeded from a tax fraud. The offence would have been perpetrated under the original wording of article 1 of Law 9.613/98, which provided for a limited list of predicate crimes, among which were not the tax crimes, therefore, the authors also discuss the nature of the offense described in art. 337-A, CP.

Keywords: Economic Criminal Law; money laundering; tax fraud; tax evasion; proceeds of a predicate crime.

Sumário: 1. Introdução; 1.1. Apresentação do texto: o parecer, seu contexto e pontos de interesse.; 1.2. Contorno dos fatos *sub judice* segundo a sentença; 1.2.1. A incongruência entre a denúncia e a sentença; 1.2.2. A tese central da sentença; 1.3. Advertência preliminar; 1.4. Documentos examinados; 1.5. Estrutura objetiva do tipo de lavagem de capitais à época dos fatos; 2. Acerca do crime antecedente; 2.1. Introdução; 2.2. O crime do artigo 337-A era crime antecedente da lavagem de capitais em 2007 e 2008?; 2.2.1. A lista taxativa vigente até 2012 e a exclusão dos crimes tributários como crimes antecedentes da lavagem; 2.2.2. O crime do artigo 337-A, CP: crime tributário ou contra a Administração Pública?; 2.2.3. O inciso V do artigo 1º da Lei 9.613/98 abarcava o crime do artigo 337-A do CP?; 2.2.4. Conclusão parcial; 3. Acerca do objeto da conduta; 3.1. Introdução; 3.2. Da origem do objeto da lavagem: a natureza, o tempo e o produto do crime antecedente; 3.2.1. Qualidades típicas do objeto material da lavagem de capitais; 3.2.2. Incertezas quanto ao delito apontado como antecedente na sentença; 3.3. Da vinculação entre o objeto da lavagem e o crime apontado como antecedente; 3.3.1. A proveniência criminosa como elemento do tipo; 3.3.2. A proveniência como requisito de subsunção e matéria de prova; 3.3.3. Ausência de correspondência entre o suposto produto do crime antecedente e os valores indicados como objeto de lavagem; 4. Resposta aos quesitos.

1. Introdução

1.1. Apresentação do texto: o parecer, seu contexto e pontos de interesse

O texto que apresentamos aos leitores da RICP é, fundamentalmente, um parecer a respeito dos fundamentos jurídico-penais de uma

condenação por lavagem de capitais, produzido por solicitação da defesa e submetido aos julgadores do recurso de apelação, que, vale dizer, foi provido para absolver o apelante.

A consulta versava sobre a subsunção das condutas delimitadas pela sentença ao disposto no artigo 1º, V, Lei 9.613/98, em sua redação original, anterior às alterações introduzidas pela Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. Especificamente, questionava-se se os valores objeto de movimentações financeiras suspeitas, controvertidas no processo, poderiam ser considerados provenientes de uma suposta sonegação de contribuição previdenciária, apontada na sentença como delito antecedente de lavagem, e se tal delito poderia ser considerado como tal, nos termos da lei vigente ao tempo do fato.

Embora o estudo trate de fato ocorrido sob a vigência de legislação superada já há quase 10 anos, as teses nele desenvolvidas dizem respeito, fundamentalmente, a uma problemática atual: a dos obstáculos dogmáticos para a consideração de um delito tributário como crime antecedente para a lavagem dinheiro e suas repercussões práticas, especialmente para a prova da origem dos ativos objeto de lavagem.

No caso analisado, eram conhecidas movimentações financeiras suspeitas, iniciadas com a introdução de centenas de milhões de dólares no Brasil, a título de empréstimo a uma empresa brasileira, captado junto a um fundo de investimento sediado em um paraíso fiscal. Esses valores, segundo a acusação, teriam sido distribuídos entre empresas do mesmo grupo econômico e seus administradores.

Algumas dessas empresas interligadas eram renitentes devedoras do Fisco, que acumulavam autos de infração com notícias de crime tributário, e seus administradores já haviam sido, por diversas vezes, denunciados por sonegação fiscal ou apropriação indébita tributária em processos extintos pelo pagamento ou suspensos por refinanciamentos do débito. Formulou-se, por isso, a hipótese de que os valores recebidos do exterior seriam proveito de crimes tributários, reintroduzidos no Brasil na forma de empréstimo, de modo a ocultar sua origem espúria.

Os delitos tributários, contudo, não figuravam no rol dos delitos antecedentes de lavagem, previsto na lei do tempo dos fatos. A acusação, então, lançou mão de expediente comum à época: qualificou os administradores do grupo econômico como organização criminosa dirigida à prática de crimes tributários e os denunciou por lavagem do produto das atividades da dita organização, nos termos do antigo inciso VII, do art. 1º, da Lei 9.613/98. Ocorre que a estratégia veio a ser

desautorizada pela jurisprudência do STF, por falta de uma definição legal de organização criminosa ao tempo dos fatos. Em vista disso, em vez de absolver os acusados por atipicidade dos fatos narrados na acusação, a sentença apresentou um fundamento novo para a condenação: apontou, nos autos, um registro de que uma das empresas do grupo teria sido autuada por sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP), considerando esse um crime “contra a administração pública”, tomou-o como o delito antecedente que faltara na denúncia, para então condenar os acusados por lavagem de dinheiro.

O caso, como se vê, já renderia uma crônica judiciária sobre a violação do princípio acusatório, com inovação da acusação e seu julgamento num único ato, da mesma autoridade. O parecer, contudo, se debruça sobre outros aspectos dessa crônica, de ordem material, cujo interesse para a dogmática do tipo de injusto de lavagem motivou sua publicação. Primeiramente, desvela a burla de etiquetas consistente em tomar como crime “contra a administração pública”, um delito de natureza essencialmente tributária, que o legislador rejeitara como antecedente de lavagem. Depois, lança luz sobre a necessidade de demonstração do vínculo entre os valores objeto das movimentações financeiras características de lavagem e o crime antecedente, do qual elas hão de ser provenientes, nos termos da lei.

Procuramos demonstrar que essa vinculação é especialmente difícil quando o crime antecedente é um crime tributário, mas que não pode ser dispensada nem sequer nessa hipótese, sob pena de se proibir – sob ameaça de pena e em flagrante e grave violação do direito à disposição do patrimônio lícito – a movimentação de quaisquer valores pertencentes ao autor ou beneficiário do crime tributário, ainda que independentes desse.

Os quesitos eram estes:

1. O inciso V do artigo 1º da Lei 9.613/98 abarcava o crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no artigo 337-A do CP?
2. A partir dos pressupostos fáticos reconhecidos pela sentença, ou dos elementos de informação aos quais ela se reporta, é possível afirmar que os valores remetidos por um fundo de investimentos sediado em um paraíso fiscal para uma empresa brasileira, no Brasil, seriam provenientes de algum crime determinado, antecedente de lavagem de capitais?

As premissas fáticas e argumentos teóricos manejados para respondê-los, assim como as respostas, constam das seções seguintes, extraídas do parecer, que nesta versão se encontra devidamente anonimizado, com algumas circunstâncias alteradas ou excluídas para preservação da identidade das partes e demais sujeitos processuais, e circunscrito à sua face mais abstrata, livre das considerações sobre a prova e peculiaridades do processo, bem como das referências aos autos ou documentos examinados, que só interessavam à análise do caso concreto.

1.2. Contorno dos fatos *sub judice* segundo a sentença

1.2.1. A incongruência entre a denúncia e a sentença

Da sentença, espera-se a subsunção dos fatos às normas, que é a forma pela qual o direito é aplicado ao caso concreto.¹ No que tange às questões de direito material, a subsunção se desenvolve na forma de um silogismo, contendo uma premissa maior, representada por uma norma penal incriminadora; uma premissa menor, constituída pelos *atos* provados em conformidade com a regras do devido processo legal; e uma conclusão, de ajuste ou não desses fatos àquela norma.²

Um problema central do presente caso é a severa incongruência entre os *atos* (imprecisamente) narrados na denúncia e aqueles tomados por base para a elaboração do juízo de subsunção na sentença (igualmente de forma lacunosa, como será demonstrado). O defeito atinge em cheio a premissa menor do silogismo acima referido, porque não se trata mais de “atos provados em um devido processo legal”, mas de outros fatos, sobre os quais prova regular não foi produzida. O defeito, por si só, impede um juízo válido de subsunção. E esse impedimento é tanto de natureza processual penal, como de natureza substancial (penal).

¹ PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, p. 78 ss, também SIMON. *Gesetzesauslegung im Strafrecht: Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p. 29.

² BADARÓ. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 529. Com outras palavras, também PACELLI, *Curso de processo penal*, 16 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 638, e, antes ainda, GRECO FILHO, *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 285. Silogismo e subsunção entendidos não como um processo automatizado e asséptico, mas no sentido de interpretação exaustiva de fatos e normas em conformidade com os cânones de interpretação juridicamente admitidos, dentre eles, especialmente o do limite do sentido literal possível do texto legal, que é a barreira intransponível ao aplicador da lei penal incriminadora por força do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF). Cf. PUPPE, ob. cit., p. 117 ss., SIMON, ob. cit., p. 100 ss., e ROXIN. *Strafrecht - Allgemeiner Teil - Band I*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006, § 5, nr. 30.

Essa divergência entre denúncia e sentença se debruça sobre a elementar central da lavagem: a *origem criminosa dos valores objeto das condutas de ocultar ou dissimular*, ou seja, sobre a natureza do objeto material da conduta. É que são esses valores, e somente eles, que, submetidos a atos de ocultação ou dissimulação, configurarão o crime tem tela. A denúncia diz que o objeto material da conduta seriam *valores obtidos com a prática de “sonegação fiscal” por meio de uma organização criminosa*. A sentença, diversamente, afirma que *o objeto material da conduta seriam valores devidos a título de contribuição social previdenciária pela empresa de comércio “C”, suprimidos ou reduzidos na forma de algum dos incisos do art. 337-A do CP*. Apenas para ilustrar, é como se a denúncia afirmasse que João ocultou o cadáver do gato “X” (fato atípico à luz do art. 211, CP) e a sentença, que João ocultou o corpo da dona do gato “X” (fato possivelmente típico, à luz do mesmo dispositivo).

Feitas essas advertências, percebe-se logo que não há como emitir parecer sobre a possível subsunção da conduta pela qual condenados os corréus, sem antes, justamente, determinar quais foram os fatos concretos tomados pela sentença para o juízo de subsunção ao crime do art. 1º da Lei 9.613/98.

1.2.2. A “tese central” da sentença

O primeiro trabalho dos pareceristas foi extrair da sentença alguma narrativa lógica sobre uma possível prática criminosa. Essa, que deveria ser uma tarefa trivial diante de uma sentença que aplica penas extremamente severas, revela-se nesse caso, porém, tarefa árdua. Isso se deve, primeiro, ao fato de que a própria denúncia não narrava um fato típico, era inepta, e não deveria ter sido recebida nos termos nos quais apresentada;³ depois, como será demonstrado no decorrer do parecer, por defeitos da sentença, que não apresenta uma narrativa completa, clara e concreta dos fatos que poderiam se subsumir ao tipo penal do art. 1º da Lei 9.613/98.

³ A fonte mais relevante das nulidades em virtude da falta de correlação entre denúncia e sentença está justamente no recebimento de denúncias ineptas. Infelizmente, apesar da reforma no CPP, achanha-se o Poder Judiciário brasileiro no desempenho da tarefa de controle da aptidão da narrativa acusatória, pretendendo acertar, no decorrer da instrução, quais fatos da vida real poderiam ter um significado delitivo. Com isso, não só negam vigência a garantias processuais do mais alto valor (vide por todos STF, HC 83.301, DJ 06/08/2004), como atraem descrédito para o próprio sistema que, se bem funcionar, anulará tais processos mais à frente, com todo o desperdício de fundos públicos com a movimentação de feitos natimortos e, ainda, a sujeição ilegítima de cidadãos às cerimônias degradantes do processo.

Feita essa advertência, lê-se em certo ponto o que chamaremos de “tese central” da sentença para afirmar a prática do crime do art. 1º da Lei 9.613/98:

Portanto, pode-se concluir que a sistemática era a prática de sonegação previdenciária e fiscal (aqui se considera somente a primeira, visto que a segunda não pode ser considerada crime antecedente), seguida da ocultação e dissimulação dos valores, que retornavam através de transferências oriundas de paraíso fiscal à conta da [EMPRESA B], que por sua vez, repassava à [HOLDING A], e esta última pulverizava os valores entre todas as empresas do Grupo [C], inclusive sendo destinadas a repasse em espécie [ao sócio T].

Disso, se extrai que o crime antecedente – que teria gerado os valores criminosos objeto das ações típicas de ocultação e dissimulação – seria o de sonegação previdenciária, definido no artigo 337-A do CP. Trabalharemos, portanto, a partir dessa hipótese e analisaremos se tal prática era de fato criminosa na época e se os fatos amealhados na sentença são capazes de dar conta da caracterização de todas as elementares objetivas do crime de lavagem.

1.3. Advertência preliminar

Os aspectos processuais acerca da higidez da denúncia e de sua correlação com a sentença, relevantes no caso, não serão aqui analisados por fugir ao escopo da consulta e por serem objeto de outro parecer, elaborado por *expert* em processo penal.

1.4. Documentos examinados

Para a elaboração deste parecer nos foram apresentadas as cópias dos autos da ação penal, seus anexos e mídias.

Uma advertência com relação ao suporte probatório da sentença deve ser feita já neste momento. Porque, como visto, a sentença se assenta na tese de que o objeto material do crime de lavagem de capital atribuído aos acusados seria composto pelos valores oriundos da prática de crimes de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, I, do CP), a análise dos fatos por ela invocados como crime antecedente e de sua qualificação jurídica demandaria exame dos documentos relativos aos processos administrativos referidos na sentença, notadamente os autos de infração que os inauguram, os lançamentos definitivos dos créditos tributários correspondentes e as certidões das suas consolidações.

Tais documentos, todavia, *não constam dos autos* e eram de importância central para compreender se as autuações fiscais se referiam a práticas possivelmente subsumíveis ao disposto no art. 168-A ou 337-A do CP. As consequências da falta desses documentos, *que consubstanciam a prova do crime antecedente*, serão abordadas no decorrer do parecer.

1.5. Estrutura objetiva do tipo de lavagem de capitais à época dos fatos

Nos anos de 2007 e 2008, quando teriam se dado os fatos criminosos, a redação do artigo 1º da Lei 9.613/98 era a seguinte:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento;⁴

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal).⁵

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

Organizando as elementares dessa figura típica, temos que, para o juízo de subsunção será necessário que o fato real, determinado na sentença, preencha, no mínimo, os seguintes pressupostos no âmbito do *tipo objetivo*:

- a. crime antecedente (dentre os previstos nos incisos I a VI e VIII do artigo 1º da Lei 9.613/98, em sua redação original);

⁴ Redação dada pela Lei nº 10.701, de 2003.

⁵ Incluído pela Lei nº 10.467, de 2002.

- b. objeto da conduta: bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática do crime antecedente (a);
- c. conduta de (aa) dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, ou (bb) ocultar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade.

Ao longo do parecer, em vista do escopo geral da consulta, analisaremos os dois primeiros desses pressupostos objetivos do tipo penal de lavagem de capitais, o crime antecedente (infra 2, 2.1, 2.2, 2.2.1 e 2.2.2) e o objeto da conduta (Infra 3, 3.1, 3.2, 3.2.1, 3.3 e 3.3.1), a fim de verificar se os fatos definidos na sentença como pressupostos fáticos do juízo condenatório consubstanciam como antecedente um delito pertinente ao rol legal vigente à época dos fatos (infra 2.2.3), consumado antes dos atos apontados como configuradores de lavagem, e se há indicação ou prova do vínculo de procedência entre os valores apontados como objeto da lavagem e o suposto delito antecedente (infra 3.2.2, 3.3.2 e 3.3.3).

Ao final, a partir dos fundamentos estabelecidos e conclusões alcançadas em relação a cada um desses temas, responderemos aos quesitos formulados (infra 4).

2. Acerca do crime antecedente

2.1. Introdução

O simples fato de a denúncia ter proposto que o crime antecedente da lavagem de capitais fora o de *organização criminosa* estruturada para a prática de “sonegação fiscal” e a sentença ter afastado tal proposta, assentando-se na (inovadora) prática do crime descrito no artigo 337-A do CP, evidencia que a primeira tarefa dos Consulentes é examinar se tal crime era *antecedente* da lavagem, em conformidade com a redação vigente na época dos fatos.

2.2. O crime do artigo 337-A era crime antecedente da lavagem de capitais em 2007 e 2008?

Na ausência de definição legal do que seria a tal *organização criminosa* referida no inciso VII do artigo 1º da Lei 9.613/98 à época,⁶ a

⁶ A lacuna só foi colmatada em 2013, com a Lei 12.850, de 2 de agosto. Deu-se, portanto, posteriormente à reforma da Lei 9.613/98, pela Lei 12.683/12, que aboliu o rol dos delitos antecedentes, ampliando o objeto material da lavagem quanto à origem.

sentença reconheceu, acertadamente, a impossibilidade de considerá-la para fins de crime antecedente, em respeito ao disposto no artigo 1º do CP e 5º, XXXIX, da CF,⁷ conforme já assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁸

Inaplicável o inciso VII do art. 1º, só se poderia cogitar da prática de lavagem que tivesse por objeto os bens, valores ou direitos oriundos da prática de um ou mais dos crimes indicados nos incisos restantes, desde que, evidentemente, estivessem bem narrados na denúncia. É que se trata, aqui, de pressuposto *sine qua non* já da tipicidade objetiva do crime de lavagem de capitais, conforme a estrutura da figura típica (cf. *supra*); tal qual, por exemplo, a existência de um *cadáver* para o crime de destruição, subtração ou ocultação de cadáver (art. 211, CP), ou da *coisa que é produto de crime*, na receptação (art. 180, CP).

2.2.1. A lista taxativa vigente até 2012 e a exclusão dos crimes tributários como crimes antecedentes da lavagem

Até a reforma da Lei 9.613/98 pela Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012, o crime de lavagem de capitais somente poderia ter por objeto material os bens, valores ou direitos provenientes da prática de um rol de crimes legalmente estabelecido. Tratava-se, dizia-se, de uma legislação de segunda geração, que superara a geração anterior ao ampliar os crimes antecedentes para além do tráfico de entorpecentes, mas ainda não atingira a terceira geração, com a abolição da lista taxativa,⁹ o que só ocorreu em 2012.

Dentre os crimes antecedentes taxativamente selecionados pelo legislador, *não* estavam os crimes contra a ordem tributária, prioritariamente definidos, naquele momento histórico nos artigos 1º e 2º da Lei

⁷ Cf. ESTELLITA. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59 ss.

⁸ Nesse sentido, os seguintes precedentes, todos do STF: AP 470, HC 108715, RHC121835 AgR, RHC130738 AgR.

⁹ Cf. BOTTINI; BADARÓ. *Lavagem de dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97-99; MAIA. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 67-70. No Reino Unido, cf. ALLDRIDGE; MUMFORD. *Tax evasion and the Proceeds of Crime Act 2002*. *Legal Studies*, v. 25, n. 3, p. 353-373, 2005, p. 360-363. Sobre a incompatibilidade entre uma abertura total para quaisquer crimes antecedentes e o princípio da legalidade (determinação) e o da proibição de excesso, cf. ALTE-NHEIN. *Das Anschlußdelikt: Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 393.

8.137/90 e no artigo 95, especialmente alínea “d”, da Lei 8.212/91.¹⁰ A razão dessa opção pode ser resgatada historicamente da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98:

Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. *Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal.* Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal – lavagem de dinheiro – a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito (itálico nosso).¹¹

Essa escolha legislativa alinhava-se à de outros países com ordenamentos jurídicos familiares ao nosso.¹² Um argumento central em

¹⁰ A subscritora entende que também o crime de descaminho é um crime tributário, ou seja, um dos que protegem a arrecadação tributária, cf. ESTELLITA; BOTTINI. Extinção da punibilidade no RERCT: figuras penais contempladas e (algumas das) excluídas. In: ESTELLITA, Heloisa; PAULA JÚNIOR, Aldo de; SALUSSE, Eduardo (Orgs.). *Regime especial de regularização cambial e tributária (rerct): Aspectos práticos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 237–258, especialmente p. 247 ss. No mesmo sentido, BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., 2016, p. 115.

¹¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Exposição de Motivos n. 692/MJ, 1996. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view>

¹² Para o Brasil, cf. por todos, TUMBIÓLO TOSI. *Crimes tributários como antecedentes no delito de lavagem de dinheiro*. Universidade de São Paulo, 2016, p. 10–14, *passim*. Na Alemanha, o crime tributário como antecedente foi introduzido em 2002, cf. VOß. *Die Tatobjekte der Geldwäsche*. München: Carl Heymanns, 2007, já na introdução, p. 1; também TIEDEMANN. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5. ed., Vahlen, 2017, p. 388, 389. Na Suíça, cf. BOURQUIN. *Steuergeldwäscherei in Bezug auf direkte Steuern*. Zürich: Carl Grossmann, 2017, p. 2–12. No Peru, CARO JOHN. *Dogmática penal aplicada*. Lima: ARA, 2010, especialmente p. 197 ss. Na Espanha, MALLADA FER-NÁNDEZ. *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 2012, p. 169 ss., mas especialmente BLANCO CORDERO. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed. Navarra: Thomson Reuters–Aranzadi, 2015, p. 466 ss.

favor da não inclusão dos crimes tributários dentre os antecedentes da lavagem é o de que o objeto material do crime tributário não poderia, já por razões lógicas, ser objeto de lavagem de dinheiro: se se trata de valores oriundos de operações com conteúdo econômico lícito, tanto que sujeitas à tributação – que não pode ter por base ato ilícito (cf. art. 3º, CTN) –, não se poderá dizer que sua entrada no patrimônio seja oriunda da prática de crime, ainda que, posteriormente, não se venha a saldar a dívida tributária.

A discussão em torno dessa oposição lógica encontra-se em pleno andamento.¹³ Mas, mesmo para os que aceitam que a economia feita com o desvencilhar-se de uma despesa (tributária) possa ser considerada objeto da lavagem, ainda assim o tema não perde em complexidade.¹⁴ É que é praticamente impossível determinar, dentre todo o patrimônio da empresa, onde estarão os valores “sujos” e os “limpos”, já que especificamente o produto do crime tributário já se encontra no patrimônio do sujeito ativo e não é sequer por ele individualizado.¹⁵

A figura oposta deixa mais claro o ponto: em casos como o de furto, estelionato, corrupção passiva etc., há um *acréscimo* patrimonial que se integra ao patrimônio do agente. Esse acréscimo pode ser *rastreado* e, assim, mesmo que se trate de valores (depósitos bancários, por exemplo) e não de bens, é possível identificar sua alocação no patrimônio do agente. No crime tributário, na maioria das vezes, e especialmente em se tratando de empresas com diversas contas bancárias, essa tarefa será muitíssimo árdua, senão impossível.¹⁶

¹³ Contra tal possibilidade, entre nós TUMBIOLO TOSI, ob. cit., p. 40–44, admitindo que apenas nas hipóteses de responsabilidade tributária e restituições haveria efetivamente um produto gerado pelo crime fiscal. Também TURBIANI. O crime fiscal como delito antecedente ao crime de lavagem de capitais: novas perspectivas a partir das alterações. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 119, p. 359–386, 2016, especialmente p. 365 e ss. Um panorama da discussão na Espanha em DEMETRIO CRESPO. *Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero*. *Revista General de Derecho Penal*, v. 12, n. 87, p. 99–119, 2016, p. 111 ss.; e, claro, BLANCO CORDEIRO, ob. cit., p. 502 ss. Particularmente crítico, HERZOG. *Geldwäsche*. In: *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, nm. 85.

¹⁴ A favor dessa possibilidade, na Alemanha, VOß. *Die Tatobjekte der Geldwäsche*. München: Carl Heymanns, 2007, p. 119; entre nós, BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 117; na Espanha, BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 507–511.

¹⁵ TIEDEMANN, ob. cit., Rn. 946.

¹⁶ Não por outra razão, VOß sustenta a inaplicabilidade prática do § 261 StGB (VOß, ob. cit., p. 136) e Blanco Cordeiro o âmbito extremamente pequeno de aplicabilidade

Uma das saídas propostas para tal impasse foi considerar que a quantia *economizada* contaminaria todo o patrimônio da empresa e, assim, quaisquer atos de ocultação ou dissimulação posteriores à consumação do crime tributário constituiriam o crime de lavagem de capitais.¹⁷ A proposta parece incompatível com nosso direito positivo. Já o sentido literal mínimo da palavra *proveniente* o impede: os valores que não provêm do crime, ainda que tomem contato com valores com tal origem, não são, por impedimento lógico (lei do terceiro excluído), produtos do crime. Ademais, há o óbice incontornável de violação ao direito à propriedade previsto no art. 5º, *caput*, CF, cuja destituição só pode se dar nos termos do disposto em seu art. 243 ou da lei, sendo que o art. 91, II, b, do CP só autoriza a perda do *produto* do crime ou de bem ou valor que configure *proveito* auferido com sua prática.¹⁸

Essa interessante e importante discussão, porém, não cumpre ser aqui captada, pois há óbice logicamente antecedente que inviabiliza, por si só, a afirmação da tipicidade da conduta dos acusados: os crimes tributários (dentre eles os dos arts. 168-A e 337-A, CP) *não eram antecedentes da lavagem ao tempo dos fatos* narrados na denúncia.¹⁹

da lavagem de valores oriundos da fraude tributária (BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 518). Entre nós, Bottini e Badaró a constataam a mesma dificuldade, porém acabam não a enfrentando. O argumento de que houve *muita* ou *pouca* lavagem, e que disso dependeria a configuração só de um crime tributário ou deste e de um de lavagem, pressupõe, logicamente, uma contaminação total, contra a qual, porém, posicionam-se os próprios autores (BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., compare-se p. 118 com p. 113).

¹⁷ Cf. Esta discussão em VOß, ob. cit., p. 129-130, e BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 515-520. A favor da contaminação total, por exemplo, ALTENHEIN. § 261 Geldwäsche. In: *Nomos Kommentar StGB*, 2017, nm. 77-78.

¹⁸ Contra a contaminação total, manifestaram-se, dentre outros, TIEDEMANN, ob. cit., Rn. 945; VOß, ob. cit., p. 134; BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 113; BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 516. Essencial DELNON; HUBACHER. *Geldwäscherei und Teilkontamination*. ZStrR – Schweizerische zeitschrift für strafrecht, v. 3, p. 326-350, 2016. Cf. a crítica de Bülte no sentido de que o crime de lavagem vai se tornando um “crime de contato” (BÜLTE. *Zu den Gefahren der Geldwäschekämpfung für Unternehmen, die Rechtsstaatlichkeit und die Effektivität der Strafverfolgung*. NZWiSt, p. 1-20, 2017, p. 279).

¹⁹ Registre-se que, apesar de vivo o debate, é cada vez maior o número de países que passam a admitir, legislativamente, o crime tributário como antecedente da lavagem, especialmente em virtude da pressão internacional exercida pelo FATF/GAFI. A alteração em nossa legislação, em 2012, é igualmente produto desse cenário.

2.2.2. O crime do artigo 337-A, CP: crime tributário ou contra a Administração Pública?

A infeliz história da alocação aleatória da incriminação do não pagamento de contribuições sociais “previdenciárias” mediante fraude no bojo do artigo 337-A do CP, por força da Lei 9.983/2000, bem como a absoluta desnecessidade da incriminação autônoma, já foram contadas em outra sede.²⁰ Por ora, determinante é ter em conta que, segundo a opinião majoritária,²¹ as duas figuras típicas “polvilhadas” no CP por esse diploma legislativo protegem *um mesmo bem jurídico* cuja essência reside na *tutela da arrecadação tributária*, em geral, como para a parecerista,²² ou ligada especificamente à espécie tributária “contribuição social”,²³ como expressão da arrecadação para a seguridade social,²⁴

²⁰ Cf. ESTELLITA. Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP – aspectos gerais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 36, p. 309–350, 2001, p. 310, com ulteriores referências bibliográficas; referido pelo STJ, REsp 1.212.911, 2012, p. 9. Igualmente críticos, SÁNCHEZ RIOS. *Tutela penal da seguridade social*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 33–34; SARAIVA. *Omissão de recolhimento de contribuição previdenciária: objeto material e tipo*. In: PEITOXO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; CARLOS SOARES SANT’ANNA (Orgs.). *Direito Penal Tributário*. São Paulo: MP, 2005, p. 404; QUANDT. *A apropriação indébita previdenciária e a prisão por dívida*. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 461.

²¹ As divergências que registramos são meramente aparentes, porque confundem *finalidade da norma ou sua ratio* com *bem jurídico tutelado*, como o faz, por exemplo, Monteiro ao afirmar que a “objetividade jurídica” é a “regular escrituração contábil no que se refere aos dados exigidos pela Previdência Social” (MONTEIRO. *Crimes contra a Previdência Social*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55), todavia, adiante, afirma que este tipo penal tem a “natureza jurídica de crime de sonegação fiscal” (cf. p. 56). Críticas a essa confusão em ESTELLITA. *A tutela penal e as obrigações tributárias na CF*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32; e também em BADARÓ. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 53 e 223, dentre outros.

²² ESTELLITA, *Crimes previdenciários*, ob. cit., p. 309–350, 2001, p. 322. ESTELLITA, *A tutela penal e as obrigações tributárias na CF*, ob. cit., p. 190 ss. “Em função da melhor hermenêutica, os crimes descritos nos arts. 168-A e 337-A, apesar de constarem em títulos diferentes no Código Penal e serem, por isso, topograficamente díspares, refletem delitos que guardam estreita relação entre si, portanto cabível o instituto da continuidade delitiva (art. 71 do CP)”, decidiu o STJ no REsp 1.212.911, já em 2012; repetindo-o em 2013 no REsp 859.050.

²³ EISELE. *Apropriação indébita e ilícito penal tributário*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 35–36, que o coloca ao lado dos crimes definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90.

²⁴ CASAGRANDE. *Crimes contra a seguridade social*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 53.

patrimônio da previdência social,²⁵ patrimônio da Previdência,²⁶ contra a Previdência Social.²⁷

Esse entendimento se assenta em uma série de fundamentos dos quais cumpre destacar os decisivos.

O fundamento *histórico*: as condutas previstas nos artigos 168-A e 337-A nada mais são do que a criminalização em dois blocos de condutas daquelas anteriormente previstas nos diversos incisos do artigo 95 da Lei 8.212/91, que dispôs sobre a organização da Seguridade Social.

O *sistemático*: também as contribuições sociais devidas à Seguridade Social têm a natureza de tributos, tais quais os “tributos e contribuições sociais” tutelados pela Lei 8.137/90.²⁸ Esse fundamento esteve, inclusive, na base da aplicação por analogia *in bonam partem* da causa de extinção da punibilidade pelo pagamento prevista no artigo 3º da Lei 9.249/95, que se referia exclusivamente aos crimes tributários previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 e Lei 4.792/65.²⁹

O de *direito positivo*: pois, a partir de 2003, é o próprio legislador quem reconhece expressamente que aos “crimes tributários” – ou seja, aqueles que tutelam a arrecadação de tributos – deve ser dado tratamento uniforme quanto aos efeitos do pagamento e do parcelamento: a Lei 10.684/2003, que determinou um *tratamento único* para os efeitos do parcelamento e do pagamento quanto “aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”³⁰; tratamento que se repetiu nos dois diplomas legais

²⁵ GOMES. *Crimes previdenciários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 80; MACIEL FILHO. *Crimes previdenciários*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 111.

²⁶ SÁNCHEZ RIOS, ob. cit., p. 39.

²⁷ ANDRADE FILHO. *Direito penal tributário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60.

²⁸ Cf. ESTELLITA, *Crimes previdenciários*, ob. cit., p. 309–350, 2001, p. 310, em conformidade com decisão do STF no RE 146.733, Plenário, 1992.

²⁹ Cf. STF, *HC 73418*, de 1996. Outras referências em Cf. ESTELLITA, *Crimes previdenciários*, ob. cit., p. 310, p. 344–345.

³⁰ Lei 10.684/2003: “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.

que a sucederam: arts. 68 e 69 da Lei 11.941/2009;³¹ e as alterações promovidas pelo art. 6º da Lei 12.382/2011, ao disposto no artigo 83 da Lei 9.430/1996.³² Pouco antes, em 2010, também o legislador é quem passa a exigir igualmente para os crimes dos arts. 168-A e 337-A, CP, que a representação fiscal para fins penais só fosse encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.³³ A determinação legislativa passou a ser cumprida pelos tribunais, do que são representativos, ilustrativamente, estes precedentes do STJ: HC 123.969, de 2010; RHC 68.857, de 2016. Finalmente, a própria lei que instituiu o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) tratou o crime do art. 337-A, CP, como crime tributário (cf. art. 5º, § 1º, III, Lei 13.254/2016), ao lhe dar o mesmo tratamento dado aos crimes da Lei 8.137/90.

Os âmbitos nos quais ainda faltava a harmonia de tratamento foram colmatados também jurisprudencialmente. Dada unidade de regime que deve presidir o tratamento de todos os crimes tributários, passou-se a aplicar a *Súmula Vinculante/STF n. 24* aos crimes dos arts. 168-A e 337-A, CP, do que são ilustrativos os seguintes precedentes,³⁴ todos do STJ: AgRg no REsp 1.416.220, AgRg no Ag em RE 469.137, RHC 27.774, 2017; HC 253.655, 2016; RHC 40.411, 2014; AgRg no AgRg no HC 84.573, AgRg RHC 17.513, HC169.994, 2013; Rcl 5.064, RHC 24.876, HC 243.889, 2012; HC 114.051, 2011; HC 105.361, HC 137.761, 2010. E também os patamares de *insignificância* aplicados aos demais crimes tributários: AgRg no REsp 1.350.606, 2016; AgRg no REsp 1.024.828, 2012; AgRg no REsp 1.171.559, AgRg no REsp 1.166.145, REsp 1.168.078, 2011.³⁵

³¹ Lei 11.941/2009: “Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1o a 3o desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei”.

³² Importa o tratamento conjunto dado já pelo *caput* desse artigo, acima transcrito.

³³ Redação dada ao *caput* do art. 83 da Lei 9.430/1996 pela Lei n. 12.350, de 2010.

³⁴ Limitamos a pesquisa jurisprudencial aos precedentes a partir de 2010 para não cansar o leitor.

³⁵ Os pareceristas têm reservas a alguns pontos desse entendimento, mas, como elas não dizem respeito ao fato de que todas essas figuras típicas protegem o mesmo bem jurídico, não cumpre discorrer sobre o tema nesta oportunidade.

Seria fraqueza de espírito continuar argumentando depois que intérpretes, legislador e magistrados convergem quanto a que os crimes dos arts. 168-A e 337-A são crimes tributários, que protegem a arrecadação tributária (ainda que se a deseje segmentar em função da arrecadação deste ou daquele tributo³⁶).

Cumprir examinar, porém, se esses crimes tributários são crimes “contra a Administração Pública” para os fins do disposto no art. 1º, V, da Lei 9.613/90, pois a sentença precisou considerar o art. 337-A como um crime dessa natureza para que pudesse afirmar – ainda que hipoteticamente (*v. infra*) – a existência de valores oriundos da prática de um dos crimes antecedentes, à época taxativamente descritos nos incisos do art. 1º da Lei 9.613/98.

2.2.3. O inciso V do artigo 1º da Lei 9.613/98 abarcava o crime do artigo 337-A do CP?

O inciso V do artigo 1º da Lei 9.613/98 listava como passíveis de formação do objeto material do crime de lavagem de capitais os crimes “contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos”. Esse rol de crimes, evidentemente, não abarcava os crimes tributários existentes na época (arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e art. 95 da Lei 8.212/91), e sequer poderia abarcar os arts. 168-A e 337-A, CP, simplesmente porque *inexistentes* em 1998.

Em 1998, quando da promulgação da Lei 9.613/98, decidiu o legislador excluir do rol de antecedentes *todos* os crimes tributários, os quais, na época, lembremos, estavam definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e art. 95 da Lei 8.212/91. Foi somente em 2000 que o polvilhar legislativo sapecou algumas figuras do art. 95 da Lei 8.121/91 no art. 168-A e outras no 337-A do CP.

Cumprir reconhecer, porém, que uma leitura mais apressada do artigo inciso V poderia sugerir uma referência a todos aqueles crimes definidos no Título XI do Código Penal, intitulado “Dos crimes contra a Administração Pública”, do que decorreria que, tendo sido alocado topograficamente o artigo 337-A nesse título, mesmo que *posteriormente*

³⁶ A questão tem relevância para a análise da cominação legal da pena (cf. ESTELLITA, *Crimes previdenciários*, ob. cit., p. 336-346), mas não para a determinação da natureza dos crimes.

à entrada em vigor da Lei 9.623/98, teria ele passado a ser crime antecedente da lavagem. Essa foi a leitura da sentença, como visto. Uma série de fundamentos evidencia a improcedência desse entendimento, porém.

A uma porque o inciso V não se referiu a um Título ou Capítulo do Código Penal, sequer usou a rubrica de figuras penais específicas (como fez no inciso I, por exemplo),³⁷ nem mesmo indicou os dispositivos do CP, como fez relativamente ao crime “praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal)”, no inciso VIII. Portanto, não se pode deduzir do texto do inciso V, por si só, que todos os crimes dos artigos 312 a 359-A estariam por ele abarcados.

A duas porque o fato de determinar que seriam antecedentes os crimes contra a Administração Pública “inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos”, estava a indicar o conteúdo de injusto que tinha em mente o legislador: *aqueles praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública*. A advertência na segunda parte do inciso serve justamente para indicar quais tipos de “crimes contra a Administração Pública” poderiam ser considerados antecedentes da lavagem: aqueles que envolvam o recebimento de um benefício para a prática de “atos administrativos”, algo que, sabem todos, apenas funcionários públicos podem praticar ou omitir. Não por outra razão, mas justamente por essa, é que se considerou como antecedente da lavagem a prática do crime do art. 3º da Lei 8.137/90 sob o manto justamente do inc.V do art. 1º da Lei 9.613/90.³⁸ O crime do art. 3º da Lei 8.137/90 define justamente crimes *funcionais* contra a ordem tributária.³⁹

³⁷ Igualmente críticos, MAIA, ob. cit., p. 76-79, e PITOMBO. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 114-115.

³⁸ STJ, *REsp* 1.170.545, 2014.

³⁹ Lei 8.137/90: “Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I): I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. III - patrocinar, direta ou in-

Finalmente, o emprego do argumento topográfico para afirmar que crimes como o do art. 337-A do CP são crimes contra a Administração Pública implica, por exigência *lógica*, afirmar que todos os crimes tributários têm tal natureza, o que importa negar a exclusão manifesta desses crimes dentre os antecedentes já em 1998, o que contraria a interpretação gramatical, história e sistemática da redação original do artigo 1º da Lei 9.613/98, acima apresentada, e que, de rebarba, demonstraria a *contradição* insuperável na própria tese sustentada pela sentença no sentido de que os crimes de “sonegação fiscal” não estariam incluídos dentre os antecedentes.

2.2.4. Conclusão parcial

O crime descrito no artigo 337-A do Código Penal não é um crime contra a Administração Pública no sentido empregado ao termo pelo art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/98, em sua redação original, aplicável na época dos fatos, e, assim, o eventual proveito econômico de sua prática não poderia ser objeto das condutas típicas previstas no art. 1º do mesmo diploma legal.

3. Acerca do objeto da conduta

3.1. Introdução

Apesar de o crime descrito no artigo 337-A, CP, não estar entre os crimes antecedentes da lavagem de capitais na época dos fatos julgados pela sentença, há ulteriores óbices também no âmbito do tipo objetivo que indicam a impossibilidade de subsunção desses fatos à figura típica do artigo 1º da Lei 9.613/98.

O tipo penal pressupõe um objeto material para as condutas incriminadas em seu *caput* e parágrafos. Essas condutas devem incidir sobre bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática do crime antecedente. Na tese da sentença, as ocultações e dissimulações teriam tido por objeto valores provenientes da “supressão ou redução de contribuição social previdenciária e qualquer acessório”. A sentença não estabelece, todavia, por qual forma típica teria sido praticado esse crime: se mediante a conduta de “omitir de folha de pagamento

diretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. Note-se a expressa menção ao Título XI, Capítulo I, do CP, ou seja, aos crimes praticados *por funcionários públicos* contra a Administração em geral.

da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços”; de “deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços”, ou, enfim, de “omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias” (art. 337-A, *caput* e seus incisos).⁴⁰

Os valores suprimidos ou reduzidos mediante a prática dessas condutas teriam sido, segundo a sentença, exatamente aqueles que foram objeto de “ocultação e dissimulação”, pois “retornavam através de transferências oriundas de paraíso fiscal à conta da [EMPRESA B], que por sua vez, repassava à [HOLDING A], e esta última pulverizava os valores entre todas as empresas do [Grupo C], inclusive sendo destinadas a repasse em espécie [ao sócio administrador T]”.

O que a sentença *não explica*, porém, é como que os valores economizados com o não pagamento fraudulento das contribuições sonegadas (art. 337-A, CP) pela EMPRESA C foram parar nas contas bancárias do tal fundo estrangeiro com sede em um paraíso fiscal.

Ora, se os atos de ocultação e dissimulação têm de ter por objeto *justamente* os valores providentes da prática do crime antecedente no âmbito da EMPRESA C, era condição *sine qua non* para a tipicidade objetiva que a sentença narrasse e apontasse as provas de que os valores criminosamente sonegados eram justamente aqueles remetidos pelo FUNDO F ao Brasil, de forma supostamente dissimulada (pela sistemática do “empréstimo direto” de um fundo em nome de outra pessoa jurídica). O que a sentença omite é explicar, demonstrando, como é que os valores de sonegação de contribuição previdenciária teriam ido parar nas contas bancárias *offshore* do FUNDO F. Falta, assim, um dos elos indispensáveis dessa sequência de operações financeiras, justamente aquele que ligaria o proveito do delito antecedente e os valores provenientes do exterior, distribuídos entre as empresas do dito “Grupo C”.

⁴⁰ É certo que em certo ponto da sentença é mencionado o “crime previsto no art. 337A, I, do Código Penal” (com indicação de inciso; o I). Porém, ao transcrever sua tipificação, a sentença apresenta a integralidade do art. 337-A, com seus três incisos, deixando novamente em aberto qual deles tipifica o suposto crime antecedente vislumbrado pela sentença.

Para que tal narrativa fizesse algum sentido à luz da almejada subsunção ao tipo penal do art. 1º, V, Lei 9.613/98, seria necessário construir e provar a seguinte sequência lógica e cronológica: supressão fraudulenta de valores devidos a título de contribuições sociais previdenciárias pela EMPRESA C (art. 337-A, CP) > *remessa desses valores para o FUNDO F* > transferência desses valores à conta da EMPRESA B > repasse da EMPRESA B à HOLDING A > pulverização desses valores entre empresas do Grupo C e a pessoas físicas.

Nesse ponto, aparece com clareza a discrepância entre narrativa da denúncia e da sentença. Enquanto a acusação fundava a lavagem na prática de crimes antecedentes indeterminados de “sonegação fiscal”, por terem sido supostamente praticados por organização criminosa, a sentença apoia a tipicidade dos atos de lavagem na tese de que eles teriam por objeto o proveito de um determinado crime de sonegação previdenciária, presumidamente registrado em um informe de procedimento fiscal colacionado aos autos.

Segundo a sentença, seria possível extrair desse informe não apenas notícia, mas prova da prática de sonegação de contribuição previdenciária, crime previsto no artigo 337-A do CP, pelos gestores da EMPRESA C.

Resta, pois, examinar se a sentença descreve o delito antecedente de forma suficiente para lhe vincular os atos de lavagem, se a sentença indica o suposto vínculo entre esses atos e aquele crime, bem como se há, nos autos, elementos de informação dos quais a sentença pudesse extrair tais dados.

3.2. Da origem do objeto da lavagem: a natureza, o tempo e o produto do crime antecedente

3.2.1. Qualidades típicas do objeto material da lavagem de capitais

Sendo o objeto material da lavagem de capitais, segundo a redação original do artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, vigente ao tempo dos fatos, bens, direitos ou valores *provenientes, direta ou indiretamente, de algum dos crimes* previstos à época no rol dos antecedentes, o juízo de subsunção das “transações atípicas” a algum dos tipos de lavagem de capitais requer que se aprecie e aponte nos valores movimentados qualidades muito peculiares. Para concluir que determinados ativos foram objeto de lavagem é preciso antes afirmar que esses ativos são produto de um ou mais crimes, determinados pelo menos quanto ao seu tipo, ao seu tempo e quanto ao resultado ou vantagem dele decorrente.

a) Ser proveniente de delito determinado quanto ao tipo;

Primeiramente – e eis aqui uma peculiaridade da lei vigente ao tempo do fato art. 1º da Lei 9.613/98 (*vide* B 2 “a”, *supra*) – é preciso ter clareza sobre o tipo do crime, porque o objeto material da lavagem não poderia ser proveniente de qualquer infração penal, mas apenas de uma daquelas referidas nos incisos do *caput* do art. 1º (por exemplo, contrabando, tráfico) ou delimitados pela classe, segundo o bem jurídico ofendido (Ex. contra a administração pública ou contra o sistema financeiro nacional, nos incs.V e VI).

b) Ser proveniente de delito anteriormente praticado;

A verificação do momento do crime é igualmente indispensável, pois o objeto dos atos de lavagem é justamente o valor dele proveniente. E sendo assim, só pode sê-lo o produto de um crime praticando *antes* dos atos de ocultação ou dissimulação, tal qual só se pode falar em ocultação de um cadáver uma vez que uma pessoa já tenha morrido. Por isso é tão comum se referir ao delito produtor pela expressão crime *antecedente*.

Não bastasse, segundo entendimento majoritário da doutrina,⁴¹ a aplicação da STF/SV 24 aos crimes tributários – dentre eles ao do art. 337-A, como visto – implicaria em um limite temporal à própria existência do ganho patrimonial advindo da economia feita com o não pagamento criminoso de tributos (sobre esta discussão, *vide infra*). Esse limite temporal seria o encerramento da discussão administrativa: somente a partir deste momento, aquela parcela de patrimônio passaria a ser “produto de crime” e, portanto, apenas atos de ocultação ou dissimulação temporalmente posteriores exercidos sobre esse objeto é que poderiam configurar a prática do crime do art. 1º da Lei 9.613/98.⁴²

O óbice apresentado por esta tese não é superável pelo disposto no artigo 2º, I, da Lei 9.613/98, pois de *prova* do crime antecedente não se trata, mas, sim, de “inexistência do crime, pois indispensável à configuração do delito de sonegação tributária é a prévia constituição definitiva do tributo”, do que decorre que “sem crime antecedente, resta configurado o constrangimento ilegal” (STJ, RHC 73599, 2016).

⁴¹ Com o qual os subscritores não necessariamente concordam, nem tanto pelos efeitos quanto ao crime de lavagem, os quais parecem coerentes com a premissa da SV 24, mas pelo próprio conteúdo da Súmula. Esta discussão é irrelevante para a questão analisada neste parecer, porém.

⁴² Cf. TUMBIOLO TOSI, *ob. cit.*, p. 84; TURBIANI, *ob. cit.*, p. 375; BOTTINI; BADARÓ, *ob. cit.*, p. 118.

c) Ser proveniente de crime determinado quanto ao resultado.

Finalmente, como o objeto material da lavagem são os bens ou valores provenientes direta ou indiretamente da infração antecedente, esta haverá de ter produzido “resultado ou frutos”.⁴³ E, sendo assim, a clareza quanto ao produto do crime anterior é condição lógica de vinculação a ele dos ativos que vêm a ser objeto dos atos característicos de lavagem. Só é possível saber se determinados bens, direitos ou valores são provenientes direta ou indiretamente de um crime, em se conhecendo com clareza qual foi o resultado desse crime, especificamente quais ganhos economicamente apreciáveis dele decorreram, para os seus agentes ou para terceiros. É o que se chama de *nexo causal econômico* ou *cadeia causal* entre o crime antecedente e o objeto sobre o qual recai o ato de lavagem (ocultação, dissimulação etc.).⁴⁴

3.2.2. Incertezas quanto ao delito apontado como antecedente na sentença

A incerteza sobre o tipo de crime que supostamente teria sido constatado no procedimento fiscal referido em certa folha dos autos, se sonegação ou apropriação indébita tributária, não permite vislumbrar nele *sequer a notícia* de uma fonte de ativos que pudessem ser objeto da lavagem de capitais, segundo a sua antiga configuração típica aplicável ao caso. O frágil argumento topográfico manejado para afirmar que o crime do artigo 337-A seria um crime contra a administração pública – tese que já demonstramos equivocada e superada pela jurisprudência nacional – *definitivamente* não se aplica ao crime do artigo 168-A do CP, seja porque, para usar a lógica da sentença, está entre os crimes contra o patrimônio, seja porque, como nos parece correto, trata-se de crime

⁴³ Cf. BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 111-115 ss.; BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 515-518.

⁴⁴ Cf. BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 109 ss.; BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 345 ss.; VOB, ob. cit., p. 119-130; STREE; HECKER. § 261 Geldwäsche Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: SCHÖNCKE; SCHRODER (Orgs.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 29. ed. [s.l.]: Beck-Online, 2014, nr. 10; ALTENHEIN, § 261, ob. cit., nr. 53; NEUHEUSER. § 261 Geldwäsche Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: *Münchener Kommentar zum StGB*. 2. ed. [s.l.: s.n.], 2012, nr. 45; HERZOG. § 261 StGB – Geldwäsche Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: HERZOG, Nestler (Org.). *Geldwäschegesetz*. [s.l.]: Beck-Online, 2014, nr. 50; BARTON. Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her? *NStZ*, v. 4, n. 1, p. 159-165, 1993, *passim*.

tributário. Ambas as classes não contempladas no antigo rol do artigo 1º da Lei 9.613/98.

Por fim, a “prova” do crime antecedente apontado pela sentença não indica a sua anterioridade aos atos suspeitos de lavagem, pois não informa quando as irregularidades teriam sido praticadas, nem quando teria ocorrido o lançamento definitivo das contribuições por meio delas supostamente suprimidas, reduzidas ou indevidamente retidas. O informe apenas menciona o ano, no campo “período”. Não há indicação de meses, nem clareza se este teria sido mesmo o ano das irregularidades apuradas na fiscalização ali registrada.

Como dito, segundo orientação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal e jurisprudência amplamente dominante, baseada na Súmula Vinculante n. 24, o momento consumativo dos crimes que têm por resultado a supressão ou redução de tributo é a constituição definitiva do crédito tributário.⁴⁵ E sendo assim, o documento invocado para a condenação tampouco atesta a consumação de crimes antecedentes. Sem informações sobre o tempo da conduta típica nem sobre o momento consumativo de um crime não é possível ver nele a origem que qualifica o objeto material da lavagem de capitais. Concretamente, não há como saber se a supressão ou redução de contribuição previdenciária, que a sentença supõe ter sido praticada no seio da EMPRESA C, foi *anterior* ou *posterior* à presumida remessa ao FUNDO F dos valores que, segundo a sentença, teriam retornado a título de empréstimo, desse fundo para a EMPRESA B.

3.3. Da vinculação entre o objeto da lavagem e o crime apontado como antecedente

3.3.1. A proveniência criminosa como elemento do tipo

A verificação das qualidades típicas do objeto material da lavagem, segundo a forma original do tipo, não se encerra com a constatação da prática de um delito incluído no revogado rol do artigo 1º da Lei 9.613/98, anteriormente aos atos de ocultação ou dissimulação, do qual tenha resultado um proveito econômico. É preciso naturalmente verifi-

⁴⁵ Neste sentido, pacífica a jurisprudência do STF, conforme ilustram os seguintes precedentes: ARE 103.1806 AgR; HC 126.072 AgR; RHC 122.339 AgR, RHC 122.775, HC122.755 sendo paradigmas o HC 90.957, após a edição da Súmula Vinculante n. 24, e antes mesmo dela o HC 85.051. Especificamente sobre o momento consumativo da sonegação de contribuição previdenciária, cf. RHC 132.706 AgR e ARE 897.714 AgR.

car que justamente os bens, direitos ou valores objeto de uma conduta típica de lavagem “são provenientes, direta ou indiretamente, de crime”.

Bens diretamente provenientes (*producta sceleris*) da infração correspondem ao seu produto propriamente dito (produto direto). São aqueles cuja disposição resulta imediatamente da conduta típica, como o que é dado em pagamento pela venda de droga ou o que é desviado no peculato. Já os indiretamente provenientes (*fructa sceleris*) do crime, referidos no art. 91, II, “b”, do CP como seus *proveitos*, são os resultantes da *transformação* ou *substituição* do produto direto, que guardam por isso uma ligação mediata, intermediada, com prática delitiva. Assim o imóvel adquirido com dinheiro de corrupção ou os rendimentos e lucros de aplicação do valor original.⁴⁶

Em qualquer caso, como se vê, há uma necessária relação lógica entre o crime antecedente e o objeto da lavagem, segundo a qual aquele é *causa* e este o *efeito*: uma verdadeira *relação de causalidade*. Segundo a concepção dominante de causa, consagrada no artigo 13, *caput*, do CP, causa é toda condição necessária do resultado, na falta da qual este não teria ocorrido. A verificação da relação de causalidade segundo esta concepção, conhecida como teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non*, baseia-se num método disposto no próprio conceito de causa: o método da eliminação hipotética. Conforme esse método, haverá relação de causalidade entre dois fenômenos sucessivos quando a hipotética inexistência do primeiro importar no desaparecimento do segundo.⁴⁷ E sendo assim, pelo conceito legal de causa, determinados ativos só podem ser objeto de lavagem de capitais se a inexistência hipotética do delito antecedente prejudicar a própria existência desses ativos.⁴⁸

Segundo uma concepção bem mais recente de causalidade, que procura superar o caráter meramente formal e por vezes equívoco do método da eliminação hipotética, causa seria precisamente uma compo-

⁴⁶ PITOMBO, ob. cit., p. 106-107; BOTTINI; BADARÓ, p. 109 ss.

⁴⁷ ROCHA. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, p. 80-88.

⁴⁸ Como conclui PITOMBO, os bens procedem de um crime antecedente se, suprimindo-o mentalmente, desaparecerem também os referidos bens em sua concreta configuração ou em sua titularidade econômica (ob. cit., p. 111). No mesmo sentido BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 109 ss.; BARROS. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, São Paulo: RT, 2004, p. 101; e MAIA. *Lavagem de dinheiro*, São Paulo: Malheiros, p. 62-63. Outras referências na nota 52, acima.

nente necessária de uma condição verdadeira e suficiente do resultado, segundo leis empíricas gerais.⁴⁹ Esse conceito explicita a necessidade de se apurar todos os elos que separam um efeito de sua causa, bem como as leis empíricas que os relacionam, para reconhecê-la como tal. Deixa patente, portanto, que só se pode afirmar a causalidade entre uma conduta e um evento posterior quando se conhecem efetivamente as concretas razões que explicam a ocorrência do resultado. Do que decorre que, para se afirmar que determinados ativos são objeto de lavagem de dinheiro, é necessário conhecer razoavelmente a cadeia de atos, transações, transformações e substituições que o ligam ao crime antecedente, ou, em outras palavras, que explicam a sua existência, disposição ou titularidade como resultado da prática desse crime.

3.3.2. A proveniência como requisito de subsunção e matéria de prova

No caso em análise, a denúncia *não* se ocupou de apontar o elo entre os valores recebidos do exterior pela EMPRESA B, objeto de movimentações suspeitas, e os crimes de “sonegação fiscal” que atribuiu genericamente à dita organização criminoso formada pelos corrêus, tampouco o faz a sentença em relação à sonegação de contribuição previdenciária que aponta como delito antecedente. Falta a ambas, portanto, uma tese completa, a narração de fatos que se ajustem, que se subsumam, a todos os elementos típicos da lavagem de capitais.

A sentença chega a dizer, sintetizando a “sistemática” da lavagem de dinheiro, que os valores produto da prática de sonegação previdenciária “*retornavam* através de transferências oriundas de paraíso fiscal à conta da [EMPRESA B], que por sua vez repassava à [HOLDING A], e esta pulverizava os valores entre todas as empresas do Grupo [C]”. Mas se os valores foram sonegados no Brasil, a pergunta lógica subsequente é: como e quando foram parar na conta do FUNDO F (para que pudessem, então, ser transferidos para B, assim “retornando” ao Brasil)?

A indagação fica sem resposta tanto na narrativa da denúncia, como na da sentença e, como não poderia deixar de ser, também nela não se encontra referência a elementos fáticos que levaram o juízo a se convencer de que os valores remetidos à EMPRESA B pelo FUNDO F seriam

⁴⁹ Para uma exposição completa dessa teoria, conhecida por “teoria da condição INUS”, ROCHA. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 127 *et seq.*

provenientes de supressão ou redução de contribuições previdenciárias supostamente praticadas pelos gestores da EMPRESA C.

Nosso exame dos autos redundou na ausência de informações sobre esse fundo, sobre o empréstimo ou outras eventuais razões do recebimento desses valores e sobre as relações obrigacionais, comerciais ou financeiras que deram base à transferência de parte dos valores captados no exterior pela EMPRESA B para a HOLDING A, e dela para outras empresas ligadas ao sócio T. Tampouco se apurou a remessa ou manutenção no exterior de ativos provenientes de crime pelos acusados ou empresas investigadas.

3.3.3. Ausência de correspondência entre o suposto produto do crime antecedente e os valores indicados como objeto de lavagem

A tese da procedência criminosa dos bens remetidos pelo FUNDO F é infirmada pelos próprios dados amealhados na sentença, pois há relevante discrepância entre os valores supostamente advindos do delito antecedente e aqueles que formaram o objeto das transações suspeitas de lavagem de capitais. Enquanto no registro de procedimento fiscal no qual a sentença vê notícia de delito antecedente, informa-se o lançamento de um crédito tributário total de cerca um milhão de reais, em face da EMPRESA C, os valores remetidos ao Brasil pelo FUNDO F parceladamente, ao longo de um ano, somam, também segundo a sentença, quase 100 milhões de dólares.

Como se vê, o crédito tributário total correspondente ao suposto crime antecedente – não se trata apenas das contribuições suprimidas ou reduzidas; que seriam o proveito econômico propriamente dito – corresponde a menos de um por cento do valor que, segundo a sentença, seria o objeto da lavagem, de acordo com nossos cálculos.

A desproporção entre os valores numa ponta e noutra infirma, por si, a tese na qual se assenta a condenação.

Considerando que o dinheiro proveniente de crime não contamina todo o patrimônio no qual se imiscui (cf. *supra* B, II, 1, *supra*), não se pode considerar o montante total dos valores recebidos do FUNDO F como objeto de lavagem.⁵⁰ Seria preciso identificar a parcela do dinheiro sujo, indicando inclusive por qual das 11 remessas deste fundo para a EMPRESA B, ocorridas no intervalo de um ano, teriam retornado

⁵⁰ Cf. BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 114.

os valores supostamente economizados pela EMPRESA C por meio de supressão ou redução de contribuição previdenciária.⁵¹

A indicação da parcela “suja” num conjunto de transações tão volumosas é indispensável, pois só a partir dela seria possível delimitar, dentre todas as transferências de recursos da EMPRESA B para as outras empresas do GRUPO C, dentre todas as movimentações bancárias e saques suspeitos de corrêus mencionados na denúncia, quais teriam ou não por objeto dinheiro proveniente do delito antecedente. Sem a individualização da pequena parcela supostamente “suja” dos recursos recebidos do FUNDO F não se sabe quais teriam sido os atos de lavagem dos ativos supostamente provenientes de sonegação de contribuição indébita previdenciária. A conclusão necessária seria, portanto, negar a comprovação desta elementar típica, na forma determinada pelo inciso II do art. 386, CPP.

4. Resposta aos quesitos

Em sede de conclusões, passamos à resposta dos quesitos, sintetizando nelas o que já demonstrado no corpo do parecer:

1. O inciso V do artigo 1º da Lei 9.613/98 abarcava o crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no artigo 337-A do CP?

Não. O crime descrito no artigo 337-A do Código Penal não é um crime contra a Administração Pública no sentido empregado ao termo pelo art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/98, em sua redação original e aplicável na época dos fatos, e, assim, o eventual proveito econômico de sua prática não poderia ser objeto das condutas típicas previstas no art. 1º do mesmo diploma legal.

2. A partir dos pressupostos fáticos reconhecidos pela sentença, ou dos elementos de informação aos quais ela se reporta, é possível afirmar que os valores remetidos pelo Fundo F para a Empresa B são provenientes de um crime antecedente de lavagem de capitais?

Cumprir responder negativamente também a esse quesito. A sentença e os elementos de informação aos quais se reporta não determinam a proveniência dos valores remetidos pelo FUNDO F para a EMPRESA B, deixando de indicar o vínculo entre essas remessas e a suposta prática

⁵¹ Conforme o laudo pericial, foram 3 remessas em 2007, totalizando US\$ 33.900.000,00, e 8 em 2008, totalizando US\$ 51.823.311,78.

do crime do art. 337-A, CP no âmbito da EMPRESA C. Para além de não ser esse um crime antecedente à lavagem de capitais, conforme resposta ao quesito anterior, a sentença e seus elementos de prova não contêm uma descrição da conduta que o concretizaria e nem indicam o momento consumativo de tal delito tributário, o que impede afirmar a sua anterioridade aos atos suspeitos de lavagem. Finalmente, a despeito da severa desproporção entre os valores supostamente “sonogados” no Brasil pela EMPRESA C e aqueles remetidos ao país pelo FUNDO E, não se identifica qual parcela dos valores recebidos do FUNDO F pela EMPRESA B estariam maculados, o que inviabiliza a necessária determinação de quais das transações posteriores a esses recebimentos (ou seja, os atos de “ocultação” ou “dissimulação”) teriam tido por objeto valores supostamente provenientes de crime.

É nosso parecer, salvo melhor juízo e nos limites das informações e documentos que nos foram fornecidos pelo consulente.

Referências

ALLDRIDGE, Peter; MUMFORD, Ann. *Tax evasion and the proceeds of crime act 2002*. Legal Studies, v. 25, N. 3, P. 353-373, 2005.

ALTENHEIN, Karsten. § 261 Geldwäsche. In: *Nomos Kommentar StGB*, 2017.

ALTENHEIN, Karsten. *Das Anschlußdelikt: Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BADARÓ, Gustavo. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2021. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Marcos Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: RT, 2004.

BARTON, Stephan. Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her? *NStZ*, v. 4, n. 1, p. 159-165, 1993.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Extinção da punibilidade no RERCT: figuras penais contempladas e (algumas das) excluídas. In: ESTELLITA, Heloisa; PAULA JÚNIOR, Aldo de; SALUSSE, Eduardo (orgs.). *Regime especial de regularização cambial e tributária (RERCT): aspectos práticos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 237–258.

BOURQUIN, Gabriel. *Steuergeldwäscherei in Bezug auf direkte Steuern*. Zürich: Carl Grossmann, 2017.

BÜLTE, Jens. *Zu den Gefahren der Geldwäschebekämpfung für Unternehmen, die Rechtsstaatlichkeit und die Effektivität der Strafverfolgung*. NZWiSt, p. 1–20, 2017.

CARO JOHN, José Antonio. *Dogmática penal aplicada*. Lima: ARA, 2010.

CASAGRANDE, Daniel Alberto. *Crimes contra a seguridade social*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DELNON, Vera; HUBACHER, Marc. *Geldwäscherei und Teilkontamination*. ZStrR - Schweizerische zeitschrift für strafrecht, v. 3, p. 326–350, 2016.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero*. Revista General de Derecho Penal, v. 12, n. 87, p. 99–119, 2016.

EISELE, Andreas. *Apropriação indébita e ilícito penal tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.

ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na CF*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ESTELLITA, Heloisa. Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP - aspectos gerais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 36, p. 309–350, 2001.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Crimes previdenciários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

HERZOG, Felix. *Geldwäsche*. In: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2015.

HERZOG, Nestler. § 261 StGB – Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: HERZOG, Nestler (Org.). *Geldwäschegesetz*. [s.l.]: Beck-Online, 2014.

MACIEL FILHO, Euro Bento. *Crimes previdenciários*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 2012.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes contra a previdência social*. São Paulo: Saraiva, 2000.

NEUHEUSER. § 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: *Münchener Kommentar zum StGB*. 2. ed. [s.l.: s.n.], 2012.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2014.

QUANDT, Gustavo. *A apropriação indébita previdenciária e a prisão por dívida*. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ROCHA, Ramon. *A relação de causalidade no direito penal*. 8.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROXIN, Claus. *Strafrecht - Allgemeiner Teil - Band I*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Tutela penal da seguridade social*. São Paulo: Dialética, 2001.

SARAIVA, Wellington Cabral. Omissão de recolhimento de contribuição previdenciária: objeto material e tipo. In: PEITOXO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; CARLOS SOARES SANT'ANNA (Orgs.). *Direito penal tributário*. São Paulo: MP, 2005.

SIMON, Eric. *Gesetzesauslegung im Strafrecht: Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

STREE; HECKER. §261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: SCHÖNCKE; SCHRODER (Orgs.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 29. ed. [s.l.]: Beck-Online, 2014.

TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017.

TUMBIOLO TOSI, Mariana. *Crimes tributários como antecedentes no delito de lavagem de dinheiro*. Universidade de São Paulo, 2016.

TURBIANI, Gustavo de Castro. O crime fiscal como delito antecedente ao crime de lavagem de capitais: novas perspectivas a partir das alterações. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 119, p. 359–386, 2016.

VOß, Marko. *Die Tatobjekte der Geldwäsche*. München: Carl Heymanns, 2007.

LEI PENAL NO TEMPO E CRIMES TRIBUTÁRIOS MATERIAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE PARCELAMENTO E PRESCRIÇÃO

CRIMINAL LAW AND IT'S RETROSPECTIVE APPLICATION ON TAX CRIMES: AN ANALYSIS CONCEARNING INSTALLMENT AND STATUTE OF LIMITATIONS

Felipe Machado Prates*

Data de recebimento: 18/04/2021

Data de aceite: 16/05/2021

Última versão do autor em: 31/05/2021

Resumo: O artigo analisa criticamente posicionamentos adotados ao longo da última década no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre a questão da lei penal no tempo, especificamente, casos envolvendo a prescrição e o parcelamento em processos de crimes tributários materiais. As reflexões e as críticas levantadas partem da ideia da existência de uma obrigatória vinculação entre o princípio da legalidade, o tempo do crime e a teoria da atividade, propondo-se, também com base nesses fundamentos, uma restrição das interpretações cabíveis acerca do que dispõe a Súmula Vinculante nº 24.

Palavras-chave: crimes tributários materiais; teoria da atividade; Súmula Vinculante nº 24; tempo do crime; lei penal no tempo.

* Doutorando e mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

Abstract: This paper critically analyzes stands taken throughout the last decade on the Brazilian Supreme Court and Federal Court concerning criminal law in time, specially in cases related to statute of limitations and installment in material tax crimes law suits. The thoughts and criticism addressed came from the idea that there is a mandatory link between the rule of law and the time that the criminal actions occur, suggesting, also based on these elements, a restriction of the suitable interpretations of the Súmula Vinculante nº 24, an institute of decision binding in Brazilian law.

Keywords: tax crimes; tax fraud; principle of legality; installment; statute of limitations.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve contextualização sobre parcelamento e prescrição em crimes tributários materiais; 3. Parcelamento e prescrição: a definição da lei aplicável pelos tribunais; 4. A correlação entre princípio da legalidade, tempo do crime e teoria da atividade; 5. O papel da Súmula Vinculante nº 24 no debate; 6. Conclusão.

1. Introdução

O princípio da legalidade penal tem passado por problematizações que demonstram, cada vez mais, que os seus contornos envolvem pontos complexos e de poucas obviedades. Nessa linha, tem-se discutido temas como a retroatividade de alterações jurisprudenciais, a retroatividade de alterações sobre o complemento da norma penal em branco ou de elementos normativos jurídicos, os impactos do giro linguístico sobre os dogmas ligados ao princípio da legalidade¹ etc.

Analisar a questão da lei penal no tempo no âmbito de crimes tributários materiais significa trazer o *nullum crimen sine lege* para uma área já complicada. Além dos debates de cunho mais abstrato (tais como os que envolvem a independência das esferas tributária e penal ou a natureza unitária do injusto no ordenamento), a própria legislação dificulta

¹ Cf. MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2020; LEITE, Alaor. Proibição de Retroatividade e Alteração Jurisprudencial. In: *Actas do Colóquio O Direito Penal e o Tempo*. Renzikowski et al. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O Caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

a compreensão do tema, uma vez que as normas no entorno de crimes tributários são alteradas com grande frequência, por estarem difusas no ordenamento e porque seu conteúdo costuma ser pouco claro.

Todavia, tem-se identificado que, na prática judicial, com frequência, por trás do manto de peculiaridades e de complexidades atribuídos aos crimes tributários materiais, a definição da lei penal aplicável tem violado o princípio da legalidade penal de forma direta e clara, notadamente no que diz respeito à extinção da punibilidade desses crimes por prescrição e a suspensão da pretensão punitiva em razão do parcelamento de débito feito após o oferecimento da denúncia.

O critério do resultado, que vem sendo utilizado na seara dos crimes tributários materiais para definição da lei aplicável, contraria o princípio da irretroatividade da lei penal gravosa e, como será analisado adiante, a aplicação da lei vigente ao tempo do resultado não encontra apoio em interpretações possíveis da Súmula Vinculante n° 24.

2. Breve contextualização sobre parcelamento e prescrição em crimes tributários materiais

Os crimes tributários são classificados como materiais quando um dos requisitos para a sua consumação é a existência de um resultado consistente na supressão ou na redução de tributo devido. Esse resultado, que possui natureza jurídica (e não naturalista)², ocorre com o lançamento definitivo do tributo, isto é, quando a existência de um crédito pertencente ao Fisco torna-se consolidada na seara administrativa, na linha do que dispõem o art. 142 do Código Tributário Nacional e a Súmula Vinculante n° 24 do Supremo Tribunal Federal.

Como lecionam Hugo de Brito e Raquel Machado, o tributo é uma realidade institucional totalmente vinculada às regras que disciplinam a sua existência. Nessa linha, a análise feita por estes autores permite uma boa compreensão sobre em que consiste a supressão de tributo enquanto elemento típica:

Ainda que nos relógios dos torcedores já se tenham passado noventa minutos, é o apito final do juiz que encerra a partida, à luz das regras do jogo. O mesmo se dá com o tributo, sendo

² A classificação de crimes tributários como materiais, assim, não deve ser confundida com uma noção de crime material atrelada a exigência de um resultado naturalístico (Cf. LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado no Direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, 1976).

nesse contexto que se diz que, sem o lançamento, não se pode afirmar a existência de tributo devido e fraudulentamente não pago pelo contribuinte³.

A exigência de lançamento definitivo do débito para que se fale em consumação ocorre em todos os delitos que possuem o não recolhimento de tributo como elementar⁴. Assim, podem ser classificados como crimes tributários materiais, por exemplo, aqueles previstos no art. 1º da Lei 8.137/90, bem como os dos artigos 168-A, 334 e 337-A, do Código Penal.

A fim de privilegiar a arrecadação fiscal, o ordenamento brasileiro concebe o pagamento do tributo e das obrigações acessórias como causa de extinção da punibilidade de crimes tributários materiais. Essa opção político-criminal foi reafirmada com algumas nuances por diversas leis nas últimas décadas, *v.g.*, Lei 8.137/90 (art. 14), Lei 9.249/95 (art. 34), Lei 9.964/00 (art. 15, § 3º), Lei 10.684/03 (art. 9º, § 2º), Lei 11.941/09 (art. 69) e Lei 12.382/11 (que inseriu o atual art. 83, § 4º, da Lei nº 9.430/96)⁵.

Cabe chamar atenção para o fato de que, desde a Lei 10.684/03, a quitação integral do tributo e dos acessórios implica na imediata extinção da punibilidade ainda que tal pagamento seja feito no curso da ação penal ou após o seu trânsito em julgado.

Questões envolvendo parcelamento e prescrição no âmbito de crimes tributários também passaram por alterações. As leis 9.964/00 e 10.684/03 trouxeram previsão de suspensão da pretensão punitiva (e da contagem prescricional) durante o período de parcelamento, ao passo que a Lei 12.382/11 restringiu essa suspensão aos parcelamentos formalizados antes do recebimento da denúncia.

Especificamente sobre prescrição, a consolidação do entendimento de que o lançamento definitivo do tributo é condição para a consumação dos crimes tributários materiais implicou também no consenso de

³ MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Abertura de Inquérito Policial na Pendência de Processo Administrativo Tributário Estadual ou Municipal: Aplicação da Súmula Vinculante 24. In: BOSSA, Gisele; RUIVO, Marcelo (org.). *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 154-155.

⁴ Por meio de termos como “suprimir ou reduzir tributo” (art. 1º, Lei 8.137/90), “deixar de recolher” (art. 168-A, § 1º, I, CP), “iludir, no todo ou em parte, o pagamento” (art. 334, CP) etc.

⁵ No mesmo sentido, antes da entrada em vigor da Lei 8.137/90, vide: Lei 4.357/64, art. 11, § 1º; Lei 4.729/65, art. 3º; Dec.-lei 157/67, art. 18, §§ 1º a 3º.

que o termo inicial da contagem prescricional em tais casos equivale à data do lançamento definitivo, conforme o art. 111, I, do Código Penal⁶.

Embora não se trate de alteração restrita aos crimes tributários, cabe mencionar também a entrada em vigor da Lei n° 12.232/10, que, mudando o regramento geral de prescrição no Código Penal, extinguiu a chamada prescrição retroativa da pretensão punitiva entre a data da consumação do crime e a data do recebimento da denúncia, bem como ampliou o lapso prescricional previsto no art. 109, VI, do Código Penal.

3. Parcelamento e prescrição: a definição da lei aplicável pelos tribunais

Diversas decisões judiciais têm declarado o momento do resultado, nos crimes tributários materiais (a data de constituição definitiva do crédito), como o marco para a definição da lei aplicável ao crime. A relevância prática desse entendimento jurisprudencial tem se projetado, principalmente, sobre aspectos envolvendo a prescrição e o parcelamento, que, como demonstrado no tópico anterior, passaram por uma série de alterações legislativas relativamente recentes.

Em matéria de prescrição penal, ao invés de se considerar como lei aplicável a lei vigente no momento da conduta, muitos julgados têm aplicado a lei vigente ao tempo da consumação. O efeito prático dessa compreensão tem sido a aplicação retroativa da gravosa Lei n° 12.232/10, impedindo-se, assim, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pela pena *in concreto* entre a data da consumação e a data do recebimento da denúncia.

A consideração do tempo do crime como sendo a data do lançamento definitivo do crédito tributário foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgados recentes para negar o reconhecimento de prescrição penal, como ilustra o trecho de ementa seguinte:

Uma vez constituído administrativamente o crédito na vigência da Lei n.º 12.234/2010, aplicam-se as suas disposições quanto ao cálculo prescricional do crime tributário, sendo incabível o reconhecimento da prescrição retroativa tendo por termo inicial data anterior à da denúncia. (AgRg no AREsp 1362368/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, DJe. 25/04/2019)⁷

⁶ Cf. RE 230020, Rel.: Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 06/04/2004; HC 94096, Rel.: Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 03/02/2009.

⁷ No mesmo sentido: EDcl no AgInt no REsp 1.569.916/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018; EDcl no AgRg no AREsp 1277044/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 17/10/2018.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também possui precedentes nesse sentido:

A consumação do delito pela constituição definitiva do crédito sonegado ocorreu posteriormente à reforma promovida pela Lei n. 12.234/2010, que revogou o § 2º e deu nova redação ao § 1º do art. 110 do Código Penal. [...]. 5. Prescrição retroativa não configurada. (TRF1, CT 0043478-12.2018.4.01.3800, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, 3ª Turma, e-D-JF1 26/04/2019)⁸

Em relação ao parcelamento do crédito tributário, como visto, a Lei nº 12.382/11, inserindo o atual art. 83, § 2º, da Lei nº 9.430/96, passou a restringir a suspensão da pretensão punitiva aos casos de parcelamento de crédito pelo contribuinte somente quando formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. A questão da lei aplicável sobre esse assunto foi enfrentada no Supremo Tribunal Federal da seguinte maneira:

Em relação ao mérito, consoante se observa dos autos, realmente os fatos que ensejaram a oferta da ação penal ocorreram no ano de 2008, quando estava em vigor a Lei 10.684/2003. Ocorre que o tributo foi constituído definitivamente apenas em 2011, na vigência da Lei 12.382/2011 [...]. Dito isso, uma vez que a consumação se dá com a constituição definitiva do crédito, é incontroverso que o crime foi consumado na vigência da Lei 12.382/2011, quando já era exigido, para a suspensão da pretensão punitiva, que o parcelamento ocorresse antes do recebimento da denúncia. (Recurso Extraordinário com Agravo 1.121.176, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/04/2018)

O Superior Tribunal de Justiça vem seguindo no mesmo diapasão:

Esta Corte já se manifestou que “o art. 83, § 2º, da Lei 9.430/96, com redação determinada pela Lei 12.392/2011, ao estabelecer o recebimento da denúncia como limite temporal para o pedido de parcelamento para fins de suspensão da pretensão punitiva estatal, não se aplica aos crimes nos quais a constituição definitiva do crédito tributário se deu até 28/02/2011, data de vigência da lei posterior mais gravosa (RHC 94.845/

⁸ No mesmo sentido: TRF1, AP 0026920-43.2010.4.01.3800, Rel. Des. Federal Monica Sifuentes, 3ª Turma, DJe: 08/09/2015.

PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 26/6/2018, DJe 1/8/2018)” (AgRg no RHC 94.476/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/9/2018, DJe 18/10/2018). 4. Considerando que o crédito tributário objeto da ação penal em questão foi constituído em março de 2012, não há ilegalidade no acórdão que rechaça a pretensão de suspensão da ação penal, tendo em vista que o pedido de parcelamento do débito foi realizado após o recebimento da denúncia. (HC 413.693/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/10/2017, DJe 16/10/2017). 6. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 443245, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, DJE 19/12/2019)⁹

Como se extrai dos julgados, as decisões envolvendo prescrição e parcelamento dos crimes tributários reconhecem que as leis sobre esses dois temas possuem conteúdo de direito penal material e estão sujeitas ao princípio da irretroatividade, afirmações feitas ao mesmo tempo em que o critério do resultado é adotado para definir o tempo do crime e a lei aplicável.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, todavia, a correlação entre o princípio da irretroatividade e a lei vigente ao momento da conduta chegou a ser apontada em aresto de relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior:

Portanto, a nova redação do art. 83, §2º, da Lei n. 9.430/1996, atribuída pela Lei n. 12.382/2011, por restringir a formulação do pedido de parcelamento ao período anterior ao recebimento da denúncia, é mais gravosa em relação ao regramento que substituiu, que não trazia essa limitação, o que impede sua aplicação às condutas a ela pretéritas. (REsp 1493306/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017)

No Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a despeito de posicionamentos na linha prevalente no Superior Tribunal de Justiça, algumas

⁹ No mesmo sentido: HC 432783, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 02/02/2018; REsp 1524525/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 28/11/2017; RHC 94.845/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJ: 26/06/2018; AgRg no AREsp 1377172/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, DJe 24/10/2019; AgRg no HC 485.562/PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 08/04/2019; REsp 1524525/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJe 06/12/2017; REsp 1647917, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 17/04/2018.

decisões sobre parcelamento também reconhecem a vinculação entre o tempo do crime e o critério da atividade:

I. A Lei nº 12.382/2011 alterou a redação do art. 83 da Lei n. 9.430/1996 para incluir norma restritiva da suspensão da pretensão punitiva, e assim, autorizar a suspensão apenas nos casos em que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. II. Norma de natureza penal que agrava a situação do acusado. Novatio legis in pejus. III. Os crimes tributários materiais somem a aperfeiçoam o tipo penal e se consomem (CP, art. 14, I) com a constituição definitiva do crédito tributário (Súmula Vinculante n. 24); entretanto, a data do crime continua sendo a data da ação ou omissão do agente (CP, art. 2º) e não a do resultado materializado com a constituição definitiva do crédito tributário. [...] (HC 1012967-65.2018.4.01.0000, Rel. Juíza Federal Conv. Lilian Oliveira da Costa Tourinho, 4ª Turma, e-DJF1 27/06/2018)¹⁰

Em síntese, mesmo reconhecendo que leis sobre prescrição e parcelamento do crédito são leis de natureza penal material e sujeitas ao princípio da irretroatividade, a posição majoritária nos tribunais superiores e no TRF-1 tem considerado como tempo do crime o momento do resultado (resultado que, nos crimes tributários materiais, equivale à data do lançamento definitivo do crédito e de consumação do crime), o que – com o devido respeito aos que pensam em sentido contrário –, representa aplicação de leis penais gravosas a condutas anteriores ao início de sua vigência.

4. A correlação entre princípio da legalidade, tempo do crime e teoria da atividade

O princípio da legalidade é há muito apresentado como um dos principais – senão o principal – alicerces do direito penal. Seja sob a prescrição de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, ou pelos subprincípios relativos à exigência de *lex praevia, scripta, stricta e certa*, por aforismos como o *nullum crimen sine lege* e por fórmulas semelhantes, o postulado da legalidade

¹⁰ No mesmo sentido: *RSE 0007599-93.2013.4.01.3807*, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, 4ª Turma, e-DJF1:20/07/2018; *RSE 0012028-83.2015.4.01.3500*, Rel. Desembargadora Federal Monica Sifuentes, 3ª Turma, e-DJF1 19/10/2018.

foi identificado ao longo dos últimos séculos como base do próprio Estado de Direito, caracterizado pelo império da lei.

A importância do princípio *nullum crimen sine lege* ultrapassa as fronteiras do direito penal, sendo impossível descrever em poucas folhas o seu significado histórico, político e filosófico. Os brocardos que sintetizam o princípio da legalidade, nesse sentido, não revelam ao jurista todas as imposições desse princípio, que é fundado nas ideias de segurança jurídica e de oposição ao arbítrio.

O princípio da legalidade limita o uso da força, especialmente por parte do Estado. Subvertendo as relações de poder existentes entre o soberano e os súditos, a exigência da legalidade encontrou no Iluminismo terreno de fértil desenvolvimento, principalmente a partir das teorias contratualistas, pelas quais o exercício do *jus puniendi* passou a ser estritamente vinculado ao âmbito e à forma autorizados pela lei, fruto da soberania popular¹¹.

Dentre as elaborações de matiz liberal que conferiram destaque ao princípio da legalidade durante o período iluminista, são costumeiramente destacadas as contribuições de Feuerbach, que demonstrou a relação entre os fins e os fundamentos da pena e o princípio da legalidade¹².

O conhecimento prévio da conduta proibida e da pena correspondente pelo destinatário da norma, dessa forma, se apresenta como condição necessária para que a ameaça de pena exerça algum efeito preventivo. Nas palavras de Nelson Hungria¹³,

Com a eliminação do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, estará truncado um dos próprios fins políticos da pena, qual o da prevenção geral (ou da coação psicológica, segunda a fórmula de Feuerbach), pois seria absurdo cogitar-se do caráter preventivo de penas sem o memento de expressos textos legais, isto é, penas que não se conhecem, a serem editadas para fatos ainda não definidos como crimes para ciência e governo dos cidadãos. Se a norma penal é uma norma de conduta, rematado despropósito será exigir-se que os indivíduos se ajustem a uma norma penal... inexistente.

¹¹ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.

¹² Cf. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

¹³ HUNGRIA, Nelson. "O direito penal autoritário". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Vol. 71, julho/agosto/setembro de 1937.

Ademais, ainda na trilha das ideias difundidas por Feuerbach, do princípio da legalidade se extrai a fundamentação material do direito de punir, já que, como bem definido por Horta¹⁴: “a lei faz com que o castigo não seja um mero ato de força, que recai como uma desgraça sobre o súdito, mas uma consequência previsível das suas ações e, assim, o objeto de uma possível escolha ou do seu consentimento”.

Se, em uma visão ampla, o princípio da legalidade equivale a uma oposição às incertezas e às arbitrariedades, desse princípio também se extraem consequências bem específicas sobre questões de direito penal, sendo uma delas a obrigatória vinculação entre o tempo do crime e a teoria da atividade. Com efeito, apenar uma conduta com base em uma lei gravosa criada posteriormente (ainda que antes da ocorrência do resultado) significa contrariar o princípio da legalidade em seus alicerces jurídicos, históricos e filosóficos.

O exame do assunto a partir do direito positivado leva à mesma conclusão.

Diversos países possuem, em suas constituições, menção expressa ao tempo da conduta como critério para aferição da lei penal aplicável. É o caso, por exemplo, da Lei Fundamental alemã, segundo a qual “uma conduta somente pode ser punida quando a punibilidade estava prevista em lei antes da sua realização” (art. 103, 2)¹⁵. Essa fórmula é repetida no Código Penal alemão (§1º), que ainda agrega por meio de outro dispositivo a previsão de que “a pena e suas consequências acessórias são definidas pela lei em vigor ao tempo da conduta” (§2º, 1)¹⁶.

Os dispositivos que concretizam o princípio da irretroatividade na Constituição da República do Brasil, todavia, não foram tão explícitos quanto à obrigatoriedade de se considerar como lei aplicável aquela vigente no momento da conduta, como se extrai do seu art. 5º, incisos XXXIX e XL (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”). Uma análise literal dessas normas poderia sugerir, assim,

¹⁴ HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 155, p. 51-70, mai. 2019. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151386>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹⁵ Tradução nossa. No original: “Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”.

¹⁶ Tradução nossa. No original: “Die Strafe und ihre Nebenfolgen bestimmen sich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt”.

uma abertura no que tange a possibilidade de se aplicar a lei gravosa vigente ao tempo do resultado.

Francisco de Assis Toledo afirma, na linha do que sugerem os artigos 2º e 3º do Código Penal, que o marco para avaliação da lei aplicável é a data em que ocorreu o fato. Ao abordar a lei penal no tempo, Toledo¹⁷ leciona que:

A norma de direito material mais severa só se aplica, enquanto vigente, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade. Tal princípio aplica-se a todas as normas de direito material, pertençam elas à Parte Geral ou à Especial, sejam normas incriminadoras (tipos legais de crime), sejam normas reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, das causas de justificação ou de outros institutos de direito penal.

Contudo, a alusão à “data do fato” não resolve a discussão em torno da eleição do critério da atividade ou do critério do resultado, questão que afeta todos os crimes enquadrados na categoria dos crimes materiais, nos quais nada impede a existência de um intervalo de tempo entre a conduta e o seu resultado – tornando possível que a lei vigente ao tempo da ação ou da omissão seja diferente da lei vigente ao tempo do resultado.

Para expurgar a possibilidade de se tomar o momento do resultado, e não o da conduta, como critério para definição do tempo do crime, na reforma de 1984 da Parte Geral do Código Penal foi expressamente adotado o critério da atividade, inserido no atual art. 4º: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

Muito embora o critério da atividade não estivesse explícito no Código Penal em sua redação original, a doutrina nacional sempre reconheceu a sua aplicação. Como ilustra o magistério de Aníbal Bruno, “a ação, portanto, não o resultado, é que constitui o ponto de referência para dizer-se qual é a lei que corresponde ao momento do crime”¹⁸. O Código Penal de 1969 previa a adoção do princípio da atividade¹⁹, e em

¹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31-32.

¹⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo Iº. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1959, p. 259. No mesmo sentido NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. V. I: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 93.

¹⁹ “Art. 6º - Salvo disposição em contrário, o crime se entende praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

sua exposição de motivos, assim como feito pelo legislador de 1984, faz-se menção expressa à consagração histórica desse critério na doutrina²⁰.

Registra-se que a noção de que a aferição da lei penal aplicável é feita sempre com base na lei vigente ao tempo da conduta nunca trouxe, ao olhar da doutrina, nenhuma impossibilidade de a lei considerar o momento do resultado do crime como marco temporal para outras questões, tal como faz o Código Penal em seu art. 111, I, ao definir a data da consumação como termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Se o critério do momento do resultado já era rechaçado pela doutrina em razão de sua incompatibilidade com a garantia da legalidade, a obrigatoriedade da observância do critério da atividade no que diz respeito ao tempo do crime se tornou ainda mais evidente a partir de sua adoção expressa no art. 4º do Código Penal. A doutrina posterior à reforma de 84, assim, manteve a visão remansosa que já existia sobre o tema.

Na lição de Fernando Galvão²¹,

Veja-se o exemplo do homicídio perpetrado com disparos de arma de fogo. É possível que a vítima seja conduzida ao hospital e somente venha a morrer dias após receber os disparos. Segundo a teoria da atividade adotada pelo Código, considera-se que o crime foi praticado no momento de realização dos disparos. A lei a ser aplicada será a que estiver em vigor no dia em que os disparos ocorreram.

No mesmo sentido, Bitencourt²² manifesta que:

Adota-se, assim, a teoria da atividade, pois é nesse momento que o indivíduo exterioriza a sua vontade violando o preceito proibitivo. Isso evita o absurdo de uma conduta, praticada licitamente sob o império de uma lei, poder ser considerada crime, em razão de o resultado vir a produzir-se sob o império de outra lei incriminadora.²³

²⁰ “A regra sobre o tempo do crime é nova e consubstancia o ensinamento de doutrina pacífica”.

²¹ GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 12ª ed., Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2019, p. 161-162.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

²³ Francisco de Assis Toledo, igualmente, ensina que “o crime se considera praticado ‘no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado’.

Tem-se, em síntese, que a concepção de que a lei aplicável ao crime é a lei vigente ao tempo da conduta representa, em primeiro lugar, a única interpretação do princípio da legalidade que atende aos fundamentos por trás dessa garantia e se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Ademais, ainda que o texto constitucional possibilitasse outro caminho, o acolhimento do critério da atividade foi feito de forma expressa no art. 4º do Código Penal, que concretizou compreensão ligada a uma tradição jurídica de longa data, tanto no Brasil quanto no direito comparado²⁴.

A definição da lei aplicável em casos de conduta e resultado separados no tempo, portanto, não representa discussão inédita ou controversa no direito brasileiro. Não se vislumbra, assim, motivos para que os crimes tributários materiais sejam tratados de forma diversa em relação aos crimes materiais em geral. Pode-se, na realidade, elencar argumentos adicionais para reforçar a aplicação da teoria da atividade.

A Constituição da República proíbe, em seu art. 150, II, “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”, assegurando também o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e ao contraditório, bem como ampla defesa em processos administrativos (art. 5º, LV). Aplicar a lei penal vigente ao tempo do lançamento definitivo representa violação também desses postulados, uma vez que eventual *lex gravior* superveniente pode vir a ser aplicada

Esse dispositivo fundado na denominada ‘teoria da ação’, que já era acolhida pela doutrina para solucionar questões de direito intertemporal, tem inteira aplicação para a fixação do tempo do crime e da lei aplicável. Assim, se a ação era lícita, no momento de sua realização, mas já não o era, no momento do resultado (delitos à distância, nos quais um é o momento da ação, outro o do resultado), não haverá punição possível” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 32).

²⁴ Cf. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 5. ed., Granada: Comares. Berlin: Dunker u Humblot, 2002, p. 147; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2. ed. alemã por Luzón Peña, García Conlledo e Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 162; MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, v. II, 1962, p. 142; WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 30; LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal Alemão*. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, p. 145; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general* I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 476; SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Tipografica Argentina, 1992, p. 265.

somente contra o contribuinte que optou pela defesa no processo administrativo de lançamento do tributo, sendo esse agravamento no tratamento legal do contribuinte decorrente do simples fato de ele ter exercido o seu direito de defesa administrativa.

5. O papel da Súmula Vinculante nº 24 no debate

As celeumas que envolvem a natureza jurídica e os efeitos do lançamento definitivo do tributo ficaram bem evidenciadas por ocasião do julgamento do HC 81.611/DF pelo STF²⁵, conjuntura em que se discutiu, por exemplo, se o lançamento definitivo seria condição de justa causa para a ação penal, se seria condição objetiva de punibilidade ou se seria caracterizador do próprio resultado tido pelo tipo penal como elemento essencial, acarretando a consumação do crime tributário material.

No HC 81.611/DF, principal precedente na origem da Súmula Vinculante nº 24, prevaleceu concordância sobre a inviabilidade da persecução penal durante a pendência do lançamento definitivo do tributo. As bases teóricas desse entendimento, contudo, não foram objeto de enfrentamento e de clarificação mais profundos pela Corte, como revela a ementa da decisão:

I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. (...) (HC 81611, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003)

A controvérsia sobre a natureza jurídica do lançamento definitivo foi também discutida durante os debates que cercaram a aprovação da Súmula Vinculante nº 24 (por meio da Proposta de Súmula Vinculante 29). Mantendo-se em uma linha bastante pragmática, o Min. Cezar Peluso manifestou que “o que há é divergência quanto aos fundamentos

²⁵ HC 81611, Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003.

(...), mas isso não é objeto da súmula. Objeto da súmula é a conclusão da Corte de que não há possibilidade de exercício de ação penal antes da apuração da existência certa do crédito tributário”.

Apesar das esquivas sobre os fundamentos da súmula proposta, a adoção da tese de que o lançamento definitivo é que confere existência ao resultado exigido pelo tipo penal (acarretando, assim, na consumação do crime) acabou ficando evidenciada quando abordada, nesses mesmos debates da Proposta de Súmula Vinculante 29, a questão do termo inicial da prescrição, concluindo-se pela desnecessidade de haver suspensão da contagem do prazo prescricional durante a pendência da constituição definitiva do crédito, tendo em vista o que determina o art. 111, I, do Código Penal. Em outras palavras, o crime somente se consuma com o lançamento definitivo, e é a partir dessa data que a prescrição tem seu termo inicial.

Em dezembro de 2009, assim, o Tribunal Pleno do STF aprovou a Súmula Vinculante nº 24, segundo a qual “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”.

A análise das decisões que aplicam a lei penal do tempo do resultado aos crimes tributários materiais revela que essa postura tem sido adotada em razão de suposta determinação da Súmula Vinculante nº 24 nesse sentido. Ocorre, *data venia*, ao apontar que o crime material contra a ordem tributária só se consuma com o lançamento definitivo, e, assim, o enunciado não indica que a lei aplicável não seja a do tempo da conduta.

Embora a Súmula Vinculante nº 24 tenha uma redação pouco clara e não tenha eliminado por completo as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria, não se vislumbra margem para a interpretação de que a lei penal aplicável seja outra que não a vigente ao tempo da conduta, levando em consideração que nenhuma tese alternativa sobre o enunciado conduz à conclusão de que se deva aplicar o critério do resultado.

É oportuno salientar que a contrariedade entre a Súmula Vinculante nº 24 e a teoria da atividade foi suscitada em algumas ocasiões. Nesse sentido, Douglas Fischer, por exemplo, afirma o seguinte:

Mantida a interpretação de que o crime somente existe com o lançamento tributário, as consequências podem ser nefastas inclusive para o réu. Mesmo que praticada a ação ou a omissão em data cuja pena seja “X”, mas exaurida a esfera administrativa

ulteriormente (momento da ocorrência do crime para o STF em face da Súmula Vinculante n. 24), em que a pena possa ser “X+1” (pena maior), deverá ser essa nova pena (mesmo que mais grave) a aplicável. É a incidência do postulado do *tempus regit actum* diante da interpretação que deu o STF a respeito de quando existe crime na situação analisada. Enfim, um desastre técnico já no “primeiro teste” dogmático²⁶.

Pelas considerações apresentadas nos tópicos anteriores, todavia, não parecem integralmente corretas as leituras de que a Súmula Vinculante n° 24 contraria a teoria da atividade. A incompatibilidade existente é entre o art. 4° do Código Penal e a interpretação que vem prevalecendo nos tribunais sobre o sentido e as consequências da súmula.

Em síntese, a aplicação da lei gravosa vigente ao tempo do lançamento definitivo do tributo, além de não encontrar guarida constitucional e legal, não é uma determinação decorrente da Súmula Vinculante n° 24 do STF.

6. Conclusão

Casos de homicídio são exemplos classicamente utilizados em salas de aula para se abordar o critério da atividade e o tempo do crime. Aquele que age de forma imprudente no trânsito ao dirigir em alta velocidade, atropelando um pedestre em razão disso, responderá nos termos da lei vigente na data da sua conduta, ainda que a vítima, após vários dias de internação hospitalar, venha a falecer durante a vigência de uma lei mais severa para o condutor algoz. Não existem motivos para não se proceder dessa mesma forma quando se trata de crimes tributários materiais.

Apesar do amplo reconhecimento de que o critério da atividade é perfilhado pelo Código Penal no seu art. 4°, questão relevante e muito menos enfatizada é o indispensável entrelaçamento entre a teoria da atividade e o princípio da legalidade penal no seu corolário da irretroatividade. A consagração do *nullum crimen sine praevia lege*, máxima imprescindível para afastamento do arbítrio e da legitimação da pena, é incompatível com o critério do resultado quando o assunto é tempo do crime e definição da lei aplicável.

²⁶ FISCHER, Douglas. Os equívocos técnico, dogmático, sistemático e lógico da Súmula Vinculante n° 24 do STF. Disponível na internet em: <<http://genjuridico.com.br/2021/01/22/sumula-vinculante-24-do-stf/>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

O *jus puniendi* possui fundamento e limite na Constituição da República e não pode realizar-se fora da autorização que ela concede²⁷. Como visto, antes do art. 4º do Código Penal, a eleição da lei vigente ao tempo da conduta é uma imposição do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX e XL), bem como das garantias do tratamento isonômico entre contribuintes (art. 150, II), do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), já que ninguém pode ser punido por exercer um direito.

Noutro giro, a Súmula Vinculante nº 24 não permite que se arranque a tese de aplicação da lei penal vigente ao tempo do resultado nos crimes tributários materiais, e, por mais que a súmula possa receber críticas e interpretações diversas, nenhuma delas fundamenta essa conclusão.

O contribuinte que se defende administrativamente perante o Fisco não pode ficar à mercê da “espada de Dâmocles”, receoso de que alguma lei que agrave sua pena entre em vigor a qualquer momento e lhe seja aplicada.

A impossibilidade de aplicação das leis 12.382/11 e 12.234/10 às ações e às omissões ocorridas durante a vigência da lei anterior, portanto, é a conclusão inexorável a que se chega.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral, Tomo Iº*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1959.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O Caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

FISCHER, Douglas. Os equívocos técnico, dogmático, sistemático e lógico da Súmula Vinculante nº 24 do STF. Disponível na internet em: <<http://genjuridico.com.br/2021/01/22/sumula-vinculante-24-do-stf/>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 12ª ed., Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

²⁷ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Tributário: imputação objetiva do crime contra a ordem tributária*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2015, p. 63-64.

_____. *Direito Penal Tributário: imputação objetiva do crime contra a ordem tributária*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2015.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 155, p. 51-70, mai. 2019. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151386>. Acesso em: 13 abr. 2021.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, V. I, Tomo I. 4ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1958.

_____. “O direito penal autoritário”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Vol. 71, julho/agosto/setembro de 1937.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 5. ed., Granada: Comares, 2002.

LEITE, Alaor. Proibição de Retroatividade e Alteração Jurisprudencial. In: *Actas do Colóquio O Direito Penal e o Tempo*. Renzikowski et al. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. Disponível na internet em: <https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/coloquios/livro_direito_tempo_ebook.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2021.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899.

LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado no Direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Abertura de Inquérito Policial na Pendência de Processo Administrativo Tributário Estadual ou Municipal: Aplicação da Súmula Vinculante 24. In: BOSSA, Gisele; RUIVO, Marcelo (org.). *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Almedina, 2019.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, v. II, 1962, p. 142.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2020.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. V. I: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1959.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2. ed. alemã por Luzón Peña, García Conlledo e Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Tipografica Argentina, 1992.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*: parte general I. Buenos Aires: Ediar, 1998.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: Parte General. Trad. Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

***NE BIS IN IDEM* PENAL, PROCESSUAL E NA SANÇÃO ADMINISTRATIVA**

NE BIS IN IDEM IN CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE AND ADMINISTRATIVE SANCTIONING

Etéocles Brito Mendonça Dias Júnior*
Ricardo Alves de Lima**

Data de recebimento: 03/03/2021

Data de aceite: 28/04/2021

Última versão do autor em: 02/05/2021

Resumo: O artigo visa a explorar a natureza jurídica e o impacto do princípio do *ne bis in idem* na ordem jurídica brasileira, constitucional e infraconstitucional, em seus aspectos penal, administrativo e processual, demonstrando a importância adquirida pelo mesmo através de sua maturação doutrinária, bem como, a evolução do tema nos principais pactos internacionais de proteção de direitos humanos. Visa, ainda, a apontar seus pontos de tensão com o princípio da separação das instâncias e instigar uma breve reflexão sobre a lógica sancionatória agasalhada em nosso ordenamento jurídico, que resta compartilhada por diversos países europeus de tradição romano-germânica, mas recentemente sofreu nova direção pela jurisprudência definida pelo sistema europeu de proteção de direitos humanos.

* Doutorando em Função Social do Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela PUC-RJ. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela União Educacional de Cascavel. Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

** Doutorando em Função Social do Direito pela FADISP. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra/USP. Advogado.

Palavras-chave: *ne bis in idem*; sistemas sancionatórios; coisa julgada; sistema europeu; direitos humanos.

Abstract: The article aims to explore the legal nature and the impact of the *ne bis in idem* principle in the Brazilian legal order, constitutional and below the constitution, in its criminal, administrative and procedural aspects, demonstrating the importance acquired by the same through its doctrinal maturation, as well as, the evolution of the theme in the main international pacts for the protection of human rights. It also aims to point out its points of tension with the principle of separation of instances and instigate a brief reflection on the sanctioning logic wrapped up in our legal system, which remains shared by several European countries of Roman-Germanic tradition, but recently underwent a new direction by the jurisprudence defined by the European human rights protection system.

Keywords: *ne bis in idem*; sanctioning systems; res judicata; european system; human rights.

Sumário: 1. Introdução; 2. *Ne bis in idem*: origem, conceito, natureza jurídica e guarida na ordem jurídica nacional e internacional; 3. *Ne bis in idem* e o princípio da separação de instâncias. A contraposição e o desequilíbrio na lógica sancionatória; 4. *Ne bis in idem* processual e a proteção da coisa julgada; 5. *Ne bis in idem*: um breve olhar sobre as perspectivas tratadas na jurisprudência penal da união europeia; 5.1 Precedentes jurisprudenciais do TEDH e do TJUE: a) caso *Grande Stevens*; b) caso *Luca Menci*; c) caso *Garlsson Real Estate*. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A premissa essencial do princípio do *ne bis in idem*, no sentido de que ninguém deve ser processado ou punido mais de uma vez pelo mesmo fato, é apenas o *start* dos inúmeros desdobramentos que esse discreto, porém relevantíssimo, direito fundamental pode trazer dentro de uma ordem constitucional democrática, irradiando efeitos para praticamente todos os ramos do direito do ordenamento jurídico, impondo limites ao poder-dever do Estado, o qual por muito se apresenta expansivo e, em alguns momentos, desenfreado e apartado de critérios objetivos e seguros, distanciando-se da principiologia mínima de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Realmente, longe de se apresentar unicamente como um regime de governo das maiorias, a democracia, evidentemente, é medida pela capacidade do Estado reverenciar direitos e garantias fundamentais, contendo os impulsos autoritários. Isso pode ser concretizado, dentre outras formas, através da inserção de limites claros ao poder punitivo estatal, em qualquer área do direito em que o for concretizado.

A falta de interesse do legislador brasileiro em sistematizar de modo suficiente o *ne bis in idem*, por meio, por exemplo, de acréscimos pontuais na parte geral do Código Penal, para assim garantir-lhe ao menos uma previsão legal e expressa, faz com que nosso ordenamento esteja na contramão das modernas legislações penais, *v.g.*, a espanhola e a italiana. Tudo isso, de alguma forma, colabora para apartar o Brasil da tendência internacional que busca uma unificação do poder punitivo, por meio da instituição de um regime unificado da aplicação das sanções às ilicitudes.

Enquanto isso, no direito estrangeiro, solidifica-se de forma progressiva um estatuto internacional mínimo do *ne bis in idem*. É o que se vê na jurisprudência do sistema comunitário europeu de proteção aos direitos humanos, objeto de estudo no decorrer do presente artigo, a qual se pode comparar a uma virada de Copérnico, que certamente não tardará a chegar a outros sistemas regionais de proteção. De fato, a tendência é que o fenômeno se acentue, especialmente em tempos em que, enfim, as instituições começam a apreender suas limitações e reconhecer que um sistema que permite a todos investigar de tudo não é racional, eficiente e tampouco viável.

Apesar de o legislador brasileiro perpetuar sua inação no trato da matéria, em certos momentos, anda para trás, trazendo previsões legais puramente retrógradas, que se afastam da melhor técnica, pois fortificam o *bis in idem* em preposições em que o perigo reside nos detalhes, tal como do novel artigo 22, § terceiro da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acrescentado pela Lei n.º 13.655/2018¹, que, na

¹ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 3.º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.html>. Acesso em: 30 abr. 2021.

prática, legítima o *bis in idem* na aplicação de sanções a gestores e servidores públicos, embora com restrições.

A necessidade de estudo do princípio do *ne bis in idem*, portanto, é uma realidade que se renova, seja pela aparente inesgotabilidade do tema, apto a provocar uma série de desdobramentos em distintas áreas do direito sancionador, seja pelas sucessivas quebras de paradigmas provocadas pelo desenvolvimento teórico capaz de influenciar debates instigantes em nível doutrinário e jurisprudencial (no último caso, especialmente na jurisprudência alienígena).

A metodologia utilizada foi a bibliográfica exploratória. Assim, foi realizada uma revisão bibliográfica de doutrinas que regem a matéria, em busca de selecionar os conceitos que tragam à pesquisa os melhores argumentos para o correto exercício da hermenêutica jurídico-penal constitucional do princípio *ne bis in idem*, e uma análise de julgamentos do Tribunal Europeu de Direito Humanos (TEDH), do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), e do Supremo Tribunal Federal, que enfrentaram parcial ou integralmente a problemática, aproximando o leitor às críticas e aos delineamentos necessários.

Dentro desse cenário, o presente trabalho visa a contribuir para a discussão da matéria, apresentando as principais características e desdobramentos do princípio em questão, seu desenvolvimento teórico e algumas consequências de sua interpretação quando da aplicação no direito penal e processual penal brasileiro, e, por fim, identificar tendências jurisprudenciais já detectadas em nível do sistema comunitário europeu de proteção de direitos humanos.

Em um primeiro momento, trataremos do encontro conceitual do princípio *ne bis in idem* dentro de um horizonte nacional (constitucional e infraconstitucional) e internacional (sistema europeu), apresentando suas nuances e delineamentos jurídicos. Na sequência, abordaremos o desequilíbrio, dentro de uma lógica da sanção, causado pela separação de instância administrativa e judicial (penal) quando da dupla punição da mesma conduta, e consequente avanço desse efeito negativo ao instituto da coisa julgada, causando de certo modo, sua relativização e a quebra de seu cariz protetivo.

Por fim, através da análise de julgamentos dos casos internacionais – Grande Stevens, Luca Menci e Garlsson Real Estate – e da conduta crime de apropriação indébita do ICMS, definido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), temos condições de defender que o princípio *ne bis in idem* impõe específica delimitação na persecução penal, relativizando a separação de

instâncias judicial e administrativa e reafirmando a garantia processual penal imposta pelo instituto da coisa julgada material em favor do réu.

Nesse norte, o instituto do *ne bis in idem* só poderá ser mais bem dimensionado quando houver uma reverência à sua importância, papel e funcionalidade dentro do ordenamento jurídico como um instrumento de reforço e de proteção aos direitos e das garantias fundamentais.

2. *Ne bis in idem*: origem, conceito, natureza jurídica e guarida na ordem jurídica e internacional

O consenso doutrinário a respeito da vigência e importância do princípio do *ne bis in idem* nas sociedades democráticas ocidentais não obstaculizou o tratamento legislativo tímido do tema em países como o Brasil, notavelmente carecedor de delineamentos normativos precisos do instituto, visando, sobretudo, à providência salutar para conter eventuais excessos sancionatórios do Estado, e, também, para racionalizar as formas de atuação dos órgãos de persecução penal e controle externo da atividade pública.

O diploma constitucional de 1988² e a legislação infraconstitucional que lhe sucedeu não trataram de forma adequada do tema *ne bis in idem*. No primeiro, o princípio não possui um disciplinamento explícito, aparecendo sucinto no rol do artigo 5.º, sendo sua presença ali detectável através de atividade hermenêutica entrelaçada com outros direitos e garantias fundamentais, tais como: princípio da legalidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e da intangibilidade da coisa julgada. O tímido tratamento constitucional do tema acaba sendo, pelo menos em parte, compensado pelo disciplinamento um pouco mais ostensivo em sede de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte signatária, diplomas que serão objeto de estudo no decorrer do presente capítulo.

Quanto à legislação infraconstitucional, percebe-se uma sucessão de perdas de oportunidades para o tratamento legislativo do assunto *ne bis in idem*, especialmente em seu aspecto material. Prova disso seria a Lei n.º 12.846/2013 – Lei Anticorrupção³ – e Lei n.º 13.655/2018

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

³ BRASIL. Lei N. 13.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, *Diário Oficial da União*,

– Lei da Segurança e Eficiência na Administração Pública⁴ –, em que, a despeito da proximidade e o interesse temático, não foi levada adiante pelo legislador qualquer preocupação em disciplinar suficientemente e adequadamente a matéria, especialmente no âmbito do direito administrativo sancionador.

Feitas tais considerações, releva-se salientar os ensinamentos de Luiz Regis Prado, para quem, a despeito da inexistência de recepção expressa na normatização constitucional brasileira vigente, o *ne bis in idem* caracteriza-se, na vertente substancial, como manifestação do princípio da legalidade material ou tipicidade (artigo 5.º, XXXIX da CF) e do princípio constitucional da proporcionalidade. Já no aspecto processual, encontra guarida nos incisos II, XXXVI e LVII do mesmo artigo 5.º, sendo, portanto, decorrência do devido processo legal e da intangibilidade da coisa julgada⁵.

Embora haja certa imprecisão sobre a sua origem, o autor esclarece ser ela provavelmente oriunda do direito romano, ganhando inclusive destaque no *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano⁶. No mesmo sentido, Keity Saboya leciona que, para a grande maioria da doutrina, a origem do instituto realmente deriva do direito romano, tendo surgido como consequência lógica do instituto da coisa julgada, derivada do caráter preclusivo do processo, a partir da fase denominada *litis contestatio*, utilizada para solucionar eventual concorrência de ações⁷.

Fábio Medina Osório, por sua vez, indica que o princípio é tributário do devido processo legal anglo-saxônico, em que a cláusula do *due*

Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁴ BRASIL. Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018. Dispõe sobre a inclusão no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁵ PRADO. Luis Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 165

⁶ Ibidem, p. 163.

⁷ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, p. 237, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

processo of law, em sua vertente substancial, seria sua fonte genuína. Já no sistema brasileiro, estaria constitucionalmente conectado às garantias de legalidade, proporcionalidade e principalmente, no devido processo legal, estando, portanto, implicitamente presente na ordem constitucional⁸.

Todavia, em que pesem eventuais controvérsias sobre sua origem, apenas com o advento da filosofia iluminista obteve o princípio do *ne bis in idem* considerável expansão e protagonismo dentro das ordens constitucionais do mundo ocidental. Ganhou assento na constituição americana (a partir da quinta emenda) e francesa, ambas de 1791, consubstanciando-se, desde então, como princípio máximo de proporcionalidade e justiça, instrumento imprescindível para a delimitação do poder punitivo estatal dentro de uma lógica de racionalidade, razoabilidade e boa-fé acusatória. Nesse sentido, Luiz Regis Prado:

O princípio *ne bis in idem* ou *no bis in idem* constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. Por meio dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato). É postulado essencial de natureza material ou substancial – conteúdo material relativo à imposição de pena –, ainda que se manifeste também no campo processual ou formal, quando diz respeito à impossibilidade de persecuções múltiplas. O conteúdo penal substancial do *ne bis in idem* exige a concorrência da denominada tríplice identidade entre sujeito (identidade subjetiva ou de agentes), fato (identidade fática) e fundamento (necessidade de se evitar a dupla punição, quando o desvalor total do fato é abarcado por apenas um dos preceitos incriminadores). (...) Saliente-se que, no âmbito penal, a identidade fática deve ser obtida por meio da análise do tipo penal em seu conjunto, e não de seus elementos individuais considerados⁹.

Desta feita, sua ideia central é a de que ninguém pode ser processado ou condenado duas vezes ou mais pelo mesmo fato, por uma mesma infração protagonizada contra ordenamento jurídico, em uma lógica que se impõe tanto pela necessidade de desfecho e estabilização dos conflitos sociais quanto por um imperativo de justiça e de proporcionalidade, como expõe Keity Saboya:

⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 291.

⁹ PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 123-124.

A concepção tradicional do princípio *ne bis in idem* diz respeito à impossibilidade de mais de uma condenação, pelos mesmos fatos, com a conseqüente proibição de múltipla persecução penal, residindo seu fundamento na necessidade de segurança jurídica, como uma limitação ao poder punitivo estatal. O termo *idem* corresponde, substancialmente, aos mesmos fatos, e a expressão *bis* refere-se tanto a novas sanções, como a novos processos¹⁰.

É importante atentar para as distintas vertentes de proteção trazidas pelo princípio em estudo. A diferença aparenta ser sutil, mas nem de longe o é. Por força do *ne bis in idem*, há interdição não só da atividade persecutória e processual, mas também da atividade sancionatória. Quer dizer que o entendimento do *ne bis in idem* como proibição da dupla ou múltipla punição pelo mesmo fato, tendo em conta a identidade de fato, agente e fundamento, não é suficiente para a compreensão de toda a extensão de sua vertente protetiva, que veda igualmente a repetição de investigação e processo pelo mesmo fato já julgado.

Realmente de nada adiantaria bloquear a possibilidade de nova punição por fato já devidamente julgado, se ao Estado fosse possível molestar o *status dignitatis* do cidadão com o desencadeamento de nova atividade processual penal, ainda que fadada ao insucesso. A mera existência de uma ação penal, mesmo que de curta duração, é sabidamente motivo de constrangimentos abundantes para aquele que já vivenciou a experiência de figurar no polo passivo de demanda dessa natureza e, condenado ou absolvido, acreditou que o desfecho trazia a palavra final do poder público sobre o caso. Para Fábio Brun Goldschmidt:

Com efeito, ambas as garantias atendem a propósitos distintos. A interdição de dupla persecução atende a um objetivo de paz social, derivada da estabilidade jurídica, mediante a eliminação da incerteza, que impediria que qualquer cidadão se tranquilizasse acerca de sua situação jurídica. Já a interdição à dupla penalização diz respeito ao limite da culpabilidade, como forma de respeito à garantia da proporcionalidade. Ainda que possa parecer à primeira vista,

¹⁰ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, p. 237, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2021, p. 149.

uma e outra proibição não são coincidentes. Basta imaginar a situação em que um indivíduo tenha sido sujeito a julgamento por determinados fatos, sendo absolvido. Se a um tempo a interdição do cúmulo de ações impedirá novo julgamento pelos mesmos fatos, a proibição do cúmulo de sanções não obstará essa repetição. Ainda que possivelmente expressões da mesma ideia, as várias proibições realizam funções de natureza diversa¹¹.

Corolário do ideal de justiça, o princípio do *ne bis in idem* pode ter sua natureza jurídica compreendida como direito e garantia fundamental implícito na ordem constitucional brasileira, um princípio constitucional penal vocacionado, fundamentalmente à tutela das liberdades, da segurança jurídica e da culpabilidade.

De fato, é sabido que os direitos fundamentais não se esgotam no rol do artigo 5.º, da Constituição Republicana, e não poderia ser diferente, já que o sistema de proteção das garantias e dos direitos fundamentais está em constante movimento, visando, sobretudo, ao seu aprimoramento, revelando-se nas importantes transformações da realidade social para a redução de injustiças.

Logo, o projeto constitucional traz, dentro de si, ambições de possível durabilidade intergeracional, como fica claro na fixação dos objetivos fundamentais da república, pautas inviáveis de se alcançar no amparo de um rol taxativo e engessado de direitos e garantias fundamentais. Antes, prefere-se a efetiva aptidão de regulamentar, ao menos razoavelmente, boa parte dos aspectos das relações sociais do que a perfeição redacional, invariavelmente utópica.

Por esses e outros fatores, o constituinte originário, então, fixou uma cláusula de abertura ou atipicidade dos direitos fundamentais em seu artigo 5.º, § 2.º da Constituição Cidadã, pela qual os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, extraindo-se dessa solução constitucional, aliada aos demais preceitos constitucionais acima citados, o perfeito agasalho, na ordem jurídica pátria, do princípio do *ne bis in idem* e seu caráter jusfundamental, pois imprescindível para a viabilidade de um sistema penal democrático e indissociável da própria

¹¹ GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Ed. Noeses, 2014, p. 07-09.

dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal de 1988)¹².

Na legislação infraconstitucional brasileira, parcela significativa da doutrina considera o princípio do *ne bis in idem* incorporado na regra de limitação punitiva do artigo 8.º do Código Penal como instrumento apto a evitar a multiplicidade de julgamento e o apenamento do agente pelo mesmo fato, em caso de pena cumprida, no todo ou em parte, em país estrangeiro, em consonância com o bom senso e interesses superiores de dignidade, justiça e da humanidade¹³.

No nível penal infraconstitucional, o *ne bis in idem* estaria reforçado pelo instituto da detração penal do artigo 42 do Código Penal¹⁴, computando-se na pena privativa de liberdade e na medida de segurança o tempo de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e de internação¹⁵. O dispositivo em questão deve ter interpretação e aplicação sistemática com o artigo 387, § 2.º do Código de Processo Penal¹⁶, pelo qual o tempo de prisão, em todas essas modalida-

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

¹³ PRADO, Luis Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 231. Há, ainda, quem entenda de forma diversa, sustentando ser a principal missão do artigo 8.º do CP aplinar o rigorismo do artigo 7.º, § 1.º do CP, onde o agente será punido pela lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no exterior. Vide: SOUZA. Luciano Anderson de. *Direito penal*. Parte Geral. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 152-153.

¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

¹⁵ PRADO, Luis Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 165. Opostamente, onde a detração penal não constitui propriamente uma concretização do princípio do *ne bis in idem*, mas sim uma criação do legislador utilizada para minimizar o rigorismo da inobservância desse mesmo princípio na disciplina legal da extraterritorialidade da lei penal. Vide: FAVORETTO. Afonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p. 171.

¹⁶ Brasil. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Dispõe sobre o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, 13 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

des, deverá ser computado por ocasião da sentença penal condenatória, para fins de determinação do regime inicial de cumprimento de pena¹⁷.

Além disso, há preocupação no direito penal em não punir duas vezes o mesmo fato na hipótese em que duas ou mais previsões legais tipificam e sancionam uma única ação criminosa, quando o conflito deve ser eliminado através das técnicas de resolução de concurso aparente de normas (princípios da especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade)¹⁸. Soma-se a isso o fato de que o legislador penal se preocupa em neutralizar a superposição de penas que possa implicar em *bis in idem*, quando uma mesma ação resulte em dois ou mais crimes, através da regra limitadora do artigo 70 do Código Penal (concurso formal de crimes).

O tímido tratamento normativo brasileiro do *ne bis in idem*, ao menos no que se refere ao direito penal, é compensado, parcialmente, com aquele conferido à matéria em sede de proteção internacional de direito humanos. O princípio do *ne bis in idem* constitui direito e garantia supralegal/convencional expresso, um autêntico direito humano de consagração internacional, repetidamente previsto nos principais tratados internacionais de direitos humanos, como artigo 8.4, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹⁹, o artigo

¹⁷ Há controvérsia doutrinária se as medidas cautelares limitativas da liberdade introduzidas na Lei n.º 12.403/2011 tornam possível descontar o tempo respectivo de cumprimento no total da pena. À luz da taxatividade do caput do artigo 319 do CPP, que seria possível apenas à medida cautelar de internação provisória (artigo 319, VII, CPP), Vide: MARINHO. Alexandre Araripe; FREITAS. André Guilherme Tavares de. *Manual de direito penal*. Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 453.

¹⁸ Inexiste estatuto legal que regulamenta o conflito aparente de normas, resolvendo-se pela construção doutrinária. A despeito disso o Anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria de 1969, tratava do tema no artigo 5.º “quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta: a) a norma especial exclui a norma geral; a norma relativa a crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro, é excluída pela norma atinente a este; c) a norma incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa. Parágrafo único: a norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente”. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224148>>. Acesso em: 2 mai. 2021.

¹⁹ O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. Organização dos Estados Americanos, *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Dispo-

14.7, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²⁰, e o artigo 20.1, 20.2 e 20.3 do Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional)²¹.

No nível europeu, o artigo 4.1, do Protocolo 7 (1984) à Convenção Europeia de Direitos Humanos²², consta com uma importante exceção em seu artigo 4.2²³, e o artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁴, e artigo 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de

nível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁰ Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país. ONU, *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, 1966. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²¹ 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais esta já tenha sido condenada ou absolvida. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5.º relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º ou 8.º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça. ITÁLIA, *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, 1998. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Tribunal-Penal-Internacional/estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional.html>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²² Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. ITÁLIA, *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, 1950. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²³ As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento. ITÁLIA, *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, 1950. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁴ Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado. UE, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=cele-x%3A12016P%2FTXT>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

Schengen, de 16/06/1990²⁵, o que realça a importância e visibilidade do princípio em nível internacional como proteção inafastável do cidadão em nível supranacional. Tais previsões, conseqüentemente, alargaram o espectro do debate a respeito de seu alcance e significado. Nesse sentido:

Como inicialmente observado, em conformidade com a série de tratados acima mencionados, constata-se que o princípio *ne bis in idem* é amplamente reconhecido no cenário internacional, tendo sua aplicação voltada não somente “verticalmente”, ou seja, em nível nacional, mas também “horizontalmente” – em nível transnacional, vinculando os juízes e tribunais, de diferentes estados-membros dos organismos internacionais, à proibição da múltipla persecução pelos mesmos fatos²⁶.

Diego Coelho Antunes Ribeiro, em crítica ao texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas certamente extensível aos demais documentos internacionais, direciona que a redação do dispositivo convencional disse menos do que deveria, pois, dado seu relevo na matéria penal, o *ne bis in idem* deve ser visto não só como vedação da dupla responsabilização, mas também como bloqueio à dupla valoração legislativa ou judicial negativa, pelo mesmo fato, contra o mesmo agente, ainda que em fases distintas da complexa operação de concretização sancionatória. Assim, o *ne bis in idem* possui um inegável significado garantista na análise dosimétrica do delito, sendo “dosimétrico pelo fato de que ninguém pode ter valorada negativamente sua pena em razão de circunstância já previamente reconhecida na dosimetria da pena”²⁷.

²⁵ “Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos fatos, ser submetido a uma ação judicial intentada por outra Parte Contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja atualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão condenatória foi proferida.” O Acordo de Schengen foi consolidado no arcabouço normativo da União Europeia com o Tratado de Amsterdam, de 1997. *Convenção de aplicação do Acordo de Schengen*, 1985. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A42000A0922%2802%29>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁶ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2006, p. 237. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2021, p. 135-136.

²⁷ RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. *Princípios democráticos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 72-73. Concretização deste viés seria o disposto na

Estando em consonância com tal assertiva o alerta feito por Guilherme de Souza Nucci, no sentido de que o processo de aplicação da pena pode acarretar ofensa ao princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato, sem que o magistrado se aperceba, sendo fundamental o cuidado em ponderar uma única vez cada circunstância envolvendo o delito:

Na fixação da pena base, levando-se em consideração os requisitos estabelecidos pelo art. 59 do Código Penal, deve-se usar apenas aqueles que não constituírem, noutros termos, causas legais de aumento ou diminuição de pena. Ilustrando, caso o julgador detecte, em relação ao agente, uma personalidade covarde, pois agrediu e matou um indefeso idoso, antes de promover a elevação da pena-base, precisa atentar para o fato de ser essa circunstância, igualmente, agravante (art. 61, II, h, CP) e causa de aumento de pena (art. 121, §4º, parte final, CP). Se empreender a subida da pena, com base no fator idade da vítima, em tese, poderia fazê-lo por três vezes (personalidade + agravante + causa de aumento). Entretanto, na prática estaria ferindo o princípio de que ninguém deve ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato, entendido este como o fato principal (tipo básico) e todas as suas circunstâncias (tipo derivado e outros elementos previstos em lei) ²⁸.

Nesse sentido, o *ne bis in idem* revela suas potencialidades quando atua em conjunto com outros direitos fundamentais e com princípios estruturais da ordem constitucional, em uma relação de complementação e interação de viés garantista e dinâmico, preocupada em atender à vontade perene do constituinte, no sentido de limitar os excessos punitivos em um Estado Democrático de Direito.

Inobstante, há quem entenda com apoio na doutrina espanhola que a proibição de *bis in idem* pode funcionar como princípio ou regra conforme o uso que receba. No aspecto processual, ao atuar como efeito preclusivo e reforço à coisa julgada, exerceria limites objetivos e, portanto, os efeitos próprios de uma regra. De outro turno, na vertente substantiva, poderia atuar tanto como princípio quanto como regra a depender dos efeitos que gerasse para solução de certas celeumas jurídicas²⁹.

Súmula 241 do STJ “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4 ed. São Paulo Forense, 2015, p. 305-306.

²⁹ GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Ed. Noeses, 2014, p. 38-39.

Revela-se necessário salientar que o princípio em espeque não se confunde com o princípio da valoração integral do fato, a despeito deste último também ser umbilicalmente adstrito à matéria delitiva concursal, nos dizeres de Luiz Regis Prado:

Com efeito, o princípio da valoração integral do fato diz respeito à valoração penal total da conduta do agente, seja no sentido de abarcar todos os aspectos relevantes, seja no sentido de valorá-los da forma específica determinada pela lei. Desse modo, erige-se em fundamento tanto do concurso ideal de delito como do concurso de normas penais, visto que ambos exigem a valoração completa do fato. O *ne bis in idem* aparece como complementar da valoração global, de maneira que, obtida esta última, não podem ser realizadas valorações subsequentes. Então, no que toca ao concurso de normas, o princípio da valoração global tem função de fundamento, enquanto o princípio do *ne bis in idem* tem função de limite³⁰.

Os princípios em questão são antes complementares e não excludentes. Consequentemente, ao final, segundo o supracitado penalista, fundem-se no princípio da proporcionalidade, derivando um aspecto negativo (que dá lugar à proibição de excesso) e positivo (indicativo da medida justa ao caso). Quanto ao primeiro, veda-se que a consequência penal ultrapasse a medida do injusto e da culpabilidade (*ne bis in idem*). Já no segundo, impõe-se a necessidade de sua adequação ao conteúdo do injusto e da culpabilidade, na qualidade de valoração global do dano³¹.

Portanto, o *ne bis in idem* é um postulado de observância cogente em qualquer sociedade que se nomine civilizada, incondicionalmente ligado a uma diretriz de proporcionalidade, suficiência, necessidade e equilíbrio tanto no uso do aparato estatal de persecução penal, como no castigo penal fixado à luz do específico desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta supostamente penal sob exame.

3. *Ne bis in idem* e o princípio da separação de instâncias. A contraposição e o desequilíbrio na lógica sancionatória

Por princípio da separação (ou da independência) de instâncias, entende-se a diretriz que reconhece e privilegia a atividade do

³⁰ PRADO, Luis Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 164.

³¹ *Ibidem*. p. 164-165.

legislador democraticamente eleito, em, dentro dos limites constitucionais formais e materiais, tipificar as ilicitudes e escolher os modelos de apenamento e consequências jurídicas das faltas, assim como subsistemas sancionatórios específicos, alinhados a certos ramos do direito, de modo que melhor atenda ao interesse público primário de pacificação, coexistência social e imperatividade do ordenamento jurídico.

Por força dos princípios da separação de poderes (artigo 2.º, CF/88), do controle (interno e externo, vide artigo 70, CF/88) e democrático (artigo 1.º, *caput* e parágrafo único, CF/88), é legítimo ao legislador, *ab initio*, elencar as condutas de especial gravidade à ordem jurídica, sujeitando-as, conforme sua danosidade social e potencialidade de vulneração de bens jurídicos de grande relevância, a regimes diversos de sancionamento em áreas distintas do direito, sem que isso configure, em regra, violação ao *ne bis in idem*. Nesse sentido:

O princípio da independência das instâncias possui uma dimensão ligada à separação dos poderes e outra ao princípio democrático. Na primeira vertente pretende evitar a submissão de uma esfera dos Poderes estatais às demais, permitindo que cada qual exerça com autonomia e independência sua parcela de *ius puniendi*. Já na segunda, a independência das instâncias reforça a liberdade de conformação conferida ao legislador democrático para atribuir a uma mesma conduta múltiplas sanções em diversos ramos do direito³².

Jorge Munhoz de Souza realça que a doutrina brasileira tende a atribuir interpretação extensiva ao mencionado princípio, o que seria respaldado pelo próprio texto constitucional, em dispositivos como o artigo 37, § 4.º, e o artigo 225, § 3.º da Constituição Federal, que instituem apenamentos variados em searas distintas do direito para uma mesma conduta ilícita, e também pela legislação infraconstitucional, especialmente o artigo 12 da Lei n.º 8.429/29³³, o artigo 125 da Lei n.º

³² SOUZA, Jorge Munhoz de. *Responsabilização administrativa na lei anticorrupção*. In: SOUZA, Jorge Munhoz de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). *Lei anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 169-170.

³³ BRASIL. Lei n.º 8.249, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

8.112/90³⁴ (esse repetido em praticamente todos os regimes funcionais próprios de carreira de estado de que se tem notícia), e mais recentemente, os artigos 18 e 30 da Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), e no art. 22, § 3.º da LINDB, acrescentado pela Lei n.º 13.655/2018. Trata-se, igualmente, do entendimento jurisprudencial tradicional.

Fábio Medina Osório aponta que a ideia preponderante no país sempre foi a de conferir aplicabilidade restritiva ao *ne bis in idem*, privilegiando a concepção abrangente da independência de instâncias, ao abrigo do argumento de que os fatos acabam assumindo identidades distintas. Isso, desde as diversas perspectivas normativas e valorações autônomas, além da própria autonomia das instâncias fiscalizadoras à luz da separação dos poderes. Seria notável, assim, uma tímida submissão da autoridade administrativa à autoridade judicial, especialmente no terro disciplinar³⁵. Assim:

O sistema vigente valoriza, como vem fazendo, o princípio da independência das instâncias, numa perspectiva de separação de Poderes, em busca de um incremento das atuações estatais na proteção dos bens jurídicos ligados não apenas à probidade, mas a outros valores, dentro ou fora das relações de especial sujeição. A visão consolidada majoritariamente é restritiva, estimulando que um sujeito, por um mesmo fato, responda algumas possíveis intervenções punitivas provenientes de instâncias diversas (...). Assim, como os processos punitivos são autônomos, também as sanções acabam assumindo essa identidade (...)³⁶.

Ronaldo Pinheiro de Queiroz aponta que uma mesma conduta pode gerar consequências sancionatórias simultâneas de ordem civil, penal, administrativa e política sem que isso configure afronta ao *ne bis in idem*. Isso porque cada norma violada que esteja vinculada a um subsistema sancionador específico pode gerar uma sanção autônoma relativa à respectiva esfera de responsabilidade. Daí, a independência das

³⁴ BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

³⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 293.

³⁶ *Ibidem*. p. 293-300.

instâncias. Corolário disso é que somente se poderia falar em violação ao *ne bis in idem* quando o infrator é punido mais de uma vez pela mesma conduta, dentro da mesma esfera de responsabilidade³⁷. Exemplificativamente, seria o caso de punição da mesma conduta ilícita na seara administrativa, por dois órgãos de controle administrativo sancionador (como CADE e ANP, ou CADE e PROCON, em enfrentamento à eventual conduta anticoncorrencial).

Contrariamente, se as apurações e punições se dão em esferas distintas de responsabilidade, sob diferentes subsistemas legais sancionatórios vinculados a outras áreas do direito, o entendimento tradicional, inclusive expresso em lei, é claro: não há que se falar em violação ao *ne bis in idem* (como ocorreria se a eventual conduta anticoncorrencial fosse objeto, simultaneamente, de ação penal pela prática do delito do artigo 4.º, incisos I e II, da Lei n.º 8.137/90³⁸, e de inquérito administrativo perante o CADE por violação ao artigo 36 da Lei n.º 12.529/2011³⁹), salvo quando houver previsão legal específica em sentido contrário.

Além disso, a independência das instâncias, quando de fato configurada, seria apenas relativa, tendo em vista que fatores de ordem lógica, fática e jurídica impediriam a concretização duplicada da atividade sancionatória como resposta estatal a uma mesma conduta. Nesse jaez, não seria possível a incidência da penalidade de ressarcimento ao erário na seara da improbidade administrativa (artigo 12, inciso II, da Lei n.º 8.429/92) se, por ocasião de anterior desfecho condenatório de pretensão punitiva penal estatal, já houve exaurimento do efeito da condenação do artigo 91, inciso I, do Código Penal.

A solução é impositiva, porque, segundo magistério de Ronaldo Pinheiro de Queiroz, a reparação do dano ao Erário não se trata de uma pena genuína, mas sim uma consequência da responsabilização civil do ímprobo, no sentido recompositivo (artigo 37, § 5.º da CF/88 c/c art.

³⁷ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção*. In: Lei Anticorrupção. SOUZA, Jorge Munhoz de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 169-170.

³⁸ BRASIL. Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

³⁹ BRASIL. Lei n.º 12.529, DE 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo, Brasília, DF, 1 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

927 do Código Civil)⁴⁰. Então, o agente improbo não tem de ressarcir o mesmo prejuízo causado ao erário duas vezes, sob pena de configuração de excesso de execução e conseqüente de enriquecimento sem causa em prol do ente público (artigo 884 do Código Civil⁴¹).

A relatividade da independência das instâncias também se mostra especialmente sensível ante a circunstância de a instância penal ser prevalecente perante as demais esferas de responsabilidade em casos de absolvição por inexistência do fato ou negativa de autoria. Nesse jaez, de especial relevo para o regramento da matéria o artigo 935 do Código Civil, que estatui a impossibilidade de se discutir a existência do fato ou quem seja o seu autor, quando essas questões estiverem decididas no âmbito criminal, e o artigo 126 da Lei n.º 8.112/90, que determina o afastamento da responsabilidade administrativa de servidor público em caso de absolvição penal fundada na negativa de existência de fato ou de autoria⁴².

Adverte Sérgio Cavalieri Filho que o artigo 935 do Código Civil tem por substrato nuclear a concepção unitária de jurisdição, defendida, dentre tantos, por *Liebman*, deixando clara a inexistência de independência absoluta entre as jurisdições no direito brasileiro:

⁴⁰ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In. *Lei Anticorrupção*. SOUZA, Jorge Munhoz de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 292-294. Em outra passagem, ao analisar a dupla incidência da sanção de ressarcimento ao erário na Lei de Improbidade e Lei Anticorrupção, o autor leciona: “*ocorre que, no momento da execução da pena, em que haverá a promoção de atos de desapropriação de bens e valores do patrimônio jurídico da pessoa jurídica condenada, tal cumprimento somente ocorrerá uma vez, no plano dos fatos. É dizer, acaso haja primeiro a execução da ação de improbidade administrativa e os bens e valores sejam efetivamente perdidos em favor do ente público lesado, haverá, por consequência, perda de objeto – com relação a esta penalidade específica – na execução da mesma sanção na ação de responsabilização cível, sob pena de desfalar duas vezes o patrimônio da pessoa jurídica – para além do montante acrescido ilicitamente -, perfazendo, por ironia, um enriquecimento indevido para o Estado*”. A mesma solução revelar-se-ia impositiva em caso de concretização de efeito da condenação penal, cumulado com os demais tipos de sancionamento citados no exemplo.

⁴¹ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 abr. 2021.

⁴² De relevo ainda os artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal, segundo os quais faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito e não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

De outra parte, nos casos em que o fato gerador da responsabilidade criminal e civil é um só, materialmente idêntico, a boa realização da justiça impõe que a verdade sobre ele seja também uma. A ação penal e a indenizatória constituem, em última instância, um duplo processo de responsabilização pelo mesmo fato danoso, não sendo justificáveis decisões conflitantes. (...) A regra básica, admitida por todos os autores, é a repercussão da decisão criminal no juízo cível naquilo que é comum às duas jurisdições, e somente até esse limite. O fato que não foi categoricamente afirmado ou negado no Crime não foi, a rigor, julgado, sendo ampla a decisão do juízo cível a seu respeito⁴³.

Alguns doutrinadores entendem que a existência de subsistemas variados de ilícitudes e responsabilização não podem ser totalmente subtraídos do ordenamento jurídico, sob pena de concentração demasiada de poder em um único órgão de controle e conseqüente inconstitucionalidade. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, disposições estatutárias ou fixadas em sede de poder constituinte estadual que prevejam a reintegração de servidor público absolvido na seara criminal, independentemente da fundamentação, devem ser interpretadas *cum grano salis*, em conformidade com a Constituição Federal e com o trato da matéria nas codificações civis e penais, vez que o entendimento pela repercussão na esfera administrativa em qualquer hipótese de desfecho da pretensão penal estatal implicaria em eliminação completa da independência das instâncias penal e administrativa, vício que, em seu entendimento, configuraria clara ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes⁴⁴.

Nessa dimensão, a doutrina de Helena Regina Lobo da Costa, direciona-se pela ocorrência do *ne bis in idem* transversal, tendo em vista a acentuada aproximação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, levando a uma relativização do princípio de separação de instâncias, sobretudo, em proteção aos direitos fundamentais, vejamos:

Para além deste cenário internacional, o reconhecimento da vedação do *bis in idem* entre as esferas penal e administrativa

⁴³ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 663-664.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 781.

pelo direito brasileiro não encontra óbice algum na Constituição; pelo contrário: harmoniza-se muito mais aos ditames constitucionais do que a mal fundada e incoerente ideia de que as instâncias seriam independentes. Isto porque, em um ordenamento jurídico que leve a sério a necessidade de limitação do poder do Estado, não se deveria admitir a possibilidade de uma pessoa ser punida diversas vezes pelo mesmo ato, sendo submetida a múltiplos processos – ainda que essa punição não se caracterize estritamente como pena e esses processos não sejam estritamente processos penais, já que hoje o direito administrativo sancionador tem uma capacidade de ingerência em direitos fundamentais, que deve ser delimitada juridicamente de modo rigoroso⁴⁵.

No mesmo sentido, Bruno Tadeu Buonicore e Gilmar Mendes, em recente artigo, abordam o tema do *ne bis in idem*, analisando o julgamento da Reclamação 41.557/SP, perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual proferiu importante decisão que delimitando o espaço entre Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador estende a esse ramo a aplicação das garantias individuais provenientes do direito penal, vejamos:

Proferiu decisão no sentido de demarcar, em sua face procedimental, o espectro de alcance do princípio do *ne bis in idem* na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. O objetivo deste breve artigo é apresentar o cerne da fundamentação do voto vencedor, que desenvolve linha argumentativa na direção de reconhecer a dimensão de proximidade entre as esferas normativas em questão e, conseqüentemente, estender as garantias individuais tipicamente penais para o espaço do Direito Administrativo Sancionador⁴⁶.

Sob outro ângulo, a ampla admissibilidade de criação legislativa de conseqüências sancionatórias diversas para toda e qualquer espécie de violação à ordem jurídica deve igualmente ser rechaçada, sob pena de administrativização indiscriminada do direito penal, mesmo em situações em que inexistam bens jurídicos fundamentais a serem tutelados pela

⁴⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. In: *Boletim IBCRIM*, n. 340, mar. 2021, p. 6.

⁴⁶ BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. In: *Boletim IBCRIM*, n. 340, mar. 2021, p. 4.

norma penal, em manifesta ofensa aos princípios da fragmentariedade, lesividade, proporcionalidade, coerência e de *ultima ratio*.

Pierpaolo Cruz Bottini ressalta que, ainda que existam muitos elementos em comum entre direito penal e direito administrativo, os dois sistemas jurídicos apresentam importantes diferenças quantitativas e qualitativas, cada qual munido de autonomia, princípios, diretrizes e competências específicas, muitas vezes em nada coincidentes:

O direito administrativo regulamenta e organiza o funcionamento social e protege as instituições públicas, mediante normas genéricas mais flexíveis, uma vez que as sanções impostas não acarretam a violação da dignidade humana. Assim, o conceito de autoria no direito administrativo aproxima-se da responsabilidade objetiva, a distinção entre autores e partícipes é menos clara, a descrição dos tipos tem menor precisão, e a sanção prevista tem o objetivo de advertência ou de reparação, desprovida de qualquer referência à culpabilidade do autor e à prevenção especial.

O direito administrativo, por tutelar a esfera coletiva como um ente organizacional, desprovido de relação com os indivíduos que a compõe, pode prescindir dos referentes apontados no apartado anterior, o que não ocorre com o direito penal que, por suas características mais rígidas, deve observar princípios e limites mais rigorosos. A finalidade da norma penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais, enquanto a norma administrativa tem o escopo de ordenar as relações em determinado âmbito de atuação: logo, o descumprimento de regras administrativas não corresponde, necessariamente, à subsunção da norma penal, embora em determinados casos, este fato possa ocorrer⁴⁷.

O autor prossegue seu raciocínio ressaltando a disfuncionalidade da administrativização do direito penal e chamando a atenção para os malefícios da criminalização desnecessária de atos de mero descumprimento de regras da administração, em um direcionamento que se afasta da concepção antropológica de bem jurídico⁴⁸.

As premissas básicas das críticas, sem dúvidas, podem ser transportadas para a interação do direito penal com outros ramos do direito (civil,

⁴⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 149-150.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 150.

ambiental, econômico, tributário, etc.), já que a criminalização difusa de praticamente todas as formas de ilicitude vulneraria sobremaneira o caráter fragmentário do direito penal, subvertendo suas principiologias e funcionalidades fundantes, transformando-o em mero instrumento de reforço de mandamentos de outras searas do ordenamento e de incentivo de comportamentos para o atendimento de interesses de ordenação social que poderiam e deveriam ser regulados unicamente na instância extrapenal.

Assim, talvez em lugar de dar uma interpretação extensiva ao princípio da separação das instâncias, fosse o caso de se tornar prevalente, em nome de uma tutela reforçada dos direitos fundamentais, uma interpretação moderada do mesmo princípio, no sentido de ser fixada, preferencialmente pela via legislativa, uma preponderância *prima facie* de resposta punitiva unificada em situações em que determinado ramo do direito apresenta arcabouço sancionatório com consequências suficientes para a concretização exauriente das finalidades punitivas, de modo que o advento de nova punição, dentro de outro subsistema sancionatório, revelar-se-ia desnecessária e desproporcional.

É a proposta apresentada, dentre outros juristas, por Fábio Medina Osório⁴⁹, e que tem linha de sedimentação no direito penal do sistema europeu de proteção de direitos humanos, conforme será apontado no capítulo de encerramento deste estudo.

4. *Ne bis in idem* processual e a proteção da coisa julgada

A proteção da coisa julgada (artigo. 5.º, inciso XXXVI, da CF/88) é garantia fundamental ínsita ao Estado Democrático de Direito, e instrumento imprescindível para consolidação da segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais. De fato, não há que se falar em efetiva tutela das liberdades e respeito à dignidade da pessoa humana em ordenamentos jurídicos onde é conferida ao poder público a prerrogativa de rever as decisões jurisdicionais definitivas a seu bel-prazer, com a possibilidade de inclusive transformar a exceção (a rescindibilidade) em regra, submetendo os jurisdicionados a perpétuos contextos de indefinição de suas situações processuais adstritas às pretensões materiais e existenciais relevantes, portanto, um verdadeiro constrangimento pessoal.

⁴⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 303-326.

Instabilidade e incerteza total do futuro não combinam com o caráter antropocêntrico de um Estado Constitucional, Nesse sentido, Wallace Paiva Martins Júnior:

O direito colima a paz social e um dos meios para alcançá-la é a segurança, a estabilidade, que o sistema jurídico oferece conservando situações no tempo ao lado da previsibilidade de comportamentos. Afinal, é herança do constitucionalismo liberal a criação de um “sistema absolutamente incompatível com a surpresa” e que “postula absoluta e completa previsibilidade da ação estatal pelos cidadãos e administrados” como consequência do prestígio à segurança jurídica. O princípio da segurança jurídica é inerente ao Estado Democrático de Direito como limite negativo à atuação estatal e garantia fundamental da pessoa nos vários aspectos daí derivados (liberdade, propriedade, personalidade etc.) protegendo situações jurídicas subjetivas consolidadas. Explica a literatura que a segurança jurídica é consistente no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída⁵⁰.

Ao revés, em um autêntico processo penal democrático, é impositiva a regra de que a coisa julgada deve ser vista como medida de segurança jurídica para tutela dos direitos fundamentais e um limite claro ao poder de persecução e punição penal. Como lembra Ana Paula de Barcellos, a ordem jurídica nacional gravita em tono de dois grandes valores fundamentais: a segurança e a justiça, sendo o inciso XXXVI do artigo 5.º da Constituição claramente vocacionado para a tutela do primeiro:

A coisa julgada é garantia tradicional do direito constitucional brasileiro, que preserva os jurisdicionados até mesmo contra as tentativas de interferência do próprio Legislativo, que, embora seja o único órgão constitucionalmente legitimado para inovar com definitividade na ordem jurídica, jamais poderá fazê-lo para desconstituir situações jurídicas subjetivas decorrentes

⁵⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. JÚNIOR. Wallace Paiva Martins. *Tratado de direito administrativo*. vol. I. Teoria geral e princípios do direito administrativo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 625-626.

de decisões transitadas em julgado (...). A leitura correta do dispositivo é que nem mesmo a lei pode prejudicar a coisa julgada, o que significa a natural exclusão de quaisquer outros atos jurídicos⁵¹.

Por ocasião de sua incidência no processo penal, em que há possibilidade de interferência no *status libertatis*, seara na qual eventual erro judiciário será sempre irreversível, a cautela deve ser redobrada para a preservação da garantia constitucional em espeque. Não por outro motivo, adverte Keity Saboya que, sendo a tutela da liberdade um princípio inerente ao Estado democrático de direito, exige-se para a revisão de sentenças transitadas em julgado e acobertadas pela autoridade da coisa julgada, um fundamento material inequívoco, o qual corresponde, no processo penal brasileiro, somente às hipóteses de condenação injusta ou de erro judiciário em prejuízo da defesa⁵².

A decisão final *pro reo*, uma vez esgotados os recursos cabíveis, reveste-se de imutabilidade absoluta, não admitindo o ordenamento jurídico pátrio a chamada revisão criminal *pro societate*. Para Aury Lopes Júnior, a coisa julgada é uma construção artificial do direito, que, por exigência política ou de pacificação social, sempre se revela como um artifício a serviço do cidadão, estabelecido em sede constitucional (artigo 5.º, XXXVI) com natureza jurídica de garantia individual, principalmente para assegurar o *ne bis in idem*, ou seja, para impedir que alguém seja julgado novamente pelos mesmos fatos:

Portanto, a coisa julgada atua em uma dupla dimensão: constitucional (como garantia individual) e processual (preclusão e imutabilidade da decisão). Em qualquer das duas dimensões, no processo penal (eis mais um fundamento da inadequação da teoria geral do processo) a coisa julgada está posta a serviço do réu, ou seja, uma garantia do cidadão submetido ao processo penal⁵³.

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula De. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 170.

⁵² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, p. 237, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2021, p. 110-111.

⁵³ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 920.

Tal principiologia aumenta demasiadamente a responsabilidade dos órgãos de persecução penal no apontamento de autoria, materialidade e imputação penal aplicáveis ao caso, com descrição clara e detalhada de todo o fato natural que deu ensejo ao litígio penal, pois eventual erro ou omissão que afaste o objeto da pretensão punitiva estatal da realidade fática não poderá, posteriormente, servir de justificativa para retomada de situações processuais já definitivamente encerradas.

À luz da garantia constitucional e convencional do *ne bis in idem*, não é possível a renovação da acusação, tendo como objeto o mesmo fato natural, mas com diferente classificação jurídica feita pelo órgão acusatório. Por fato natural, entende-se o comportamento, o fato da vida, atribuído à pessoa integrante do polo passivo da relação processual penal.

Para Paulo Rangel, o aditamento à denúncia (artigo 384 do CPP) é a formalidade processual existente para corrigir eventuais erros e omissões na acusação, ainda dentro da mesma relação jurídica processual penal. A ausência de tal providência pelo órgão acusatório, em situações em que o fato narrado na exordial não corresponda, no todo ou em parte, ao apurado nos autos, implicará na absolvição do acusado da imputação feita ou na condenação apenas do crime descrito na denúncia, ainda que esse não abranja toda a inteireza do fato criminoso, e sem o aditamento da denúncia a absolvição representa uma medida de justiça, e “uma vez absolvido por esse fato, com eventual trânsito em julgado, não mais poderá ser trazido aos bancos da justiça por vedação expressa à punição duas vezes pelo mesmo fato (*no bis in idem* – art. 8.º, 4, do Pacto de San José da Costa Rica)⁵⁴.

O ponto nevrálgico para sabermos se estamos ou não diante de uma dupla imputação e, portanto, de uma situação violadora do *ne bis in idem*, explica Aury Lopes Jr., é identificar a presença do mesmo fato natural e do mesmo imputado. À luz da garantia constitucional do *ne bis in idem*, a moléstia na liberdade individual não pode se dar através da repetição do processamento penal do mesmo sujeito passivo pelos mesmos fatos, sendo indiferente que eles possam ser contemplados sob distintos ângulos penais, formais e técnicos. Ou seja, a coisa julgada penal fica circunscrita, subjetivamente, pela identidade da pessoa do réu e, objetivamente, pela identidade do fato⁵⁵.

⁵⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 337.

⁵⁵ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 923.

Em casos de concurso formal de crimes e de crime continuado, por exemplo, a ausência de descrição clara e tempestiva dos demais fatos típicos englobados dentro do contexto criminoso que permita o reconhecimento dos institutos limitativos da duplicidade punitiva implicará preclusão irreversível do direito de apresentação de nova imputação através de outra ação penal.

Isso porque o fato da vida dentro do qual aqueles comportamentos criminosos foram praticados já foi definitivamente analisado e julgado em sua inteireza, de modo que a reabertura da atividade persecutória implicará em evidente revisão criminal *pro societate*, ofensa à coisa julgada material e à interdição do *bis in idem*, em ampla mácula a todo o ordenamento jurídico. Conforme explica o mesmo autor, ambos os institutos (concurso formal de crimes e crime continuado) são ficções legais produzidas para beneficiar o réu, cuja desconsideração em sede da falta de proteção, pela via da coisa julgada, implicaria em esvaziamento de toda essa proteção penal construída. Em síntese o autor explica que:

Assim, se mediante uma única ação culposa, Mané atropela 4 pessoas que caminhavam pela margem de uma rodovia, mas a denúncia descreve apenas 3 dos crimes, não poderá, após a sentença transitar em julgado, ser (novamente) processado em relação ao fato não abrangido pela denúncia. Como explica CORDERO, deve o Ministério Público apresentar a acusação com o fato e todas as suas circunstâncias, ou seja, que aduza tudo que se pode apresentar. O sistema exclui processos parciais, como seriam os julgamentos distintos sobre delitos concorrentes em um só episódio (determinado pela conduta). Em síntese, *una vez el hecho es juzgado, todas sus circunstancias lo son igualmente*⁵⁶.

Aury Lopes Jr., igualmente, chama a atenção para o crime continuado, e a peculiar possibilidade de existirem condutas praticadas no mesmo tempo abrangido pelo contexto de continuidade, mas que por algum motivo não foram objeto de acusação. Em casos tais, a coisa julgada material, a interdição do *bis in idem* e a proibição de revisão criminal *pro societate* revelam-se mandamentos constitucionais cogentes e suficientes a impedir a deflagração de nova pretensão punitiva estatal:

Assim, suponhamos que alguém seja condenado por furto continuado, por subtrair veículos, na mesma cidade, nos meses

⁵⁶ Ibidem. p. 924.

de janeiro, fevereiro, abril e junho de 2011. Após o trânsito em julgado da decisão, é oferecida denúncia referente a furto de veículos, nos meses de março e maio daquele mesmo ano (2011). Se esses fatos tivessem sido incluídos na denúncia anterior, teriam sido julgados da mesma forma, ou seja, como crime continuado. Estão abrangidos pela coisa julgada? Pensamos que sim. A continuidade delitiva é uma unidade delitiva por ficção normativa, ou seja, nos termos do art. 71 do CP, aplica-se a pena de um só dos crimes (ainda que tenham sido várias as ações ou omissões, praticando assim dois ou mais crimes da mesma espécie), se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentando-se a pena de um sexto a dois terços. Esse tratamento diferenciado e mais benigno ao réu é o que funda a existência do crime continuado, e não pode ser fraudado pelo simples argumento de que algum ou alguns dos fatos integrantes daquela cadeia fática não foram objeto da acusação. Ao acusador, tomando por base os mecanismos de investigação à disposição do Estado, incumbe oferecer a acusação por todas as condutas praticadas, até porque a ação penal é obrigatória e indivisível. Como aponta LEONE, *si el delito continuado es un instituto inspirado en sentimientos de equidad a favor del reo, tendiente a evitar la aplicación del rigor del concurso, al dejarse independientes las dos acciones, se vendría a disolver la sustancia, el fundamento y la finalidad de él, y se caería en los excesos de la teoría anteriormente examinada*⁵⁷.

Verifica-se a enorme relevância da dimensão processual do *ne bis in idem* como instrumento de tutela ou reforço de tutela para os direitos e garantias fundamentais, caros ao *status libertatis*. De fato, é na dimensão processual que são operacionalizadas todas as funcionalidades do *ne bis in idem*, e onde esse demonstra aptidão para, já no início de uma atividade investigatória ou de uma relação processual, bloquear as possibilidades de excesso sancionatório produzindo exercício reiterado de uma atuação punitivista em respeito de um mesmo fato e em face do mesmo agente.

O *ne bis in idem* decorre da noção lógica de justiça e coerência de que exercido um direito não é possível fazê-lo novamente. De igual maneira, o titular de um dever, uma vez concretizado seu cumprimento, fica desonerado de em uma nova ocasião ser chamado a adimplir a mesma obrigação!

⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 925.

5. *Ne bis in idem*: um breve olhar sobre as perspectivas tratadas na jurisprudência penal da União Europeia

A consagração da máxima do *ne bis in idem* perante os países europeus no período pós-guerra, especialmente depois da criação da União Europeia, e da assinatura dos tratados que consubstanciam sua espinha dorsal, elevaram o mandamento em estudo a um outro nível de maturação metodológica e doutrinária, especialmente quando da concorrência entre o direito penal e o direito administrativo sancionador⁵⁸.

Depois do advento do referido Acordo de Schengen, veio à lume o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da União (ELSJ), no bojo do qual foram confeccionadas diretrizes declaradamente reverentes ao princípio do *ne bis in idem*, especialmente adstritas à sua aplicação nas searas penal e administrativo sancionador. Como ressalta Fábio Brun Goldschmidt, em nível europeu, restou estabelecido como prioridade a implementação de “medidas de coordenação das investigações penais e dos processos em curso nos Estados-membros a fim de evitar uma duplicação de esforços e decisões contraditórias, tendo em conta uma melhor utilização do princípio *ne bis in idem*”:

Na dicção desse objetivo de coordenação e de evitar duplicação de esforços, vê-se o avanço da proibição de *bis in idem*, mais uma vez, a um novo patamar de maturidade, para consagrar-se como um princípio de preclusão (...) rumo à unicidade da ação punitiva, já que não se preocupa mais em frisar tão somente a impossibilidade de dupla sanção, ou mesmo em reafirmar a noção, já assente nos Estados modernos, de coisa julgada, impeditiva de um segundo processo sobre o mesmo fato já julgado. O que se quer é evitar a descoordenação do sistema e os danos ao indivíduo que isso pode acarretar, com o desencadeamento paralelo de processos e investigações independentes por diferentes agentes punitivos. Mesmo a

⁵⁸ “No seio do projeto apresentado ao Conselho Europeu de Salónica ocorrido em Julho de 2003, constata-se a presença de normas e princípios que, por um lado influenciam o direito penal interno dos Estados-membros e, por outro, vêm providas de conteúdo penal. É de se notar a presença de preceitos que reafirmam alguns dos já vigentes princípios fundamentais de Direito Penal, por exemplo, no direito penal português, como é o caso dos princípios que se podem colher das disposições relativas à Carta dos Direitos Fundamentais da União – parte II do projeto de Constituição – notadamente o princípio da humanidade das penas, o da legalidade, o da proporcionalidade, do *non bis in idem*”. LIMA, Ricardo Alves de. *Transcriminalidade e sistema de direito penal europeu*. Porto Alegre: Safe, 2012, p. 190-191.

dimensão processual da proibição de *bis in idem*, portanto, passa hoje por uma leitura que tem em conta a centralidade do indivíduo, e em última análise, uma garantia substantiva, pois a prerrogativa de punir dos Estados cede passo ante a preocupação em garantir a unicidade da ação sancionadora em prol do acusado⁵⁹.

Além disso, cresceu em importância e abrangência a atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que em seus precedentes dos últimos anos, quanto ao tema *ne bis in idem*, têm procurado enfatizar a coerência e a unidade dos ordenamentos estatais sancionadores dos estados membros, privilegiando um viés de clara unificação punitiva, seja dentro de um mesmo estado-membro, ou em casos de concorrência de jurisdições entre os países da comunidade europeia.

A nova interpretação, que visa a dar máxima concretude ao artigo 4.1. do Protocolo 7⁶⁰ à Convenção Europeia de Direitos Humanos, deverá repercutir inclusive em países onde o princípio da independência das instâncias possui aplicação expansiva e sedimentada, como a França, Itália e a Alemanha, já que a atuação dos tribunais supranacionais tem sido no sentido de romper, ao menos de modo gradativo, o paradigma da independência das instâncias punitivas, impondo em alguns casos, mediante certos requisitos, à unificação sancionatória como um autêntico instrumento de proteção de direitos humanos contra os excessos punitivos.

Para isso, o argumento nuclear seria que a interdição de *bis in idem* deve ter como parâmetro substancial, para identificação de sua violação, o nível de severidade e à finalidade das sanções aplicadas pela autoridade protagonista da punição, e não o subsistema sancionatório a qual, *ab initio*, pertenceria.

Assumirá especial relevo, portanto, a tarefa de detectar a aptidão do resultado sancionatório para restringir de forma significativa o gozo ou fruição de direitos fundamentais básicos, não necessariamente adstritos à liberdade, mas sempre de inegável jusfundamentalidade no ordenamento jurídico. Assim, a sanção deve ter capacidade de impactar sobremaneira

⁵⁹ GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Ed. Noeses. 2014, p. 11-12.

⁶⁰ FRANÇA. *Protocolo n. 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, 1984. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh6.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

direitos como propriedade, à livre iniciativa e o exercício de atividade econômica, a autonomia da vontade, dentre outros.

Fixada a penalidade em observância ao princípio do devido processo legal⁶¹, e uma vez reconhecida a gravidade sancionatória, a busca por novas punições, mesmo em outros ramos do direito, a depender das peculiaridades do caso concreto, deve ser neutralizada, segundo entendimento do TEDH, conforme veremos mais adiante na análise dos casos propostos. A classificação sancionatória formal, desta feita, perde em importância frente ao aspecto material e à apreensão da finalidade genuína da norma punitiva.

A orientação não é propriamente nova. Já faz parte, há alguns anos, do debate em países de sistema romano germânico a necessidade de revisão do dogma da separação de instâncias, de modo a compatibilizá-lo com a força expansiva e protetiva do *ne bis in idem*, que, ao contrário de seu contraposto, possui guarida constitucional e convencional claras.

No caso brasileiro, existe substancial doutrina defendendo, à luz da vedação ao *ne bis in idem* fixada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a obrigatoriedade de implementação imediata de unificação sancionatória não só entre direito penal e direito administrativo sancionador, mas frente a todos os ramos do ordenamento jurídico. É a posição de Sirlene Nunes Aredes

A vedação de *bis in idem* é decorrência lógica do reconhecimento de que as sanções impostas pela Administração integram o poder punitivo por inexistirem critérios materiais que justifiquem a autonomia das diversas formas de repressão estatal. Como as penas cominadas pela Administração não se justificam autonomamente em relação àquelas aplicadas pelo Poder Judiciário, as punições simultâneas impostas às mesmas pessoas, em razão dos mesmos fatos e fundamento, ainda que por diversas autoridades, caracterizam *bis in idem*. A teoria da unidade do poder punitivo estatal considera que as instâncias punitivas são interdependentes. A atribuição do poder punitivo a diversos órgãos da estrutura

⁶¹ “Seu alcance conceitual, e a sua flexibilidade posicional dentro da estrutura do ordenamento jurídico, fazem com que este princípio seja a todo tempo testado, e conseqüentemente aprimorado”. LIMA, Ricardo Alves de. Juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. In: *Direito penal constitucional: a (des) construção do sistema penal* / coordenação e prefácio Luiz Regis Prado; organização Luís Roberto Gomes, Mário Coimbra. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 184-185.

estatal não o desqualifica como o que ele realmente é: repressão ao descumprimento de obrigações jurídicas. Do ponto de vista constitucional, sua reiteração é desproporcional, ainda que legislativamente prevista, quando se utiliza o mesmo mecanismo, mais de uma vez, contra a mesma pessoa, em razão dos mesmos fatos e fundamentos⁶².

Ainda que não se chegue a uma mudança de paradigma dessa magnitude, há de se indagar por qual motivo, a despeito da inexistência de diferença ontológica entre sanções penais e administrativas, corolário da unicidade do poder punitivo como manifestação da soberania estatal, insiste-se na divisão da atividade sancionatória e na existência de castigos estatais (geralmente pesados) em distintas áreas do direito como uma regra quase que absoluta.

Se não eliminar essa angustiante realidade, ao menos as orientações que vão se desenhando abrem caminho para uma interpretação mais expansiva do *ne bis in idem*, e uma mitigação mais criteriosa da separação de instâncias, permitindo o acúmulo punitivo apenas em situações bem delineadas.

5.1. Precedentes jurisprudenciais do TEDH e do TJUE

a) Caso *Grande Stevens* (Recurso n.º 18640/2010 do TEDH – julgamento em março de 2014). Esse talvez seja o mais impactante dos últimos anos na jurisprudência do TEDH. O resultado do julgamento, à unanimidade, prestigiou o desfecho de processo administrativo sancionatório anterior, em detrimento da possibilidade de posterior persecução penal pelos mesmos fatos⁶³.

O caso envolvia fraudes no mercado de capitais da Itália, praticadas, em tese, por empresários e administradores da empresa FIAT. Depois da apuração e da condenação nas instâncias administrativas italianas (equivalentes no Brasil à Comissão de Valores Mobiliários – CVM), foi deflagrada a persecução penal correspondente, que culminou na condenação, transitada em julgado na justiça daquele país, de dois dos réus originais do processo administrativo.

⁶² AREDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%209%20direito%2052.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

⁶³ TEDH. *Case of Grande Stevens v. Italy*. Disponível em: <<https://bit.ly/3pDdWBA>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

O recurso interposto ao TEDH, apresentou entre outros argumentos à alegação de violação ao *ne bis in idem*, com conseqüente mácula do artigo 4.1. do Protocolo 7 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, eis que os fatos e sujeitos passivos tratavam-se dos mesmos do processo administrativo original, com resultado condenatório consistente em pesadas multas e suspensão do exercício de atividades profissionais.

O TEDH agasalhou, em março de 2014, por unanimidade, a tese defensiva de mácula ao *ne bis in idem*, anulando o processo penal italiano, e impondo óbice à deflagração de novas investigações penais contra os réus a respeito dos mesmos fatos, ainda que a condenação originária tenha se dado em sede de direito administrativo sancionador.

Pesou em favor da pretensão defensiva a circunstância de que a despeito do caráter administrativo da condenação sufragada pelos réus, resultante de processo administrativo sancionador e aplicada por autoridade integrante da administração pública, segundo as previsões legislativas do direito italiano, e o apenamento ter se revelado de especial severidade, extrapolando o caráter meramente reparatório, com limitação significativa de direitos fundamentais, consubstanciando, no entendimento da corte, autêntica sanção penal. Como explica Paulo Burnier da Silveira:

A análise do caso “Grande Stevens” e de outros precedentes europeus confirma que o direito administrativo sancionador pode ter sim um caráter penal, a depender da severidade das sanções impostas pela Administração Pública. Isto foi justamente o que ocorreu no caso italiano, cujas sanções administrativas foram consideradas de natureza penal. Destaca-se que a decisão do TEDH inova ao afirmar que os Estados-Membros da UE não têm a liberalidade de definir, por uma classificação própria e prévia, quais sanções são de natureza administrativa e quais são de natureza penal, de modo a excluí-las da aplicação do princípio de *non bis in idem*. O que será analisado é o condão da sanção administrativa imposta, sendo seu grau de severidade um aspecto determinante desta análise. Desta maneira, surge a necessidade de um cuidado especial, por parte da autoridade administrativa, na dosagem das sanções quando da aplicação de remédios administrativos, sob risco destas sanções serem consideradas de natureza penal e, portanto, passível de incidência do princípio de vedação do *bis in idem* em relação a eventuais sanções criminais. Este parece ser um aspecto-chave da decisão do TEDH, pois até então países como a França e

Itália se escusavam da aplicação do princípio no campo administrativo sob o argumento da tradição secular dos processos administrativos sancionadores em ambos os sistemas jurídicos, que permitiam aos tribunais nacionais categorizarem as infrações administrativas como não-penais⁶⁴.

A clara tendência, contextualizada pelo mencionado precedente, é o reforço da proibição de múltiplos processos e múltiplas sanções contra o mesmo agente pelos mesmos fatos em detrimento de uma postura permissiva à independência das instâncias, circunstância a se perfectibilizar ainda que em casos de atuação punitiva via diferentes esferas do direito, conforme a classificação formal de cada país, dada à equiparação substancial cada vez mais sensível entre o Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal.

Com isso, tende-se a proibir que o mesmo agente seja punido pelo mesmo fato em procedimentos distintos no âmbito da persecução penal e das apurações administrativas, valendo a proibição de *bis in idem*, portanto para todas as esferas de atuação punitiva estatal, em uma autêntica unificação do direito punitivo, em prol não só do *status libertatis*, mas de todos os direitos fundamentais que podem ser atingidos pela atividade sancionatória.

b) Caso *Luca Menci*. (Processo C-524/15.TJUE - julgamento em março de 2018⁶⁵). Ao que diz respeito à interação entre direito tributário sancionador e direito penal, percebeu-se uma orientação razoavelmente diferente da resultante nas diretrizes fixadas no Caso *Stevens* pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Isso, porque o Tribunal de Justiça da União Europeia permitiu, no precedente ora em comento, à cumulatividade de sanções mediante o preenchimento de certos requisitos.

O caso envolvia a punição administrativa por autoridade tributária ante o não recolhimento do IVA (Imposto de Valor Agregado) por um empresário individual autônomo no ano de 2011. Depois da conclusão do processo administrativo fiscal, com a devida punição, foi instaurado o procedimento penal correspondente.

⁶⁴ SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: Uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. In: *Revista do CADE*, v. 2, n. 2, 2014. p. 13. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrancia/article/view/139/0>>. Acesso em 02 mar. 2021.

⁶⁵ TJUE. Disponível em: <<https://bit.ly/3pHqcRj>>. Acesso em: 1 mai. 2021.

O procedimento posterior, de natureza criminal, acabou cancelado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), porém a duplicidade sancionatória (penal e administrativa) só seria legítima à luz do preenchimento dos seguintes requisitos cumulativos, segundo apontam Adriano Teixeira, Heloísa Estellita e Marcelo Cavali:

1. Visar um objetivo de interesse geral que seja suscetível de justificar o acúmulo de sanções, a saber, a luta contra infrações em matéria sobre imposto de valor agregado, devendo os procedimentos e sanções possuírem finalidades complementares;
2. As regras devem assegurar uma coordenação que limite ao estritamente necessário o encargo adicional resultante de um cúmulo de procedimento aos envolvidos;
3. Prever regras que permitam assegurar que a severidade do conjunto de sanções se limite ao estritamente necessário face à gravidade concreta da infração;
4. A necessidade da autoridade nacional certificar-se, diante das circunstâncias do caso concreto, que o encargo resultante do acúmulo de sanções não é excessivo face à gravidade da infração cometida⁶⁶.

No caso brasileiro, cabe salientar a existência de situação similar, porém com âmbito de proteção ao *status libertatis* até mesmo mais alargado que o do precedente supracitado, dada a prevalência do subsistema punitivo do direito sancionador tributário sobre o direito penal, detectada por Fábio Medina Osório, no disciplinamento trazido pela Lei n. 10.684/2003⁶⁷, que suspendeu a pretensão punitiva penal tributária referente aos crimes do artigo 1.º e artigo 2.º da Lei n.º 8.137/90, do artigo 168-A e do 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada aos agentes protagonistas dos referidos crimes se submeter a regime de parcelamento.

Segundo o autor, tal possibilidade, assim como a do artigo 9.º, § 2.º da Lei n.º 10.684/2003, pelo qual é extinta a punibilidade dos crimes supracitados quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições

⁶⁶ TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o acúmulo de sanções penais e administrativas. Disponível em: <<http://ga.basegroup.com.br/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas/>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

⁶⁷ BRASIL. Lei n. 10.864, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mai. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.684.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

sociais, consagram a interferência direta das instâncias administrativas no âmbito criminal, sinalizando progressiva densidade normativa no tocante a reflexos de operacionalização do *ne bis in idem*⁶⁸.

Direcionamento que, recentemente, restou maculado por decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento em 18 de dezembro de 2019, do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 163.334/SC⁶⁹, entendeu que o contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do artigo 2.º, inciso II da Lei n.º 8.137/1990. Dessa forma, mais uma vez, ultrapassamos a barreira do direito administrativo e tributário sancionador e atingimos em cheio o núcleo do direito penal e processo penal, sobretudo do bem jurídico-penal, para fins de satisfação de créditos em favor da fazenda pública, em que se lança mão do mais forte instrumento jurídico com o intuito de salvaguardar interesses que deveriam ser solucionados em outras esferas do ordenamento jurídico brasileiro.

c) Caso *Garlsson Real Estate* (Processo C-537/16. TJUE – julgamento em 20 de março de 2018⁷⁰). A ilicitude que deu origem ao precedente em destaque em alguns pontos se assemelha ao caso *Grande Stevens*. Envolveu novo sancionamento por autoridade regulatória do mercado financeiro italiano em resposta à fraude cometida em manipulação de mercado. Porém, no caso concreto, a apuração penal correspondente aos mesmos fatos tinha se dado antes, com apenamento transitado em julgado, mas cuja punibilidade acabou sendo extinta ante a concessão de um indulto.

Irresignados com a posterior deflagração do processo administrativo sancionador, os réus recorreram alegando ofensa ao *ne bis in idem*. A celeuma chegou até a Corte de Cassação Italiana que ciente da nova orientação que se desenhava em nível de proteção internacional de direitos humanos, principalmente a partir do caso *Grande Stevens*, optou por, antes do julgamento, fazer uma consulta ao Tribunal de Justiça da

⁶⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 320.

⁶⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RHC 163.334/SC. Ata n. 193/2020, Rel. Ministro Roberto Barroso. DJE n. 271, publicação em 13 de novembro de 2020, por maioria de votos. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5562955>>. Acesso em: 2 mai. 2021.

⁷⁰ TJUE. Disponível em: <<https://bit.ly/3gaQhVP>>. Acesso em: 1 mai. 2021.

União Europeia, indagando sobre a viabilidade do acúmulo de sanções administrativas e penais à luz do texto da convenção.

Em resposta, o TJUE declara que o objetivo de salvaguardar a integridade dos mercados financeiros da União e a confiança do público nos instrumentos financeiros é suscetível de justificar um cúmulo de procedimentos e de sanções de natureza penal. Apesar disso, alerta a necessidade de verificação, pelo juiz nacional, que a regulamentação italiana punitiva de manipulações de mercado aparenta não respeitar o princípio da proporcionalidade.

Isso porque a regulamentação nacional italiana autoriza a tramitação de um procedimento administrativo de natureza penal pelos mesmos fatos que já foram objeto de condenação, na mesma seara legal. Diante disso, classifica a sanção penal como suficiente a, por si só, reprimir a infração de forma efetiva, proporcionada e dissuasiva. Com isso, a eclosão de nova persecução de procedimento administrativo de natureza penal pelos mesmos fatos já objeto de condenação penal extrapola o estritamente necessário para a proteção do bem jurídico tutelado (a higidez dos mercados financeiros)⁷¹.

Acaba por não influenciar nessa decisão o fato do ilícito penal demandar análise aprofundada do elemento subjetivo do tipo, o que nem sempre é exigível na infração administrativa. Diferentemente, seria preponderante para o reconhecimento do *ne bis in idem* a identidade material dos fatos a serem analisados.

Diante disso, percebe-se que as decisões ora analisadas e comentadas apresentam as seguintes diretrizes em comum, que vistas em conjunto permitem concluir por uma flexibilização dos alicerces dogmáticos dos princípios do *ne bis in idem* e separação de instâncias, conforme a seguinte percepção

⁷¹ “O artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que permite dar seguimento a um procedimento de sanção administrativa pecuniária de natureza penal contra uma pessoa em razão de comportamentos ilícitos que constituem manipulação de mercado pelos quais já foi proferida uma condenação penal transitada em julgado contra a mesma, na medida em que esta condenação, tendo em conta o prejuízo causado à sociedade pela infração cometida, seja suscetível de punir esta infração de forma efetiva, proporcionada e dissuasiva”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Grande Secção). Processo C-537/16. Jornal Oficial da União Europeia C 166/12 em 14 maio de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AO-J.C_.2018.166.01.0012.01.POR>. Acesso em: 01 mar. 2021.

- i. A classificação formal da sanção dentro do ordenamento jurídico de cada país, assim como a seara de tramitação do procedimento e a qualificação da autoridade sancionadora (se judicial ou administrativa), não são mais os fatores primordiais para a apreensão da real natureza jurídica da sanção aplicada (se penal, civil ou administrativa, por exemplo);
- ii. Mais do que isso, a efetiva severidade da sanção, aptidão restritiva ao exercício de direitos fundamentais e força dissuasiva da prática ilícita devem ser tomados como elementos preponderantes para classificação do ato punitivo como de caráter penal, com consequente rejeição da natureza extrapenal, mesmo se houver previsão expressa nesse sentido;
- iii. O caráter penal da sanção será de sensível detecção, também pela análise da finalidade da punição. Se esta extrapolar o desiderato meramente ressarcitório, recompositivo do prejuízo causado, demonstrando igualmente um viés repressivo, o reconhecimento de seu caráter penal demonstrar-se-á inafastável;
- iv. Consequentemente, haverá viabilidade no cúmulo de sanções, sem ofensa ao *ne bis in idem*, em casos em que as sanções cumuladas visarem a finalidades distintas, porém complementares, que tenham por objetos aspectos diferentes de uma mesma conduta ilícita.

6. Conclusão

O *ne bis in idem* trata-se de um princípio de natureza constitucional, com aplicação nas áreas penal e extrapenal. Embora de significativa incidência na primeira, a ela não se limita, expandindo-se para o direito civil e, especialmente, ao direito administrativo sancionador, em que, como um mandamento de justiça e proporcionalidade, deva obstaculizar, também, a dupla punição e dupla persecução.

Possui inafastável adstrição a outros princípios penais constitucionais por excelência, como o princípio da legalidade e proporcionalidade, e aos princípios constitucionais penais, como o devido processo legal, segurança jurídica e intangibilidade da coisa julgada material.

A despeito da existência de controvérsias quanto à sua origem e da inexistência de recepção expressa na normatização constitucional brasileira vigente, prevalece a orientação doutrinária de que o *ne bis in idem* caracteriza-se, na vertente substancial, como manifestação dos princípios constitucionais da legalidade material ou tipicidade (artigo

5.º, XXXIX) e da proporcionalidade. Já no aspecto processual, encontra-se guardada nos incisos II, XXXVI e LVII do mesmo artigo, sendo decorrência naturalística do devido processo legal e da intangibilidade da coisa julgada material.

Por esses e outros motivos, o princípio do *ne bis in idem* trata-se de direito e garantia fundamental implícito na ordem constitucional brasileira, em conformidade com a cláusula de abertura ou atipicidade dos direitos fundamentais do artigo 5.º, § 2.º da Constituição Federal de 1988, a ser lido sistematicamente com os demais dispositivos citados acima.

Além disso, existem diversos institutos e dispositivos na legislação infraconstitucional brasileira que tratam da matéria para fins de evitar excessos punitivos, embora não com a extensão, sistematização e clareza desejáveis. É o caso da detração penal, limitações à extraterritorialidade da lei penal, concurso aparente de normas, algumas regras de concursos de crimes, proibição de revisão criminal *pro societate*, algumas condicionantes pontuais entre o direito tributário sancionador e o direito penal, dentre outros. O tratamento incompleto da legislação, que não traz um estatuto geral do princípio, é compensado em parte, com o arcabouço normativo produzido em sede de tratados internacionais de direitos humanos.

A vigência do *ne bis in idem* na ordem normativa produz diversos e relevantes efeitos, notadamente: a) interdita as atividades persecutória, processual e sancionatória quando refletirem repetição de identidade de fato, agente e fundamento (ou seja, apenas a proibição da dupla ou múltipla punição pelo mesmo fato não é suficiente para a compreensão de toda a extensão de sua vertente protetiva); b) bloqueia a dupla valoração legislativa ou judicial negativa, pelo mesmo fato contra o mesmo agente, ainda que em fases distintas da operação de apenamento; c) proíbe, em atuação sistemática com a garantia da coisa julgada material e proibição de revisão criminal *pro societate*, a repetição do exercício da pretensão punitiva em casos de falhas na postulação acusatória constantes na ação original, seja por desconhecimento ou omissões adstritas à inteireza do contexto criminoso, seja por inadequações técnicas da imputação dos fatos e fundamentos jurídicos. Em suma, eleva a um patamar de importância ímpar os princípios da responsabilidade e da boa-fé acusatória, em regra, pouco explorados; d) impede que o princípio da separação/independência entre as instâncias seja levado às últimas consequências, exigindo tanto do legislador quanto do operador do direito um trabalho de contenção da expansão sancionatória a distintas áreas do

ordenamento jurídico, quando houver plena decisão e esclarecimento dos fatos, além de previsão de sanção eficiente e suficiente, em uma delas; e) em conformidade com o item anterior, perpetua a tensão com o princípio da separação/independência entre as instâncias, especialmente em sistemas jurídicos em que esse tem aplicabilidade abrangente e tradicional. Tal se dá não só em prol da centralidade do ser humano dentro da atividade persecutória, como também função da inadiável necessidade dessa última ser racionalizada; f) desafia a prevalência do princípio da separação/independência entre as instâncias na jurisprudência protetiva internacional de direitos humanos, principalmente no sistema comunitário europeu, impondo uma releitura da clássica assertiva de inexistência de diferença ontológica entre sanções penais e extrapenais, não no sentido de contestar o seu acerto, mas sim em direcioná-la a um critério material de gravidade e finalidade da sanção como tópico fundamental para identificar o seu caráter penal e, assim, entender por suficiente a unicidade de castigo.

Referências

AREDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%209%20direito%2052.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula De. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689*, de 3 de outubro de 1941, Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, 13 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 10.864*, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mai. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.684.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 12.259*, DE 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 1 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 13.655*, de 25 de abril de 2018. Dispõe sobre a inclusão no Decreto-Lei n 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 13.846*, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>.

BRASIL. *Lei n. 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm>.

BRASIL. *Lei n. 8.249*, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. *RHC 163.334/SC*. Ata n. 193/2020, Rel. Ministro Roberto Barroso. DJE, n. 271, publicação em 13 de novembro de 2020, por maioria de votos. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5562955>>. Acesso em: 2 mai. 2021.

BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. A vedação do bis in idem na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. In: *Boletim IBCRIM*, n. 340, mar. 2021.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Ne bis in idem entre direito penal e direito administrativo sancionador. In: *Boletim IBCRIM*, n. 340, mar. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Tratado de direito administrativo*. vol. I. Teoria geral e princípios do direito administrativo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FAVORETTO, Afonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FRANÇA. *Protocolo n.º 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, 1984. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh6.htm>>.

GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *Têoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Ed. Noeses, 2014.

ITÁLIA, *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, 1950. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>>.

ITÁLIA, *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, 1998. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Tribunal-Penal-Internacional/estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional.html>>.

LIMA, Ricardo Alves de. Juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. In: *Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal / coordenação e prefácio Luiz Regis Prado; organização Luís Roberto Gomes, Mário Coimbra*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 184-185.

_____. *Transcriminalidade e sistema de direito penal europeu*. Porto Alegre: Safe, 2012.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 920.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de direito penal*. Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4 ed. São Paulo Forense, 2015, p. 305–306.

ONU, *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, 1966. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>.

Organização dos Estados Americanos, *Convenção Americana de Direitos Humanos*. *Pacto de San José de Costa Rica*, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

_____. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: *Lei Anticorrupção*. SOUZA, Jorge Munhoz de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). Salvador: Juspodivm, 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 337.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. *Princípios democráticos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, p. 237, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>>.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: Uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. In: *Revista do CADE*, v. 2, n. 2, 2014, p. 13. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/139/0>>.

SOUZA, Jorge Munhoz de. Responsabilização administrativa na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhoz de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). *Lei anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal. Parte Geral*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TEDH. *Case of Grande Stevens v. Italy*. Disponível em: <<https://bit.ly/3pDdWBA>>.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o acúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <<http://ga.basegroup.com.br/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas/>>.

TJUE. Disponível em: <<https://bit.ly/3pHqcRj>>.

TJUE. Disponível em: <<https://bit.ly/3gaQhVP>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Grande Secção. Processo C-537/16. *Jornal Oficial da União Europeia C 166/12*, em 14 maio de 2018.

UE, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12016P%2FTXT>>.

UE, *Convenção de aplicação do Acordo de Schengen*, 1985. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A42000A0922%2802%29>>.

ASPECTOS DA TIPICIDADE PENAL A PARTIR DA FILOSOFIA DA INFORMAÇÃO

ASPECTS OF CRIMINAL TATBESTANDMÄSSIGKEIT ON THE GROUNDS OF PHILOSOPHY OF INFORMATION

Thiago Dias de Matos Diniz*

Data de recebimento: 22/03/2021

Data de aceite: 14/04/2021

Última versão do autor em: 18/04/2021

Resumo: A Filosofia da Informação pode fornecer novas bases para o tratamento de conceitos tradicionalmente problemáticos da teoria do delito, especialmente daqueles compreendidos na tipicidade em seu aspecto subjetivo: a distinção entre dolo e culpa, sem cair nas aporias do objetivismo (funcionalismo sistêmico) ou do subjetivismo (finalismo). A partir de revisão de literatura focada na Filosofia da Informação de Luciano Floridi, extraem-se aportes conceituais para a delimitação do dolo, notadamente a partir das leis da entropia e da heteronomia do paciente, que permitem fundamentar os critérios doutrinários da sua caracterização, conforme a intensidade objetiva do perigo criado e o grau de vulnerabilidade concreto da vítima.

Palavras-chave: filosofia da informação; infosfera; entropia; ética do paciente; dolo.

* Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, e doutorado em curso pela mesma instituição. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Advogado.

Abstract: Philosophy of Information can offer new grounds for problematic concepts of General Theory of Crime, especially those comprehended in *Tatbestandmässigkeit* and its subjective aspect: the distinction between *dolus* and *culpa*, without succumbing to the problems of objectivism (systemic functionalism) or subjectivism (*Finalismus*). Based on a literature review focused on Luciano Floridi's Philosophy of Information, conceptual grounds emerge in order to provide an outline for *dolus* and *culpa*, especially on the grounds of the laws of entropy and the heteronomy of the patient, which allows the offering of reasons for doctrinaires parameters of their characterization, according to the created risk and the victim's concrete level of vulnerability.

Keywords: philosophy of information; infosphere; entropy; patient's ethics; *dolus*.

Sumário: 1. Introdução; 2. Infosfera: condição de possibilidade dos bens jurídicos penais como espaço informacional a partir de determinado nível de abstração; 3. Entropia como chave interpretativa da Ética da Informação; 4. Grau de perigo como parâmetro (observável) de qualificação do caso doloso a partir de razões epistêmicas; 5. O dever de resposta ao paciente (ou sua vulnerabilidade) como parâmetro (observável) de qualificação do caso doloso a partir do LoA de conhecimento *ab anteriori*; 6. Considerações Finais.

1. Introdução

A compreensão do mundo como “processos, serviços e entes informacionais, incluindo agentes de informação, propriedades, interações e relações mútuas”¹ transforma o próprio mundo, especialmente a partir do modo como o conhecemos e experimentamos². Existir pode ser compreendido como tornar-se potencialmente sujeito à interação, mesmo que intangível³. A Filosofia da Informação se constitui, a partir dessa perspectiva, como uma articulação própria entre ontologia, que cuida da possibilidade da informação (a partir do mundo ou feixe de

¹ FLORIDI, Luciano. *Information. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 9.

² DURANTE, Massimo. *Ethics, Law and the Politics of Information: A Guide to the Philosophy of Luciano Floridi*. Springer, 2017, p. XIV.

³ FLORIDI, 2010, p. 12.

interações), ética, que trata da preservação do potencial de interação, e epistemologia, voltada ao conhecimento da informação e seus sistemas.

Dado que eventuais respostas às questões da dogmática penal não devem perder de vista a conexão estrutural entre suas categorias e a tradição de pensamento sobre a qual são construídas, é importante uma ontologia afinada com os modos de manifestação dos seus problemas – entendendo-se por ontologia a investigação sobre as condições de possibilidade do próprio Direito Penal, das suas categorias. O que equivale a indagar, por exemplo: sobre quais bases se estabelece o problema da ação penalmente relevante? Qual o sentido de ação para o Direito Penal? Assim como o infundável problema da ação, que parece esconder-se sob um ponto cego da Teoria do Delito, um outro problema igualmente movediço se encobre sob a definição do dolo e da culpa, no âmbito da tipicidade. A investigação ontológica busca, nesse caso, justamente as bases dessa distinção, as quais não são esgotadas no texto legal – mas, antes, são justamente seus pressupostos e balizadores doutrinários. Conhecimento e vontade se encontram, na tradição do Direito Penal, ancorados sobre a ontologia da subjetividade: o sujeito é assumido como ponto de partida; a representação é atributo, relevante para o direito, da sua consciência; e a vontade é inferida e valorada pelo direito, a partir do posicionamento do seu querer.

Em sintonia com a percepção crescente de que, para a modificação das práticas penais, deve-se mover do plano metodológico para o plano ontológico⁴, a hipótese deste trabalho é que a filosofia da informação, conforme esboçada por Luciano Floridi, é capaz de fornecer, em parte, as bases ontológicas, éticas e epistemológicas necessárias. Por meio do fio condutor aberto pela perspectiva informacional, é proposta uma possibilidade de compreensão e aplicação das categorias subjetivas da tipicidade penal (dolo e culpa). Essa possibilidade passa por um deslocamento dos elementos tradicionalmente definidores do dolo, conhecimento e vontade, e, por exclusão, da culpa.

Considerando que a definição do dolo não se encontra apartada de premissas implícitas de Política Criminal, na medida em que a distinção entre dolo e culpa deve dar conta das razões para uma maior punição do caso doloso⁵; considerando que a tutela de bens jurídicos

⁴ SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n° 1, 2018, p. 129.

⁵ GRECO, Luís. Dolo sem vontade, *In: SILVA DIAS et. al. (coords.). Liber Amicorum de José de Souza Brito*. Coimbra, Almedina, 2009, p. 891.

penais, sejam eles compreendidos como realidade efetiva (coisas) ou relações constituídas por normas⁶, é balizadora da Política Criminal; e considerando que o espaço de sentido dos bens jurídicos penais é co-constitutivo do objeto de conhecimento requisitado no tipo doloso, então uma recolocação do problema do dolo e sua definição deve ser precedida de um reposicionamento correlato da noção de bens jurídicos, o qual será esboçado na seção 2, a partir da noção de infosfera e seus pressupostos ontológicos. A constituição da infosfera é marcada por um pluralismo ontológico, que destrona o sujeito-agente, marca da ontologia da subjetividade, da posição de domínio dos entes. Esse pluralismo se reflete, epistemologicamente, na concorrência entre diferentes níveis de abstração, conceituados nessa seção.

No âmbito ético, tratado na seção 3, há outro deslocamento: a vontade do sujeito deixa de ser balizadora das normas de conduta, assim como a noção, logicamente antecedente da vontade, de representação. Em seu lugar, é proposto, como um parâmetro de determinação dos casos dolosos e culposos, a expectativa da vítima, a preservação da esfera de relações atuais e potenciais do paciente, o qual ganha posição de importância na ética informacional. O conceito de entropia, a partir da noção conquistada de infosfera, permite compreender a categoria, cara ao direito penal, de perigo criado – sobre aquela esfera de relações (infosfera).

Na seção 4, retoma-se posição doutrinária contemporânea, como demonstração dos avanços no tratamento do problema da distinção entre dolo e culpa, na medida em que se afasta, em grande parte, do psicologismo, ou seja, a definição do dolo a partir de elementos psicológicos ou subjetivos, internos ao agente, e se encontra em sintonia com o esquema de perguntas e respostas que deve balizar, no nível de abstração adequado ao dolo, sua caracterização.

Na seção 5, confere-se aos resultados práticos dessa tese uma fundamentação epistemológica e normativa a partir da Filosofia da Informação, e propõe-se avançar, sobre esses fundamentos, o conceito de conhecimento que, mesmo sob a doutrina de matriz mais normativista, não conseguiu escapar da ofuscação cotidiana de noções como representação e da tradicional perspectiva do sujeito-observador. O tipo de conhecimento que baliza a determinação do caso doloso se esclarece a partir do nível de abstração traçado nessa seção, cujos

⁶ JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, *passim*.

parâmetros (observáveis) devem servir para a atualização do rigor na distinção entre dolo e culpa.

2. Infosfera: condição de possibilidade dos bens jurídicos penais como espaço informacional a partir de determinado nível de abstração

Para Luciano Floridi, a ciência contemporânea, ancorada nas tecnologias de computação que a suportam, atua sobre os indivíduos (organismos informacionais conectados), em conjunto com agentes biológicos e artefatos técnicos, lançando-os naquilo que chama de infosfera⁷. Floridi a caracteriza, em linhas gerais, em vocabulário sintomático do horizonte de sentido funcional da técnica contemporânea: trata-se, em suma, de “todos os processos informacionais”⁸.

Informação não é uma construção subjetiva, nem se encontra dada na natureza, mas reside no limiar, como uma “relação especial ou interface entre o mundo e seus habitantes (construcionismo)”⁹. Objetos informacionais podem ser concebidos como conjuntos coerentes de dados, no sentido de diferenças *de re* (independentes da mente), “pontos concretos de falta de uniformidade”¹⁰. Nesse sentido, suportam o estruturalismo defendido por Floridi, que não se baseia em padrões abstratos, mas em entidades relacionais particulares – as quais são incognoscíveis, não pela sua inacessibilidade, mas por sua maleabilidade epistêmica inexaurível¹¹. A distinção entre sistema e sujeito-agente, paciente ou outras unidades desse sistema, depende do nível de abstração (*Level of Abstraction, LoA*) adotado: “uma caixa-preta pode ser aberta, mas abrir essa caixa a transforma em uma caixa-cinza, na qual mais caixas-pretas podem ser encontradas. Se *ad infinitum*, simplesmente não podemos saber”¹².

Os pressupostos ontológicos da Filosofia da Informação conduzem a determinadas premissas epistemológicas: as tecnologias de informação estruturam o entendimento da realidade e do próprio sujeito; a epistemologia tem a tarefa de demonstrar um nível de explicação da realidade

⁷ FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013a, p. 23.

⁸ FLORIDI, 2013a, p. 23.

⁹ FLORIDI, Luciano. *The philosophy of information*. Oxford, 2013b, p. 43.

¹⁰ FLORIDI, 2013b, p. 356.

¹¹ FLORIDI, 2013b, p. 356.

¹² FLORIDI, 2013b, p. 371.

e do próprio sujeito consistente com essa estruturação; e a informação deve ser concebida de modo a “demonstrar que o nível consistente da explicação é informacional”¹³. Para Durante, a base conceitual da consistência entre esses planos é alcançada pela construção da natureza informacional dos níveis de abstração (LoA), “como unidade da pluralidade irreduzível de observadores e observações”¹⁴.

A concepção da infosfera como conjuntos articulados de sub-sistemas e suas relações, em diversos níveis, requer, conseqüentemente, no plano epistemológico, que níveis diversos de explicação, modelos formados sobre matrizes conceituais diversas, “possam concorrer (a) na construção de uma base heterogênea de informação, mas também que (b) informação seja concebida como estruturas semânticas que são necessárias na construção de diferenças entre matrizes conceituais”¹⁵. Reforça-se, assim, o princípio da complementariedade, que preconiza o reconhecimento da multiplicidade de observações e explicações¹⁶.

Um nível de abstração (LoA) é, rigorosamente, um conjunto finito e não vazio de observáveis, sem ordem de precedência, os quais se estabelecem como fundamentos “em uma teoria caracterizada pela sua própria definição”¹⁷. LoAs são como uma interface: “conceitualmente posicionados entre fontes de dados e o espaço informacional dos agentes; e são o lugar no qual (diversos) sistemas independentes se encontram, interagem ou se comunicam”¹⁸. Um observável é “uma variável tipada interpretada, ou seja, uma variável tipada em conjunto com uma proposição sobre qual aspecto do sistema sob consideração ela representa”¹⁹. Uma “variável tipada é uma entidade conceitual nomeada de modo único (a variável) e um conjunto, chamado seu tipo, que consiste em todos os valores que essa entidade pode assumir”²⁰.

A referência a um LoA “torna claro que o modelo de um sistema é uma função dos observáveis disponíveis, e que é razoável ranquear

¹³ DURANTE, 2017, p. 4-5.

¹⁴ DURANTE, 2017, p. 5.

¹⁵ DURANTE, 2017, p. 11.

¹⁶ DURANTE, 2017, p. 11.

¹⁷ FLORIDI, 2013b, p. 52.

¹⁸ FLORIDI, 2013b, p. 52.

¹⁹ FLORIDI, 2013b, p. 48.

²⁰ FLORIDI, 2013b, p. 48.

diferentes LoAs e comparar e avaliar os modelos correspondentes”²¹. A escolha entre LoAs depende do objetivo da análise: “jamais é independente de um conjunto de perguntas e respostas aninhadas em torna do propósito específico para o qual o LoA é adotado”²².

A dogmática penal, em especial relativamente aos parâmetros da tipicidade, deve guiar-se por um LoA determinado, com base no caráter orientado a fins da escolha do LoA. Bens jurídicos, entre os quais a dogmática se posiciona como interface, correspondem aos espaços informacionais dos agentes-pacientes. A compreensão do perigo criado, como categoria da dogmática penal, pode valer-se da noção de subsistema de relações, de modo que perigo ganha um paralelo na noção de entropia, explicada na próxima seção.

O discurso sobre valores se situa no estágio final de uma objetificação na qual considerações pragmáticas que determinam a experiência de objetos *como* objetos aparecem tais quais propriedades simplesmente adicionais de objetos subsistentes²³. Aquilo que se chama valor, porém, pertence à estrutura do campo da experiência (relacional), e não aos seus objetos²⁴. Assim como os valores, os bens jurídicos não são bem compreendidos como realidade efetiva, como coisas ou propriedades de coisas. A compreensão dessa inadequação é importante, na medida em que ofensa a um bem jurídico não significa redução de extensão de algo, seja material ou imaterial. O perigo criado com um tipo de ação penalmente relevante igualmente não deve ser entendido como perigo de redução da extensão ou das propriedades de algo. Da representação, pelo sujeito, de uma situação de fato, incluindo o objeto da ação, não se pode inferir, sem mais, o conhecimento do perigo criado contra um bem. Bem jurídico é uma simplificação linguística para designar um conjunto de relações. No caso de um bem jurídico penal, um conjunto de relações tuteladas pelo direito penal – portanto, consistente com determinado LoA.

Sobre o objeto de tutela do direito penal, o funcionalismo mais acabado, com sua dialética da comunicação, destaca a proteção à vigência da norma²⁵, e os demais sistemas se amparam no fugidio conceito de bem

²¹ FLORIDI, 2013b, p. 75.

²² DURANTE, 2017, p. 12.

²³ DREYFUS, Hubert L. et al. *What computers still can't do: A critique of artificial reason*. MIT press, 1992, p. 274.

²⁴ DREYFUS, 1992, p. 274.

²⁵ JAKOBS, 2003, *passim*.

jurídico²⁶. Há um paralelo entre a compreensão da natureza dos bens jurídicos, pressuposta pelas escolas penais mais influentes, e a concepção correlata de pessoa (personalidade), compreendida seja a partir de noções como livre-arbítrio e primado da consciência (concepção subjetivista), seja a partir do marco sistêmico (concepção objetivista ou normativista). Indagar sobre essa conexão implica investigar a possibilidade de um tipo de ação que demanda uma resposta própria, nomeadamente, do direito penal (pena).

O fundamento dos sistemas causais-finalistas radica em um conceito de possibilidade no sentido ontológico de domínio da natureza. Assim, a visão naturalista acusada nesses sistemas deve-se não simplesmente a seu conceito ôntico-causal-natural de ação, vontade ou dolo, que o chamado pós-finalismo tanto ataca²⁷, mas, antes, deve ser creditada à compreensão até então não clarificada do conceito de possibilidade.

Esse conceito de possibilidade, como determinação ontológica a cada vez instaurada quando se tematiza o *status* do comportamento jurídico-penal, remete, de imediato, ao sujeito que age e é concomitantemente determinado no interior do campo aberto do agir possível e passível de imputação. A compreensão do conceito de possibilidade no interior do Direito Penal está em conexão intrínseca, portanto, com o conceito de pessoa (ou de capacidade). Para a corrente finalista e a respectiva ontologia da substância (substrato-propriedades), a pessoa se determina a partir dos fenômenos da consciência e vontade (*res cogitans*). Sujeito capaz é aquele que apresenta determinadas propriedades, *v.g.*, aquele que é consciente e livre.

Por sua vez, a teoria funcionalista mais acabada determina a pessoa a partir da norma: expectativas normativas sobre papéis institucionalizados²⁸. Isso conduz a uma distinção de foco: enquanto o funcionalismo teleológico atribui ao direito penal a função de tutelar o pleno desenvolvimento da personalidade – através da proteção dos bens jurídicos –, o funcionalismo sistêmico situa o escopo de garantia sobre as instituições, sobre o sistema.

²⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porte Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, *passim*.

²⁷ MARTÍN, Luis García. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 53 ss.

²⁸ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, *passim*.

A pessoa se encontra, nesse sentido, a serviço de metas funcionais, e a ação imputável, objeto do direito penal, seria uma disfuncionalidade no respectivo sistema de metas. Ser pessoa significa, então, ser capacitado (a agir), conforme seu papel social. Ou, em outros termos, personalidade (jurídica) significa poder unificar e articular-se singularmente em papéis que aparecem como expectativas (em relações jurídicas). Diferentemente da tradição “naturalista”, a concepção de possibilidade, então, é construída justamente a partir dos papéis sociais, ou campos institucionalizados de ação. Afastam-se, portanto, do autorregramento do processo de constituição desses campos, conceitos como consciência ou vontade efetiva, e conceitos basilares como o dolo podem desprender-se de ancoragem psicológica.

O modo de determinação da pessoa a partir da aptidão para envolvimento em subsistemas sociais, implica uma concepção de possibilidade relacional e tem, como se demonstrará na sequência deste trabalho, profundas implicações epistêmicas – úteis para a caracterização do caso doloso. Essa possibilidade significa capacidade para desencadear processos de conduta (comunicação), ou perturbação – e daí a função primordial da pena no sistema funcionalista. O direito penal, nesse sentido, protege não bens (como coisas), mas relações. A concretização daquela perturbação (entropia) pode ser relacionada à interpretação do risco proibido, a uma fundamentação da teoria da imputação objetiva – cujo processo subjacente não se limita aos nexos causais. E, por fim, o campo de possibilidades de condutas (permitidas e toleradas) no interior de um ordenamento (organicamente concebido) aponta para a possibilidade última de autopreservação (manutenção de validade das normas ou expectativas normativas) – ou, conforme veremos a seguir, redução de entropia. Assim, a compreensão de possibilidade na base da dogmática penal determina, de partida, a relação entre os elementos constitutivos do delito.

A afirmação de Roxin segundo a qual a ação penalmente relevante pode ser compreendida como “manifestação da personalidade do autor”²⁹, apesar de esboçar na sequência um conteúdo substancialista, pode ser transplantada para o campo de problemas que se descreve com a perspectiva relacional. Jakobs, com seu conceito total da ação, que a supõe já uma causação imputável (culpável), alerta para o fato de que se encontra em jogo fundamentalmente, por trás de qualquer

²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 252 ss.

análise conceitual, a identificação de uma possibilidade de imputação: “há que se tratar do que é um sujeito, do que é mundo exterior para o sujeito” e de quando a conformação do mundo externo pode ser a ele relacionada³⁰. À concepção estabelecida e compartilhada do que seja um sujeito e um agente moral (fonte legitimada de ação moralmente qualificável) Floridi chama de parâmetro ético oculto³¹.

A imputação segue a lógica: uma responsabilidade (pela ação) x é atribuída a y pelas razões r , que estão refletidas no nível de abstração (LoA) adotado para parametrizar x e y ³². Para Floridi, alguns *definienda* se encontram pré-formatados por LoAs transparentes, e, assim, estão sujeitos a definição em termos de condições necessárias e suficientes; ao passo que outros *definienda* requerem a aceitação explícita de um LoA como condição prévia para sua análise e estão sujeitos à caracterização efetiva³³. Os elementos da tipicidade penal se encontram sob essa última categoria.

Não é possível separar o sentido do ato subjetivo do contexto de fundo da ação, e, quando se tenta analisar esse contexto, depara-se com uma série incalculável de fatos relevantes para a compreensão do sentido, os quais não possuem uma forma que seja semanticamente determinada em relação a qualquer referencial invariável (observável), de modo que é “impossível formular uma descrição teórica exaustiva desse pano de fundo”³⁴. A polêmica entre normativistas e não normativistas gira em torno da interpretação que se faz do normativo: para os primeiros, o direito não apenas trabalha, em sua maior parte, com conceitos normativos; conceitos normativos são puramente normativos. Já os outros, não normativistas, admitem que muitos conceitos jurídicos apresentam componentes normativos e fáticos. Entre os dois lados, desenrolaram-se as polêmicas seculares em torno dos conceitos basilares da Teoria do Delito³⁵ e, especialmente, da tipicidade penal.

³⁰ JAKOBS, 2008, p. 202.

³¹ FLORIDI, Luciano. *Information Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2013a, p. 118.

³² DURANTE, Massimo. *Ethics, Law, and the Politics of Information: A Guide to the Philosophy of Luciano Floridi*. Springer, 2017, p. 65.

³³ FLORIDI, 2013a, p. 119.

³⁴ VANDERVEKEN, Daniel. Searle on Meaning and Action. In: GREWENDORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality. Studies in Linguistics and Philosophy*, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002, p. 152.

³⁵ FERNÁNDEZ, 2005, p. 725.

A construção funcionalista do conceito de ação, com reflexo na compreensão global do delito, pode ser reconstruída, como visto, a partir do modo de compreensão (possibilidade) relacional, cujos traços assemelham-se àqueles delineados em uma ontologia de sistema ou organismo. Esse modo de compreensão, por sua vez, pode ser reconduzido à uma matriz mais fundamental, que subjaz à concepção informacional.

A ontologia delineada no interior da Filosofia da Informação é uma ontologia de relações ou interações. Assim, “objetos jurídicos devem ser protegidos não apenas porque pervadem formas materiais ou imateriais de propriedade, mas também porque envolvem feixes de relações entre agentes em interação ou sistemas informacionais”³⁶. Sua função normativa reside em que nos permitem “estabelecer relações e compartilhar informações uns com os outros e com o ambiente”³⁷. A desestruturação dessas relações, a perturbação de expectativas sociais legítimas, normativa, jurídica e penalmente reforçadas, corresponde ao aumento da entropia do sistema (social).

3. Entropia como chave interpretativa da ética da informação

A complexidade organizada de um sistema é devida à redução de entropia (logaritmo da probabilidade de determinado estado), ou seja, à conversão de energia externa (ao sistema) em padrão ou estrutura internos: informação, negativo de entropia³⁸. Se a informação está relacionada à preservação do potencial de interações em um sistema, a entropia corresponde ao seu oposto.

Esse conceito pode ser esclarecido com a metáfora dos dois relojoeiros, usada por Simon³⁹: ambos fabricavam relógios de mesma complexidade, de 1.000 peças cada. O primeiro fabricava cada relógio de modo que, juntando uma peça à outra em um único conjunto, todo o projeto se desmanchava caso o interrompesse para atender ao telefonema de potenciais clientes. Já o segundo fabricava seus relógios de modo que cada conjunto de 10 peças resultava um articulado estável e, na eventualidade de uma interrupção, apenas o subconjunto em progresso era perdido – reunindo-se 10 articulados de peças, chegava-se a um articulado estável de nível superior, o qual, reunido em 10, resultava um

³⁶ DURANTE, 2017, p. 209.

³⁷ DURANTE, 2017, p. 209.

³⁸ SIMON, Herbert A. *The sciences of the artificial*. MIT Press, 1996, p. 172.

³⁹ SIMON, 1996, p. 189.

relógio completo. O segundo relojoeiro prosperou, enquanto o primeiro perdeu seu negócio. A probabilidade de um estado é tão menor quanto maior for a quantidade de informação do estado. Considerando um relógio de um único estado final, sem níveis intermediários de organização, a probabilidade de completá-lo por tentativa é extremamente inferior à probabilidade do relógio constituído de subconjuntos estáveis, e, assim, maior é a quantidade de aumento de entropia ao desfazer-se, por interrupção, o primeiro tipo de relógio.

A organização complexa da infosfera requer a preservação das relações entre seus subsistemas, dentre os quais se situam os sujeitos e as relações entre si. Na base da Ética da Informação, Floridi articula as três leis primeiras da infosfera⁴⁰:

- 0) entropia não deve ser causada na infosfera (lei nula)
- 1) entropia deve ser prevenida na infosfera
- 2) entropia deve ser removida da infosfera

Não se deve perder de vista o aspecto evolucionário das leis da infosfera; caso contrário, deixa-se escapar a dimensão dinâmica da ontologia dos objetos informacionais⁴¹. A perspectiva informacional contém três pontos chave: “a interação como critério de existência ontológica; a construção da identidade pessoal como ser-com-e-no ambiente; o bem-estar da infosfera como rede significativa de relações”⁴². Assim, sob a forma de proteção ética ou jurídica, não se protegem “objetos passivos (i.e., interesses refletidos), mas esferas de interações e relações (i.e., nossos interesses co-constitutivos)”⁴³.

Na medida em que as consequências das interações entre os entes informacionais são cada vez mais dificilmente reconduzíveis a uma fonte única e autônoma de ação, o ponto de vista ético-jurídico deve ser capaz de desfocar a centralidade do *status* do agente (e das noções correlatas de consciência e vontade) e se voltar para o paciente. A partir da Filosofia da Informação, do ponto de vista ético-jurídico, o paciente ganha relevo em relação ao sujeito da ação. Isso representa uma relação ética entre perguntas e respostas: o paciente demanda

⁴⁰ FLORIDI, 2013a, p. 29.

⁴¹ DURANTE, 2017, p. 28.

⁴² DURANTE, 2017, p. 199.

⁴³ DURANTE, 2017, p. 156.

do agente razões para sua ação, o que pressupõe uma articulação do campo mesmo da ação a partir do paciente – responsabilidade e capacidade são relevantes apenas na medida em que tornam possível que o agente forneça razões para a ação. Desse modo, a “ética não está mais baseada na autonomia do agente, mas na heteronomia do paciente”⁴⁴. Consciência ou vontade do agente deixam de ser determinantes do sentido do ilícito penal.

As ações com relevo moral – e conseqüentemente penal – dizem respeito à relação de uma parte (entidade informacional) com um todo (infosfera), de modo que nem a parte é absorvida pelo todo (objetivismo), nem o absorve (subjetivismo)⁴⁵. Esse aspecto relacional estrutura a situação penalmente relevante, que envelopa o agente, “antes mesmo que agentes e pacientes sejam envolvidos no processo informacional governado por estândares morais, princípios e regras”⁴⁶. Durante entende que, na ética informacional esboçada por Floridi, a regra ganha destaque em relação à abordagem baseada na ação. Assim, sua ética normativa enfatiza a dependência da ação sobre o conceito de informação, como regra ou padrão de ação⁴⁷. O que está em questão, no fundo, é como esse conceito evolui para o conceito de conhecimento – o qual delimita o espaço (tipo e extensão) da própria responsabilidade, a exemplo do problema do dolo e da culpa. Nesse sentido:

Responsabilidade precede liberdade: o sujeito moral é desse modo não porque está antropologicamente (nomeadamente, conscientemente, intencionalmente etc.) situado no início de uma cadeia causal como um sujeito humano livre e racional, mas porque se torna, objetivamente (i. e., como objeto informacional), sujeito a uma relação moral de responsabilidade [...] estar no início da cadeia causal é apenas parte da descrição objetiva de uma relação moralmente relevante entre objetos informacionais em um dado nível de abstração (no qual consciência e intencionalidade podem contar para estabelecer o tipo e a extensão da responsabilidade de um determinado sujeito moral, mas elas não contam como fundamento da moralidade)⁴⁸.

⁴⁴ DURANTE, 2017, p. 43.

⁴⁵ DURANTE, 2017, p. 29.

⁴⁶ DURANTE, 2017, p. 29.

⁴⁷ DURANTE, 2017, p. 34.

⁴⁸ DURANTE, 2017, p. 48.

Atenção informacional está implicada nas condições epistêmicas a partir das quais se perfaz o sentido jurídico-penal da ação – em resposta à interpelação do paciente. Há uma relação proporcional entre informação e responsabilidade: quanto mais informada uma pessoa, mais se lhe exige responsabilidade⁴⁹. Isso justifica o debate, no interior da dogmática penal, acerca da tipicidade nos casos de cegueira deliberada, entendida como estado mental resultante da decisão do sujeito pela não obtenção de conhecimento possível sobre um fato que, objetivamente, realiza o sentido de um tipo penal. Nos crimes omissivos impróprios, o conhecimento incide sobre os pressupostos fáticos do dever de agir, e sua ignorância, como um estado mental por si, não deve ser levada em conta para determinação do dolo ou da culpa – uma vez que, nesses casos, as circunstâncias fáticas não se podem racionalmente dizer, em princípio, desconhecidas do agente no interior da medianidade das relações que configuram seu papel de garantidor e são tuteladas pelo direito penal.

4. Grau de perigo como parâmetro (observável) de qualificação do caso doloso a partir de razões epistêmicas

Não é novidade, na doutrina penal, a proposta segundo a qual a representação do sujeito, como estado mental, não é, por si, elemento constitutivo do dolo. Dolo e culpa não são estados de coisa, mas propriedades normativas com as quais se classifica um caso, conforme a sua gravidade – após o primeiro juízo de valor, de relevância, dado pela imputação objetiva – e a partir de um “juízo objetivo a respeito do posicionamento epistêmico do autor em relação com seu fato”⁵⁰.

Posicionamento epistêmico refere-se não ao simples modo de um sujeito representar o mundo, mas a um duplo aspecto: estabilização de um sistema (relacional) de informação – relevante ao direito penal, na medida em que seu fim é estabilização de expectativas normativas, que são afetadas por ações que “comunicam um afastamento daquelas regras de modo suficientemente intenso”⁵¹ (entropia); e a manutenção de um mecanismo de discussão (processo), tendente a obter consenso a respeito da necessidade de aplicar pena para garantir aquela estabilização”⁵².

⁴⁹ DURANTE, 2017, p. 49.

⁵⁰ BARBERÁ, Gabriel Pérez. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Cuadernos de Derecho Penal*. ISSN: 2027-1743, noviembre de 2011, p. 12.

⁵¹ BARBERÁ, 2011, p. 20.

⁵² BARBERÁ, 2011, p. 20.

O fim do direito penal se relaciona, discursivamente, com a razão da punição: o afastamento das expectativas normativas em questão no caso doloso é intenso, ou seja, comunica um sentido contrário à vigência das normas, que precisa ser reafirmada pela pena, se o agente conta com uma orientação não defeituosa no mundo⁵³, ou seja, se sua ação deve ser levada a sério pelo direito penal a ponto de merecer a sanção em grau maior – um requisito próximo ao que Jakobs se refere como base cognitiva mínima mediante a qual se pode falar em observância ou violação das normas. Para Barberá, apenas condutas que partem de uma orientação ótima do sujeito no mundo – de representações epistemicamente racionais e faticamente adequadas –, ou de uma orientação arbitrária – entendida como ausência irracional (injustificável) de representação –, comunicam, já de partida, uma pretensão significativamente contrária à expectativa normativa violada; pretensão que não pode ser razoavelmente elidida, *ex post*, argumentativamente, pelo sujeito. Daí a razão para a punição mais severa dessas condutas, e daí também se extraem elementos para a definição dos casos dolosos e culposos.

Os estados mentais do agente, como dados empíricos, não são necessariamente irrelevantes para a qualificação de um caso como doloso. Antes, por se tratar de um conceito normativo, caberá à lei e à doutrina estabelecer os critérios daquela qualificação, conforme a relevância de cada elemento fático para o caso genérico doloso. Assim, pode a lei – que, no caso brasileiro, não conceitua dolo – estabelecer restrições à imputação dolosa, que é excluída, por exemplo, nos casos de erro de tipo (art. 20, do Código Penal⁵⁴); estabelecer exigências mais qualificadas para a imputação dolosa, por exemplo a finalidade, no requisito típico do fim especial de agir (elementos subjetivos especiais do tipo), ou, como entende parcela da doutrina, na tentativa – que, como extensão do tipo objetivo, poderia ser interpretada restritivamente no âmbito subjetivo –, ou no concurso de pessoas (art. 29, §2º, do CP⁵⁵), casos em que se poderia exigir a vontade em sentido psicológico ou cotidiano.

“Racional” designa aquilo que corresponde a “modos de atuar normais ou cotidianos da generalidade ou de quem desempenha uma

⁵³ BARBERÁ, 2011, p. 20.

⁵⁴ “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

⁵⁵ “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste”.

atividade concreta dentro de uma sociedade determinada”⁵⁶. Corresponde a parâmetros do sistema social, regras da experiência, formas de vida da comunidade, ou qualquer expressão análoga que extraia o sentido da ação do âmbito público, que determina as possibilidades do discurso – ou seja, racional corresponde àquilo que é admissível como argumento válido. “Representação”, a grosso modo, entende-se como “a ativação psíquica de um conhecimento ou de uma crença”⁵⁷, sendo conhecimento um saber objetivo (verificado intersubjetivamente), e crença uma convicção não verificada acerca da existência de um estado de coisas. Faltaria conhecimento, portanto, quando algo não se sabe, e representação quando “a ativação do que se sabe ou do que se crê não se produz”⁵⁸.

Esquemáticamente, a falta de representação racional (justificável) – p. e., pai que, seguindo sempre a mesma rotina até o trabalho e ocupado com uma importante ligação de serviço, esquece que, no dia, deveria deixar o filho na escola, o qual ele não nota no banco de trás e morre após horas preso no veículo – e a representação epistemicamente racional, mas faticamente defeituosa – p. e., sujeito quer dar um susto (“pegadinha”) em pessoa idosa, acredita que não isso não seria suficiente para matá-la do coração, mas ela acaba tendo um ataque cardíaco e morre – não devem ser punidas, conforme a tese de Barberá, a título doloso. Há ainda casos em que, embora haja uma pretensão ou desacordo subjetivos em relação à norma violada, não se comunica, objetivamente, uma violação intensa da expectativa normativa; nomeadamente, os casos em que se trata de uma crença epistemicamente irracional do agente, p. e., um iniciante em arco e flecha, que dispara a flecha em direção ao apartamento de um desafeto, fora do seu campo de visão, que ele deseja matar, e a flecha acaba efetiva e fatalmente atingindo esse desafeto, ao atravessar uma janela que se encontrava aberta – caso em que deve ser afastada punição correspondente ao caso doloso, por não ser razoável esperar que a flecha o atingiria. Por fim, há casos em que se verifica uma ausência epistemicamente irracional de representação⁵⁹, arbitrária,

⁵⁶ BARBERÁ, 2011, p. 21.

⁵⁷ BARBERÁ, 2011, p. 21.

⁵⁸ BARBERÁ, 2011, p. 21.

⁵⁹ Sobre a confiança irracional na não ocorrência do resultado, ou não representação irracional do risco, a doutrina já havia se pronunciado; cf. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999, p. 125 ss.

na medida em que desafia regularidades óbvias de acordo com o conhecimento disponível – p. e., sujeito que ingeriu muito álcool, insistiu em conduzir seu veículo, apesar de interpelado por outras pessoas, e dirigiu com uma velocidade equivalente ao dobro da permitida, durante o dia e avançando todas as sinalizações, acaba se chocando com outro veículo e matando seus ocupantes; nesse caso, deve receber a punição do respectivo delito doloso. Os casos de orientação ótima do sujeito no mundo, por fim, prescindem de qualquer comentário, por não gerarem dúvida quanto à responsabilização conforme o caso doloso.

5. O dever de resposta ao paciente (ou sua vulnerabilidade) como parâmetro (observável) de qualificação do caso doloso a partir do LoA de conhecimento *ab anteriori*

De acordo com a tese de Barberá, a intensidade comunicativa de uma ação contrária à norma é diretamente proporcional à previsibilidade objetiva de seu afastamento em relação à correspondente expectativa normativa. Obtém-se, assim, uma definição de dolo e culpa: dolo é a classe de “reprovação objetiva que se efetua à ação que se afasta de uma regra jurídica-penal, por mediar *ex ante* uma possibilidade objetivamente privilegiada de que seu autor preveja esse afastamento”⁶⁰. Culpa, por sua vez, apenas se diferencia, quantitativamente, na medida em que é marcada por uma possibilidade objetivamente atenuada de que o autor preveja referido afastamento⁶¹.

Resta saber como se chega a essa possibilidade. Para Barberá, a distinção entre os casos dolosos e culposos pode ser medida conforme um enunciado condicional de probabilidade: se ocorre um conjunto de dados empíricos p , então, indutiva e hipoteticamente, pode-se concluir que a possibilidade objetiva de previsão da realização do tipo é de grau x (alta, baixa etc.)⁶². Portanto, dolo e culpa são configurados mediante um juízo objetivo de probabilidade. Não importa o estado mental do autor em si, o conteúdo da sua representação em relação àquela probabilidade, mas o que o direito determina ou aceita, argumentativamente, a partir do modo como seus estados mentais se manifestam, em conjunto com outros dados. Percebe-se, nesse posicionamento, que o único elemento estritamente psicológico é a representação. E, no âmbito da tipicidade,

⁶⁰ BARBERÁ, 2011, p. 32.

⁶¹ BARBERÁ, 2011, p. 32.

⁶² BARBERÁ, 2011, p. 35-36.

não importa se o autor é responsável ou reprovável pela sua representação (ativação psíquica).

O modo como são selecionados os elementos fáticos relevantes, que compõem o antecedente no enunciado de probabilidade, carece de esclarecimento adicional. Trata-se de delimitar a hipótese de relevância por meio da qual os dados são filtrados para a conformação do caso doloso⁶³, e, nesse âmbito, são verificados os critérios de determinação do tipo subjetivo – não propriamente de prova do dolo, porque dolo não é um fato. De modo geral, para Barberá, todas as circunstâncias fáticas que, em princípio, influenciam a possibilidade objetiva de previsão do afastamento da expectativa normativa são relevantes, e, relativamente aos dados psíquicos (estados mentais), eles apenas serão relevantes se possuírem uma gênese reputada racional⁶⁴ – caso contrário, esses dados (mentais) não serão considerados, prevalecendo na conformação do caso (doloso ou culposo) as circunstâncias objetivas, por exemplo, a qualidade do perigo criado.

Apesar de frutífera essa tese, que adota como LoA a gênese das representações subjetivas, essas representações ainda possuem, na maioria dos casos, relevância normativa, o que não se pode admitir, caso se adote a perspectiva informacional, cujo eixo normativo parte das relações entre os entes informacionais, e não do primado da consciência (representacional) de um sujeito.

Conforme defendido na seção 2, bens jurídicos são, conforme o LoA explicitado, conjuntos de relações protegidas, cuja interpelação mais adequada não se dá sob o modo sujeito-objeto. Além disso, a base dessas relações não se encontra fundada unicamente sobre a norma jurídica. A norma jurídica exerce, do ponto de vista do LoA adotado, a função negativa de delimitação dos espaços (informacionais) de proteção. O LoA em questão, que deve caracterizar a dogmática penal, justifica-se ainda caso se adotem, como ora se faz, as finalidades garantistas.

A análise dos chamados aspectos subjetivos da tipicidade não pode ser inconsistente com as premissas ou bases do LoA adotado para o aspecto objetivo da tipicidade. O agente, no tipo de ação penalmente relevante, já se encontra determinado como parte do sistema de informação (porção relacional da infosfera) tutelado. Isso possui consequências epistêmicas para a caracterização do dolo (e da culpa). Sobre a

⁶³ BARBERÁ, 2011, p. 38.

⁶⁴ BARBERÁ, 2011, p. 39.

base ontológica e epistemológica propostas neste trabalho a partir da Filosofia da Informação, é possível fundamentar alguns critérios para sua delimitação, sem esbarrar-se nas aporias do subjetivismo e da consciência. Defende-se, neste trabalho, que não está em questão, no dolo, uma atitude disposicional (vontade) a partir da informação de um conjunto de fatos p (conteúdo informacional) que o agente possui, mas as condições epistêmicas que subjazem a essa informação, especialmente, as razões que o agente possa fornecer para que p seja verdadeiro.

As escolas e doutrinas penais não se preocuparam, até o momento, em determinar a natureza das razões pelas quais se estabelece a informação de que p e, conseqüentemente, de x (possibilidade objetiva de previsão da realização do tipo). O presente trabalho esboça uma determinação a partir da Filosofia da Informação.

Sob a perspectiva epistemológica da Filosofia da Informação, Floridi destaca que não há termo técnico para o conhecimento fraco a priori de que p , disponível ao agente responsável por realizar, em um sistema, a verdade de p , conforme a definição:

o conhecimento do realizador é conhecimento *ab anteriori*. Uma proposição contingente e sintética p sobre s (a verdadeira informação p) é uma verdade *ab anteriori* se, e apenas se, ela pode ser conhecida interagindo-se com s para tornar p verdadeiro⁶⁵.

Floridi pretende, com isso, distinguir a natureza lógica entre o conhecimento, contingente e sintético, detido por aquele agente que causa no mundo (sistema) uma mudança de estado, de modo que o novo estado se encaixe na proposição p que descreve esse estado – daí o agente saber que p (*ab anteriori*); o conhecimento, contingente, sintético e *a posteriori*, detido por um observador dessa mudança (testemunha); e o conhecimento detido por aquele que receba uma mensagem m contendo a descrição p do ocorrido. Nos três casos, a informação é a mesma; as razões que cada participante pode conferir à verdade de p é o que os distingue – conforme, respectivamente, a experiência interacional, perceptual ou comunicacional; tecnicamente, conforme o LoA adotado⁶⁶.

De volta à definição de Floridi para o conhecimento ou verdade *ab anteriori*, o que chama atenção é a circunstância “pode ser conhecida”.

⁶⁵ FLORIDI, Luciano. What a maker's knowledge could be. *Synthese*, v. 195, n. 1, 2018, p. 447.

⁶⁶ FLORIDI, 2018, p. 478

Os problemas que a dogmática enfrenta para a caracterização do caso doloso e culposos são, em certo sentido, ocasionados por confusões entre níveis de abstrações diversos usados em sua definição. Ora tratados como questão de direito material por princípio; ora tratados a partir de noções processuais, como questão de fato a ser provado. Sintomática é, a esse respeito, a recorrente expressão “agir com dolo”, como se dolo fosse qualificativo do agir ou uma propriedade do sujeito, encampando-se um referencial semântico de impossível consistência entre os julgamentos dos casos práticos.

Um exemplo prático pode auxiliar nessas distinções. Imagine-se um atirador inexperiente, com um fuzil, na sacada de um prédio no centro da cidade. Esse atirador primeiro mira para um ângulo inferior, em direção à rua mais próxima (repleta de pessoas), estando o solo a poucos metros da sacada, e dispara. Na sequência, efetua um disparo mais voltado ao horizonte, na direção de uma praça 600 metros de distância, coberta de neblina. Em ambos os casos, o tiro acerta uma pessoa. O disparo mais próximo acerta uma pessoa que lhe é muito cara, cuja morte, inclusive, causa-lhe inúmeros infortúnios. Constatou-se que o agente havia fixado uma lata de refrigerante em um ponto da rua, e seu objetivo era acertá-la. O disparo mais distante acerta um inimigo declarado, que costuma exercitar-se nessa praça, e o próprio agente confessa que desejava efetivamente que o acertasse. Com base nos fundamentos traçados neste trabalho, o primeiro caso (sem vontade e sem conhecimento em sentido psicológico) é doloso; o segundo caso (com vontade e conhecimento em sentido psicológico) não é doloso. O que distingue ambos os casos?

Doutrina refinada sobre o dolo identifica, com precisão, dois elementos distintos entre os casos: a intensidade objetiva do perigo criado e o grau de vulnerabilidade concreto da vítima⁶⁷. Recorde-se que o perigo criado não pode dizer respeito ao resultado material (no caso, morte como evento supressor de vida) – o que excluiria delitos sem resultado e estaria em dissintonia com o LoA adotado, mediante o qual o direito penal tutela relações, e não substratos dotados de propriedade (entes sob o modo de ser da subsistência). Intensidade objetiva do perigo criado deve ser compreendida a partir da noção da infosfera, e a vulnerabilidade concreta da vítima como manifestação tutelada da heteronomia

⁶⁷ VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 282.

do paciente, como ponto focal das regras de ação (e expectativas) no interior da infosfera.

Assim, em uma variação do exemplo, caso a latinha de refrigerante estivesse sobre a cabeça da vítima, que ensaiava com o atirador um espetáculo de risco para transmissão em suas redes sociais, não haveria, a princípio, homicídio doloso – diferentemente se, na mesma situação, acertasse um transeunte. A vítima, nesse caso, assentiu no risco desse tipo de exposição a um atirador inexperiente, sem o menor domínio sobre o disparo e seu alvo. Nessa hipótese, eventual reconhecimento da vontade efetiva de atingir a vítima continua sem efeito para caracterização do caso doloso – a vontade sem domínio é vazia. Ou, como se pode ora dizer, sem acréscimo na vulnerabilidade da vítima ou na intensidade objetiva do perigo criado.

A intensidade do perigo criado é dita objetiva por não depender da representação do agente. De fato, ela pode ser conhecida – segundo um conhecimento contingente, sintético e *ab anteriori* – pela posição de informação privilegiada do agente ao interagir com os demais sujeitos no subsistema de relações (que comportam expectativas) tuteladas pelo direito, conforme primeira lei da infosfera (lei nula) que determina a prevenção da entropia⁶⁸ – e, conseqüentemente, das expectativas compartilhadas.

O “poder conhecer” ao qual se referem as teorias normativistas do dolo tem como referencial não simplesmente um padrão de comportamento e probabilidade de desenlace (os quais poderiam ser descritos por um observador do sistema), mas inclui, em sua determinação, as razões (condições epistêmicas) válidas para eventual desvio das expectativas legítimas dos pacientes – razões que podem atualizar, sem necessidade de pena, pela comunicação em princípio válida do “não podia conhecer”, a remoção da entropia criada, conforme preceito da terceira lei da infosfera⁶⁹. A possibilidade efetiva, a nível individual, de o agente conhecer o risco criado é uma questão da culpabilidade.

O atirador inexperiente, a 600m de distância de uma praça coberta de neblina em cuja direção ele atira, não pode conhecer *ab anteriori* a mudança de estado que causa no sistema de expectativas de um paciente individual; nenhum paciente contra o qual eventualmente se concretize um efetivo perigo de vida, nesse caso, está diante de uma ação contra si – o agente não lhe deve, de um ponto de vista objetivo, mais justificativas

⁶⁸ FLORIDI, 2013a, *passim*.

⁶⁹ FLORIDI, 2013a, *passim*.

do que a qualquer outra pessoa que se encontrasse no raio de alcance efetivo do projétil. O tipo do art. 15 da Lei n.º 10.826, “disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime”, já comporta um paciente (coletivo) perante o qual o agente poderia ser chamado a responder, mas não pode, no exemplo exposto, por falha de redação legislativa, ser aplicado, uma vez comprovada a finalidade de matar alguém. Por fim, tampouco se realiza o tipo do art. 132 do Código Penal, “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”, pelas razões expostas. A conduta é, se ausente resultado material, atípica – considerando-se apenas um disparo efetuado.

No caso do disparo em direção à rua próxima e movimentada, as condições epistêmicas para que se caracterize o conhecimento *ab anteriori* da mudança causada no sistema de expectativas dos potenciais pacientes da ação estão presentes. O agente, de um ponto de vista objetivo (racional), não pode ignorar ou reputar irrelevante o perigo criado – não tem uma razão válida para a violação da regra. Assim, seu disparo já configura, em regra, delito doloso. Uma exceção é dada no exemplo da dupla que ensaia um espetáculo de tiro, havendo a vítima colocado uma latinha sobre sua cabeça, à espera de um tiro certo. O paciente que se coloca em risco, portanto menos vulnerável concretamente, não demanda, no caso, razões distintas ao agente para o agir – além daquelas nas quais já assentiu – para restabelecimento de expectativas compartilhadas. Assim, contra esse paciente, não há realização de tipo doloso.

6. Considerações finais

A teoria do delito contemporânea não conseguirá fazer frente às aporias pervasivas de suas concepções sobre a realidade regulada pelo direito penal enquanto mantiver à vista uma compreensão do papel do direito penal como proteção de determinados bens jurídicos, sob o modo de manifestação de coisas – entes dotados de propriedades, reduzidas pelo ilícito penal, conforme a ontologia da subsistência (substrato-propriedade). O escopo de tutela do direito penal pode ser compreendido, no nível de abstração (LoA) da dogmática penal consistente com a Filosofia da Informação, como a proteção de relações entre entes informacionais.

O LoA mais adequado à caracterização do caso doloso (ou culposo) deve ser capaz de esclarecer seus observáveis. Assim, a perspectiva informacional tem a vantagem de fornecer as bases para a escolha de

duas variáveis, aptas a funcionar como parâmetros para a configuração, a cada caso, do aspecto subjetivo da tipicidade, em certo grau indissociável do seu aspecto objetivo: a intensidade do perigo criado e o grau de vulnerabilidade concreto da vítima.

A tortuosa distinção entre caso doloso e caso culposos deve ancorar-se não em um estado psicológico do autor (representação), mas justamente no grau de perturbação do bem jurídico (relações) em questão – ou seja, na entropia. O caso doloso se distingue quantitativamente do caso culposos, em relação ao maior aumento de entropia no sistema de relações tuteladas pelo direito penal. Adicionalmente, conforme o conhecimento em jogo na interação do agente com o subsistema de relações tuteladas pelo direito penal, o agente não pode oferecer, no espaço comunicativo-informacional perturbado no caso doloso, razões válidas que se respondam ao paciente para excepcionar as relações que sustentam as expectativas legítimas do paciente.

Referências

BARBERÁ, Gabriel Pérez. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Cuadernos de Derecho Penal*. ISSN: 2027-1743, noviembre de 2011.

DREYFUS, Hubert L. et al. *What computers still can't do: A critique of artificial reason*. MIT press, 1992.

DURANTE, Massimo. *Ethics, Law and the Politics of Information: A Guide to the Philosophy of Luciano Floridi*. Springer, 2017.

FERNÁNDEZ, Fernando Molina. La cuadratura del dolo problemas irresolubles, sorites y derecho penal. In: BARREIRO, A.J. (org.) *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Editorial Civitas, 2005.

FLORIDI, Luciano. *Information: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013a.

_____. *The philosophy of information*. Oxford, 2013b.

_____. *What a maker's knowledge could be*. *Synthese*, v. 195, n. 1, p. 465- 481, 2018.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade, In: SILVA DIAS et. al. (coords.). *Liber Amicorum de José de Souza Brito*. Coimbra, Almedina, 2009.

JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARTÍN, Luis Garcia. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAGUÉS IVALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n.º 1, 2018 p.127-161.

SIMON, Herbert A. *The sciences of the artificial*. MIT press, 1996.

VANDERVEKEN, Daniel. Searle on Meaning and Action. In: GREWEN-DORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality. Studies in Linguistics and Philosophy*, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

SOBRE A VULNERABILIDADE ETÁRIA DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL E O NECESSÁRIO BINÔMIO LIBERDADE-RESPONSABILIDADE

ON THE VULNERABILITY BY AGE OF ARTICLE 217-A OF THE PENAL CODE AND THE NECESSARY BINOMIAL FREEDOM-RESPONSIBILITY

Rodrigo José dos Santos Amaral*

Data de recebimento: 08/02/2021

Data de aceite: 10/04/2021

Última versão do autor em: 11/04/2021

Resumo: O objeto do presente artigo é o conceito de vulnerabilidade por idade, contido no artigo 217-A, *caput* do Código Penal. Analisa-se a aparente contradição entre o marco etário da vulnerabilidade no estupro e os marcos etários presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente. Por fim, escrutina-se algumas soluções já adotadas na doutrina e na jurisprudência para, ao final, propor uma solução própria com base nas ideias que o conceito de vulnerabilidade é relacional e os conceitos de liberdade e responsabilidade possuem uma relação intrínseca.

Palavras-chave: estupro; vulnerabilidade; liberdade; responsabilidade; Estatuto da Criança e do Adolescente.

* Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela mesma instituição.

Abstract: The object of the present article is the concept of vulnerability by age, contained in the *caput* of article 217-A of the Penal Code. It seeks to analyze the apparent contradiction between the age of vulnerability in rape and age marks present in the Child and Adolescent Statute. Lastly, it scrutinizes some solutions already adopted in doctrine and case law to, in the end, propose a solution of its own based on the ideas that the concept of vulnerability is relational and the concepts of freedom and responsibility have an intrinsic relation.

Keywords: rape; vulnerability; freedom; responsibility; Child and Adolescent Statute.

Sumário: 1. Introdução; 2. A *ratio* da proibição e o conteúdo do injusto do estupro; 3. A incongruência normativa sobre a vulnerabilidade etária; 4. Algumas soluções já propostas; 5. Análise das soluções expostas; 6. A solução proposta: análise a partir do conceito de vulnerabilidade e do binômio liberdade-responsabilidade; 7. Conclusão; Referências.

1. Introdução

O delito de estupro de vulnerável foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 2009, com o advento da Lei n.º 12.015, por meio do então novo artigo 217-A no Código Penal (CP). A redação do *caput* do artigo, que será o foco do presente estudo, determina que pratica o estupro de vulnerável quem pratica a conduta de “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

Pretendo, neste trabalho, apresentar critérios para uma correta subsunção dos casos de estupro de vulnerável nos quais o critério da vulnerabilidade é o etário, diante de fatores que considero importantes e serão expostos ao longo do texto. Para realizar isso, o seguinte trajeto será percorrido: primeiramente, expor por que o estupro, de uma forma geral, é proibido e realizar uma definição parcial do conteúdo do injusto no caso específico do estupro de vulnerável (item 1); apontar os aparentes problemas de natureza sistemático-normativa que o intérprete precisa considerar com a adoção da idade de catorze anos para o tipo do estupro de vulnerável (item 2); apresentar, sem pretensão de esgotamento, algumas soluções já propostas na doutrina e adotadas na jurisprudência no que tange à vulnerabilidade etária ou à presunção de violência contra o menor de catorze anos, contida no hoje revogado art.

224, CP (item 3); analisar os acertos e erros das soluções apresentadas (item 4); apresentar uma solução nova, tendo como base o conceito de vulnerabilidade e o binômio liberdade-responsabilidade (item 5).

2. A *ratio* da proibição e o conteúdo do injusto do estupro

A punibilidade do estupro, em sentido geral, está baseada no fato de que o seu autor viola a dignidade sexual da vítima¹, se se adotar o termo escolhido pelo legislador para o título VI do CP, ou a noção mais determinada de liberdade ou autodeterminação sexual. Isso porque, conforme já explicado anteriormente por Greco², em um Estado que permanece neutro sobre as diferentes noções de vida boa que seus cidadãos possam adotar, o conceito de dignidade só pode ser entendido em sentido *político* (em contrariedade a um sentido *perfeccionista*), que, em resumo, interpreta dignidade como *autonomia*, o que, no caso dos crimes sexuais, leva à noção de liberdade ou autodeterminação sexual.

Esse bem jurídico, não importando qual denominação o leitor opte por adotar, tem como fundamento o direito subjetivo³ que todo indivíduo possui sobre o próprio corpo. Assim, o estupro é injusto porque afeta a função de gozo do direito subjetivo da vítima ao seu próprio corpo e, mais especificamente, à sua autodeterminação sexual, o que, no que tange ao estupro do art. 213, CP, é feito por meio de coação (violência ou grave ameaça).

No caso do estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), a afetação ocorre em situações nas quais o legislador não visualizou capacidade de consentimento por parte da vítima⁴. Assim, optou-se justamente por limitar a função de gozo do direito subjetivo da vítima ao próprio corpo, descartando-se a

¹ Cf., por todos, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Dos crimes contra a dignidade sexual. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 643, que critica a vagueza da expressão.

² GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 431-457, 2011, p. 447.

³ Sobre os direitos subjetivos, cf. por todos, RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. e org. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 32-35.

⁴ A *ratio* do tipo fica bastante clara a partir da leitura da última parte do seu parágrafo primeiro: “Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”.

possibilidade de realização de ato sexual com pessoa considerada vulnerável, mesmo que com o consentimento dela, visando a preservar a vítima de uma escolha que não esteja baseada no equilíbrio de suas faculdades mentais.

É bem verdade que não há uma tal limitação propriamente dita em *todos* os casos de estupro de vulnerável, na medida em que, em alguns casos de vulnerabilidade, a vítima não tem nenhuma capacidade de manifestação de vontade, como são as hipóteses em que ela esteja dormindo ou desmaiada. Tendo em vista essa diferença, proponho aqui uma forma de classificação: quando a vítima não tem capacidade fática de realizar alguma manifestação de vontade, trata-se de *vulnerabilidade absoluta*, enquanto há *vulnerabilidade relativa* quando a vítima até possui capacidade de alguma manifestação de vontade, mas não possui um desejado equilíbrio mental (aqui, incluída a maturidade) para fazer uma escolha devidamente refletida no que tange à prática sexual⁵.

Assim, no estupro de vulnerável, a noção de autodeterminação sexual, perfeitamente aplicável na proteção da vítima em casos de vulnerabilidade absoluta, não é a mesma nos casos de vulnerabilidade relativa. Nestes, trata-se de um clássico exemplo de paternalismo moderado⁶ (*soft paternalism*)⁷ e impuro (*impure paternalism*)⁸ por parte do legislador, constituindo uma relativização do princípio geral segundo o qual não há lesão para quem consente (*volenti non fit injuria*)⁹⁻¹⁰. Con-

⁵ Abaixo, dissertarei mais sobre a questão da vulnerabilidade do art. 217-A, CP.

⁶ Aqui, estou utilizando a tradução de MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 100, segundo quem a modalidade de paternalismo moderada “é o ponto de vista que considera justificado o paternalismo quando for necessário determinar se a pessoa a ser atingida está agindo voluntária e conscientemente”.

⁷ “Soft paternalism is the view that the only conditions under which state paternalism is justified is when it is necessary to determine whether the person being interfered with is acting voluntarily and knowledgeably”. DWORKIN, Gerald. Paternalism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

⁸ “In the case of impure paternalism the class of persons interfered with is larger than the class being protected”. *Ibidem*.

⁹ Sobre o princípio, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 115, p. 255-290, 2015, p. 262.

¹⁰ No caso, trata-se de paternalismo (i) moderado, porque na fundamentação da intervenção estatal nos casos de vulnerabilidade relativa considera-se que a vítima não age de forma voluntária e/ou consciente e (ii) impuro, porque o grupo de pessoas

forme dito, nesses casos, a justificação da intervenção sobre a liberdade individual da vítima encontra-se no fato de que o legislador considera que essa não possui condições de consentir responsabilmente com o ato, seja por falta de maturidade (como é o caso do *caput* que regula a vulnerabilidade etária), seja por falta de cognição suficiente para isso (como são os casos do parágrafo primeiro, com exceção às situações de vulnerabilidade absoluta, em que não há consentimento)¹¹.

3. A incongruência normativa sobre a vulnerabilidade etária

O Código Penal, desde a sua redação original de 1940, proíbe a realização de ato sexual com pessoa menor de catorze anos. Na sua redação original, o hoje revogado artigo 224, alínea *a*, CP determinava a presunção de violência nos crimes sexuais quando a vítima fosse menor de catorze anos. Ou seja, não importava se havia ou não consentimento do menor, sempre haveria um dos crimes com violência descritos no Título VI do CP¹²⁻¹³.

A Lei n.º 12.015/2009 estabeleceu uma série de substanciais mudanças nos crimes sexuais previstos no Código Penal. Para o que aqui interessa, houve a total revogação do art. 224, CP, com a criação do atual art. 217-A, CP, que tipifica o delito de estupro de vulnerável e mantém

afetadas não é igual ao grupo das pessoas protegidas, haja vista que a proibição visa à eventual punição daquele que pratica ato libidinoso com a pessoa vulnerável.

¹¹ Até mesmo um autor como John Stuart Mill, ferrenho defensor das liberdades individuais, defendia a legitimidade de uma proteção paternalista de quem não tem condições de fazer escolhas responsáveis. Cf. MILL, John Stuart. *On Liberty*. Londres: Peguin, 2010, p. 17-18: “[w]e are not speaking of children, or of young persons below the age which the law may fix as that of manhood or womanhood. Those who are still in a state to require being taken care of by others, must be protected against their own actions as well as against external injury”.

¹² É preciso observar, entretanto, que parte considerável da doutrina e da jurisprudência da época entendia que a cláusula do antigo art. 224, CP estabelecia uma presunção relativa de violência, não absoluta. À época, entendia-se que se a vítima já possuía ampla experiência sexual prévia (o exemplo recorrente era o da vítima que se prostituía), ela já não detinha a *innocentia consilii* que fundamentaria a desconsideração de seu consentimento. Por todos, cf. o panorama de GOMES, Luiz Flávio. A presunção de violência nos crimes sexuais (ênfase crítico) – 1ª parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 158-181, 1996, p. 170-173.

¹³ Não pretendo entrar aqui, no mérito sobre a aparente inconstitucionalidade (ou, ao menos, ilegitimidade) de um dispositivo que manda presumir um estado de coisas em matéria penal, por duas razões: a uma, felizmente o art. 224, CP já está revogado, com um tipo penal específico que tutela os considerados vulneráveis; a duas, explorar mais o assunto resultaria em uma grande fuga do escopo deste artigo.

a tradição do Código em desconsiderar a vontade da vítima quando ela, dentre outras hipóteses, for menor de catorze anos.

Por outro lado, a Lei n.º 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), disciplina os denominados *atos infracionais*, que, segundo o seu art. 103, nada mais são que qualquer ato praticado por menores de dezoito anos descritos pela lei como crime ou contravenção penal. Assim, por exemplo, se um indivíduo de quinze anos mata alguém dolosamente, pratica um ato infracional análogo ao homicídio doloso descrito no art. 121, CP. Nesse contexto, o art. 112, ECA, estabelece que todo adolescente autor de ato infracional deverá ser submetido a uma das medidas descritas nos incisos do mesmo artigo. E como se diferencia criança de adolescente? O mesmo ECA dá a resposta por meio do seu art. 2º: crianças são os menores de doze anos, enquanto adolescentes são todos aqueles que possuem ao menos doze anos completos e que ainda não completaram dezoito anos. O legislador decidiu por excluir as crianças das medidas socioeducativas do art. 112, ECA, destinando a elas as medidas de proteção do art. 101, ECA.

Dessa forma, o legislador, do ponto de vista da *responsabilidade penal* pelos próprios atos, determinou, claramente, três classes de indivíduos sob o aspecto etário: (i) as crianças (menores de doze anos), que são absolutamente irresponsáveis; (ii) os adolescentes (entre doze anos completos e dezoito incompletos), que são parcialmente responsáveis, na medida em que não cometem crimes e, portanto, não estão sujeitos à pena, mas são suscetíveis a medidas socioeducativas em razão de atos infracionais; e (iii) os adultos (a partir de dezoito anos completos), que são os penalmente imputáveis e, portanto, suscetíveis de pena em sentido estrito.

Com esse panorama em vista, veja-se que o legislador criou um claro problema: considera-se que a pessoa entre doze anos completos e catorze incompletos tem responsabilidade suficiente para responder por seus atos, estando sujeita a medidas socioeducativas, mas não tem liberdade normativa suficiente para optar por participar de um ato sexual. Desse modo, cria-se uma estranha situação em que dois indivíduos dessa faixa etária, se praticam ato sexual consentido, são, ao mesmo tempo, autores e vítimas de atos infracionais análogos ao estupro de vulnerável do art. 217-A, CP. Na doutrina nacional, essa incongruência já foi observada¹⁴, havendo vozes que advogam por uma solução que relativize

¹⁴ Já nos anos 90, ou seja, antes das alterações trazidas pela Lei 12.015/2009, observava esse conflito normativo GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 166-167.

essa desconsideração absoluta da vontade da vítima adolescente entre doze anos completos e catorze incompletos, inclusive em relação a atos praticados com adultos¹⁵.

4. Algumas soluções já propostas

Diante do problema delineado, existem dois possíveis caminhos: o primeiro deles é ignorar o problema e continuar proibindo absolutamente que menores de catorze anos pratiquem atos sexuais; o segundo, buscar uma interpretação restritiva do tipo que tenha um satisfatório grau de coerência com o ordenamento jurídico e os ideais básicos de justiça. Veja-se que esse segundo caminho é permitido na medida em que o princípio da legalidade penal veda absolutamente interpretações que extrapolem os limites semânticos da norma penal, mas permite que se restrinja o âmbito de interpretação, por ser *in bonam partem*¹⁶.

A Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem optado pela primeira via, considerando que, para a ocorrência de estupro de vulnerável, não é relevante o consentimento da vítima menor de catorze anos, sendo que alguns julgados, inclusive, têm adotado a expressão “presunção de vulnerabilidade”, provavelmente, segundo vejo, por influência da “presunção de violência”¹⁷ do hoje revogado art. 224, CP. No julgamento de um agravo regimental no REsp 1.830.026, a Sexta Turma do STJ decidiu que, nos casos de crimes sexuais cuja vítima tem idade inferior a catorze anos, “a vulnerabilidade é presumida, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima”¹⁸, orientação que foi seguida no julgamento

¹⁵ Segundo SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 655, essa posição “parece, hoje, se firmar na doutrina como sendo a melhor resposta”.

¹⁶ Sobre isso, ver ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. München: C. H. Beck, 2020, p. 222-224, § 5, Rn. 28-28a.

¹⁷ Sobre a presunção de violência, termo inserido na redação original do CP de 1940, assim falou a principal mente da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código: “Fiel a um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a Carpsovio, o Código presume ou finge a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido”. HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*, volume VIII: arts. 197 a 249. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 225. Crítico, GOMES, Luiz Flávio. Op. cit, p. 161, segundo quem uma tal presunção não seria compatível com o princípio da culpabilidade.

¹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.830.026*, Sexta Turma, Rel. Min. Néfi Cordeiro, DJe 03/12/2019.

do agravo regimental no AREsp 1.625.636, pela mesma Turma¹⁹. Já a Quinta Turma do STJ, no julgamento de um agravo regimental no AREsp 1.578.301, decidiu que o estupro de vulnerável ocorre “independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima”²⁰, em citação do que fora decidido pela Sexta Turma em um agravo regimental no AREsp 1.361.865²¹.

Na doutrina, conforme dito, há vezes propondo caminhos que buscam uma interpretação restritiva do tipo penal. Gomes, em artigo escrito nos anos 90, ou seja, quando o art. 224, CP, ainda era vigente, propôs que se analisasse caso a caso a maturidade da vítima menor de catorze anos, isto é, se ela era capaz de “compreender o sentido ético do ato” e somente em caso negativo o tipo seria imputável ao agente²². Para Gomes, a resposta para a questão da capacidade pode ser extraída do próprio ECA: todo adolescente (isto é, indivíduo com idade a partir de doze anos completos) possui capacidade de consentimento e, portanto, deve ter sua vontade considerada²³. Em outro trabalho anterior à Lei n.º 12.015/2009, Rassi propôs o que ele chamou de conceito de violência normativo: em vez de pensar em limitações com base na idade do indivíduo, dever-se-ia examinar o caso concreto, sendo típicas somente as condutas nas quais o consentimento da vítima estivesse viciado por uma situação de desvantagem ou se ela não tivesse capacidade suficiente para compreender a dimensão do ato praticado²⁴.

Após o advento da Lei n.º 12.015/2009, que afastou a presunção de violência do art. 224, CP, e criou o tipo penal do estupro de vulnerável do art. 217-A, CP, não cessaram as vozes favoráveis a uma expansão da consideração da vontade do menor. Para Silveira, a vulnerabilidade da

¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.625.636*, Sexta Turma, Rel. Min. Saldanha Palheiro, DJe 28/09/2020.

²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.578.301*, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 03/12/2019.

²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.361.865*, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 01/03/2019.

²² GOMES, Luiz Flávio. A presunção de violência nos crimes sexuais (enfoque crítico) – 2ª parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 169-196, 1996, p. 189-193.

²³ *Ibidem*, p. 194-195.

²⁴ RASSI, João Daniel. Novas perspectivas acerca da presunção de violência nos crimes sexuais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul*, v. 10, n. 11, p. 29-59, 2009, principalmente em p. 51 e ss.

vítima entre doze e catorze anos deve ser relativa, desconsiderando-se o seu consentimento somente nos casos de prostituição²⁵.

Em breve escrito posterior à Lei n.º 12.015/2009, Rassi aparentemente manteve a sua proposta supracitada, porém dando mais importância aos marcos instituídos pelo ECA, mas sem deixar claro se a sua proposta de interpretação restritiva seria destinada somente aos considerados adolescentes ou se, como da primeira vez, destinar-se-ia a qualquer indivíduo menor de catorze anos²⁶. Guimarães, citando Nucci e Estefam, propõe que a presunção de vulnerabilidade do adolescente entre doze anos completos e catorze incompletos seja relativa, sendo atípicos os casos em que o menor possui vida sexual ativa e consente com o ato libidinoso²⁷.

5. Análise das soluções expostas

Segundo vejo, todas as soluções expostas no tópico anterior, apesar de algumas aparentarem partir de uma intuição inicial correta, são, em alguma medida, insuficientes para solucionar o problema, de modo que uma nova solução precisa ser proposta. Com isso, primeiramente, irei enumerar as razões para a insuficiência das propostas acima para, em seguida, dissertar sobre a minha solução para o problema.

Primeiramente, a opção jurisprudencial dominante atual de desconsiderar em absoluto a vontade dos adolescentes entre doze anos completos e catorze incompletos, aparentemente, parte da correta intuição de que adultos e adolescentes (ao menos os de menor idade), geralmente, possuem condições psicológicas muito distintas e não é preciso uma complexa teoria científica para constatar isso. Todavia, nenhuma solução é dada nos casos de dupla punição por ato infracional de adolescentes considerados vulneráveis pelo art. 217-A, CP, que praticam ato sexual consentido entre si. Ademais, a própria presunção absoluta de vulnerabilidade do adolescente em relação ao adulto pode ser, em certos casos pontuais, questionada, de modo a aparentar ser uma solução equivocada.

²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 656.

²⁶ RASSI, João Daniel. A vulnerabilidade sexual do menor. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 235, p. 6-7, 2012.

²⁷ GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. Algumas questões problemáticas e outras nem tanto sobre a nova disciplina dos crimes sexuais. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 974.

Por isso, os defensores de uma relativização da vulnerabilidade em determinados casos, mormente em se tratando de adolescentes segundo os termos do ECA, também partem de uma intuição correta. Não parece justo responsabilizar, em alguma medida, o indivíduo por seus atos a partir dos doze anos completos, inclusive por ato infracional análogo a crime sexual, e desconsiderar completamente o seu consentimento quando ele figurar no (às vezes aparente) polo passivo do delito sexual. Todavia, as soluções concretas analisadas acima apresentam algum tipo de problema, conforme aponto a seguir.

A solução de Gomes, por exemplo, em sempre analisar o consentimento dos adolescentes em matéria sexual ignora que um raciocínio sistemático, conforme ele mesmo propõe com base no ECA, não lhe respalda completamente. Isso porque o próprio sistema, conforme já aduzido acima, diferencia adolescentes de adultos sob o aspecto da responsabilidade pessoal, o que é, inclusive, a base do argumento do autor. Assim, tratar ambos como absolutamente iguais também não é uma medida sistematicamente de todo coerente, como pretende Gomes.

Mais estranha ainda é a primeira proposta de Rassi em relativizar a vulnerabilidade (à época, presunção de violência) até mesmo das crianças. Se os adolescentes são considerados somente parcialmente responsáveis, as crianças são consideradas absolutamente irresponsáveis pelo sistema jurídico. Ademais, a rejeição absoluta do autor a qualquer tipo de paternalismo não ficou devidamente fundamentada e tampouco possui respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. O legislador brasileiro, por meio do próprio ECA, estabeleceu uma série de medidas paternalistas que visam à proteção da criança e do adolescente, inclusive no que tange ao direito penal sexual, criando diversos tipos penais em que o consentimento da vítima é irrelevante²⁸. Sobre a criança e o adolescente não recai o princípio da autorresponsabilidade em sua plenitude, de modo que o legislador tem legitimidade para, em certos âmbitos, tratá-los de forma paternalista.

Conforme já apontei²⁹, nem mesmo John Stuart Mill, que era fortemente contrário ao uso de meios coercitivos para proteger quem consente com o ato, defendia essa margem ampla de liberdade aos que não tinham idade suficiente para ser considerados plenamente responsáveis. E, para prevenir erros de interpretação e eventuais réplicas de que eu

²⁸ Cf. os artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 244-A do ECA.

²⁹ Cf. supra, nota de rodapé n.º 11.

estaria empregando um recurso à autoridade ao citar Mill, veja-se que o centro do meu argumento não é a posição do autor, mas sim a seguinte ideia: liberdade e responsabilidade devem caminhar juntas e, portanto, quem não é considerado plenamente responsável por seus próprios atos pode, na exata medida da mitigação de sua responsabilidade, ser tutelado de forma paternalista. Crianças, conforme dito, são absolutamente irresponsáveis sob o aspecto penal, de modo que não há nenhum óbice para desconsiderar o seu consentimento na interpretação do tipo penal que vise à sua proteção. Pelo contrário: um argumento sistemático deve favorecer uma proteção paternalista absoluta dos menores de doze anos.

A proposta de Silveira de considerar, em regra, o consentimento do adolescente, com a exceção dos casos de prostituição, tem a intuição correta de que é legítimo tratar jovens diferentemente de adultos, ao mesmo tempo que também é razoável, a partir de um pensamento sistemático, considerar, em alguma medida, a vontade do adolescente. Todavia, a tese tem uma contradição interna que, admito, é difícil de constatar a uma primeira vista: considera-se, como regra geral, que adolescentes podem plenamente consentir, assim como os adultos, mas, como exceção, não o podem nos casos de prostituição. Entretanto, não há estupro de vulnerável quando há relação sexual consensual na qual um maior de catorze anos se prostitui. Sendo assim, não fica bem elucidado por qual razão seria estupro de vulnerável a prática de ato libidinoso com o menor de catorze anos nos casos de prostituição ao mesmo tempo que isso não ocorreria para os maiores de catorze, sendo o argumento principal justamente que os indivíduos a partir de doze anos possuem o mesmo *status* de adolescente que aqueles maiores de catorze e menores de dezoito anos. Dessa forma, a exceção proposta por Silveira acaba por confessar que essas categorias de jovens não são tão iguais assim, o que contradiz o seu pressuposto inicial.

Por fim, o critério da vida sexual ativa nada mais é do que uma forma nova e menos agressiva de julgar a conduta da vítima. Simplesmente ter uma vida sexual ativa de nenhuma forma pode levar a uma conclusão necessária de que o adolescente tem a noção da dimensão do ato como se adulto fosse. Além disso, esse critério poderia levar a soluções estranhas. Por exemplo: suponha-se que um indivíduo de 40 anos pratique diversos atos sexuais consentidos com uma adolescente de 13 anos. Das primeiras vezes que isso ocorrer, pelo critério da vida sexual ativa, a adolescente não teria capacidade de consentimento e, portanto, o crime do art. 217-A, CP, seria imputável ao adulto. Todavia, em algum

momento dessa sequência de atos sexuais, ter-se-ia que considerar que a experiência sexual construída pela adolescente, em algum momento, tornaria atípica as condutas do adulto. Logo, seria um estranho caso de continuidade delitiva em que, simplesmente pelo fato de a vítima ter obtido experiência sexual com a continuidade, os atos posteriores tornar-se-iam atípicos. Ademais, a própria noção de vida sexual ativa é demasiadamente indeterminada: quantas vezes uma pessoa deve praticar ato sexual para ser possível considerar que a sua vida sexual é ativa? E se a pessoa teve diversas experiências sexuais prévias, mas todas ocorridas mediante algum tipo de abuso? Esse critério não parece nem lógico, nem determinado, nem justo para solucionar esse tipo de caso.

6. A solução proposta: análise a partir do conceito de vulnerabilidade e do binômio liberdade-responsabilidade

Diante dos problemas das teses acima avaliadas, um caminho necessário é a elaboração de uma nova solução para a questão da vulnerabilidade etária do art. 217-A, CP. Para chegar a uma solução adequada do problema, dois pontos são fundamentais: (i) determinar o que significa, propriamente, o conceito de vulnerabilidade do tipo penal em questão e (ii) a partir desse conceito, como interpretar o artigo a partir dos indivíduos que compõem o ato e seus diferentes graus de responsabilidade³⁰.

Segundo o seu sentido literal, vulnerável significa “que está sujeito a ser atacado ou criticado”³¹, “que tende a ser magoado, danificado ou derrotado; frágil”³², isto é, portanto, aquela parte que está suscetível de ser atacada, danificada, prejudicada etc. Pela própria lógica do tipo penal do art. 217-A, CP, esse significado simplesmente literal de “vulnerável” não resolve a questão, porque, a rigor, todo ser humano é, em alguma medida, vulnerável³³.

Esse conceito *absoluto* de vulnerabilidade não é aplicado nem pela linguagem do dia a dia, nem pelo tipo penal do estupro de vulnerável.

³⁰ Sobre esses graus de responsabilidade, cf. *supra*, item 2.

³¹ DICIONÁRIO MICHAELIS ONLINE. *Vulnerável*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=vulner%C3%A1vel>>. Acesso em 04 dez. 2020.

³² DICIO. *Significado de vulnerável*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/vulneravel/>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

³³ Nesse sentido, corretamente, GIORGIS, José Carlos Teixeira. Crimes sexuais e a pessoa vulnerável. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 20-34, 2010, p. 30-31.

O conceito de vulnerabilidade mais conhecido é *relativo, relacional*: são vulneráveis, segundo uma acepção “comum”, por exemplo, os imigrantes refugiados, os indivíduos em situação de rua, os enfermos mentais graves, entre outros. Que todo ser humano é, em alguma medida, vulnerável, não há dúvidas; todavia, há indivíduos que, pelas circunstâncias da vida, são mais vulneráveis que outros. É a essa situação especial e relacional de vulnerabilidade que normalmente as pessoas fazem referência, é a essa vulnerabilidade relacional voltada à prática de atos sexuais que o legislador faz referência na tipificação do estupro de vulnerável.

Dessa forma, a vítima do estupro de vulnerável, além da vulnerabilidade que ela ostenta simplesmente pela sua condição de ser humano, também possui uma especial condição de vulnerabilidade, que é aquela em relação ao autor do fato. Portanto, faz parte do conteúdo do injusto do estupro de vulnerável não só a condição de vulnerabilidade da vítima, *mas também o fato de que o autor detém condições psicológicas superiores* em relação a ela, o que faz com que ele abuse dos maiores poderes que tem por estar na posição de superior psicologicamente.

Quanto à questão da vulnerabilidade por idade, que é o tema deste trabalho, a tripartição de indivíduos com base em suas responsabilidades é o critério sistematicamente coerente para determinar o norte da adequada interpretação do tipo penal. No caso das crianças (menores de doze anos – art. 2º, ECA), por serem absolutamente irresponsáveis, partir-se-á da premissa de que o consentimento delas nunca será considerado. No caso de adolescentes (entre doze anos completos e dezoito incompletos – art. 2º, ECA), por serem relativamente responsáveis, poder-se-á, em determinadas hipóteses, considerar o seu consentimento e, em outras, desconsiderá-lo. Por fim, os adultos são plenamente responsáveis e, por isso, o seu consentimento deve sempre ser considerado.

Todavia, não é só a possibilidade de consentir que entra em cena, mas também a questão da *vulnerabilidade relacional* citada acima. Quanto a ela, tem-se a seguinte *regra de ouro*: como o tipo penal do estupro de vulnerável retira do polo passivo do *caput* todos aqueles maiores de catorze anos (portanto, são os que o CP considera que podem sempre consentir se outras hipóteses de vulnerabilidade não estiverem presentes), os indivíduos desse grupo sempre cometerão o delito de estupro de vulnerável (no caso dos imputáveis, isto é, os adultos) ou o ato infracional análogo a estupro de vulnerável (no caso dos adolescentes entre catorze anos completos e dezoito incompletos) quando no polo passivo figurar uma criança, em razão de essa ser absolutamente irresponsável

e, portanto, sempre vulnerável em relação a esses grupos de indivíduos, independentemente do consentimento da vítima.

Nos casos dos considerados vulneráveis adolescentes (entre doze anos completos e catorze incompletos), deve-se observar a já antiga crítica da doutrina exposta repetidamente acima quanto à dupla imputação de atos infracionais análogos a estupro de vulnerável. Em razão disso, pelo fato de o sistema jurídico brasileiro, por meio do ECA, ter igualado o *status* de responsabilidade de todos os indivíduos entre doze anos completos e dezoito incompletos, nenhum adolescente poderá praticar ato infracional análogo a estupro de vulnerável se o ato libidinoso em questão for consentido e no (suposto) polo passivo figurar um outro adolescente. Isso porque, em razão de os indivíduos, nessa hipótese, ostentarem o mesmo *status* de adolescentes e, portanto, de iguais, não há uma relação de superioridade psicológica, não havendo aquela *vulnerabilidade relacional* necessária para a constatação do injusto do estupro de vulnerável. Caso o ato libidinoso não seja consensual, haverá ato infracional análogo ao estupro do art. 213, CP, em razão de o injusto não ocorrer em razão da vulnerabilidade relacional, mas sim da coação física ou psicológica exercida pelo autor do fato.

Por fim, há a mais difícil constelação de casos, que é a dos atos libidinosos praticados por adultos com adolescentes menores de catorze anos. Aqui, a regra geral é pela imputação do adulto por estupro de vulnerável, pois há uma vulnerabilidade relacional psicológica do adolescente em relação ao adulto. Todavia, admito ao leitor que em algumas situações-limite tenho dúvidas quanto à existência de tal vulnerabilidade. Aqui, refiro-me à constelação de *jovens adultos*, isto é, aqueles indivíduos que não há muito tempo passaram à maioria penal. Isso porque é irreal imaginar que um indivíduo passa a ser mais maduro da noite para o dia, só porque a lei determinou que a partir de uma certa idade ele deve ser considerado mais responsável. De qualquer forma, para a constelação de casos de atos libidinosos entre jovens adultos e adolescentes menores de catorze anos, vejo a possibilidade de uma interpretação restritiva, de modo a possibilitar excepcionalmente a consideração do consentimento do adolescente como causa de exclusão da tipicidade. Entretanto, não tenho certeza, ainda, sobre qual seria o intervalo etário adequado para considerar alguém um jovem adulto. No caso da transição da infância para a adolescência, as diferenças de referenciais de idade do ECA e do art. 217-A, CP, permitem a determinação sistemática de um intervalo de transição (entre doze e catorze anos), o que, por outro lado, não parece haver para a transição da adolescência para a maioria penal.

Uma possível solução de referencial poderia ser obtida do art. 115, CP, que trata da redução do prazo prescricional: um dos grupos etários que recebe essa benesse é o dos menores de 21 anos à época dos fatos, o que só pode ter fundamento no fato de que, de alguma forma, sistematicamente, considera-se que até essa idade o jovem adulto está ainda numa fase de transição de maturidade psicológica. Dessa forma, talvez se possa considerar a possibilidade, em algumas situações, de não haver uma vulnerabilidade relacional do adolescente em relação a um adulto menor de 21 anos. Todavia, ainda não estou certo da correção dessa reflexão, na medida em que essa relação engloba duas pessoas em diferentes transições: da infância para a adolescência (vítima) e da juventude para a vida adulta (autor maior de 18 e menor de 21 anos).

De qualquer forma, nesses tipos de caso, eu vislumbro, ao menos, uma possibilidade de questionamento dessa vulnerabilidade, mas partindo, naturalmente, da premissa que, em situações normais, ela estará presente diante da grande diferença psicológica que é razoável esperar entre autor e vítima, em razão da discrepância de idade entre eles. A propósito, como o próprio tipo penal não fala de consentimento da vítima, não seria possível arguir uma violação do *in dubio pro reo*, pois, nesse caso, o próprio tipo penal presume a vulnerabilidade da vítima, só sendo possível o seu afastamento, portanto, diante de razões de fato e/ou de direito que embasem essa decisão. Essa questão do *in dubio pro reo*, de qualquer forma, é problema de direito probatório e, portanto, é um tema que apenas tangencia o mérito do presente trabalho, que versa sobre direito penal material.

7. Conclusão

A título de conclusão, tem-se o seguinte panorama das reflexões presentes neste trabalho:

1. Sob uma perspectiva global, o conteúdo do injusto do estupro é a violação do direito subjetivo da vítima ao seu próprio corpo, o que, no caso de delitos sexuais, equivale à sua autodeterminação sexual.

2. No caso do estupro de vulnerável, a violação direta à autodeterminação sexual, na forma de prática consentida, somente ocorre nos casos de vulnerabilidade absoluta. Nos casos de vulnerabilidade relativa, a questão fundamental não é o consentimento, mas o fato de

que a vítima, por sua condição de vulnerabilidade, deve ser tutelada de forma paternalista.

3. O conceito de vulnerabilidade do estupro de vulnerável é relativo e relacional e, portanto, o injusto só estará realizado quando for possível verificar que o autor se aproveitou da condição de vulnerável da vítima em relação a ele para praticar o ato libidinoso, abusando da sua condição de superior psicologicamente.

4. Os marcos etários do ECA, do art. 217-A, CP, e da maioria penal devem ser os parâmetros fundamentais para a constatação da vulnerabilidade relacional.

4.1. Quando se tratar de indivíduos que se encaixem em uma mesma classe etária, não haverá vulnerabilidade relacional, de modo que não há estupro de vulnerável no sentido do caput quando houver atos libidinosos nas seguintes relações: *criança x criança; vulnerável x vulnerável; adolescente x adolescente*.

4.2. Nos casos de *maior de catorze anos x criança*, sempre haverá vulnerabilidade relacional e, portanto, todo ato libidinoso, consentido ou não, será estupro de vulnerável.

4.3. Quando se tratar de casos de *adulto (maior de dezoito anos) x adolescente menor de catorze anos*, a regra é a existência de vulnerabilidade relacional e, portanto, da ocorrência de estupro de vulnerável independentemente da vontade do adolescente.

4.3.1. Os únicos casos em que ainda tenho dúvida se sempre há vulnerabilidade relacional são os que envolvam aqueles que eu denominei *jovens adultos*, que são aqueles indivíduos que não há muito fizeram a transição da adolescência para a maioria penal. Por não ser um conceito *prima facie* determinado, eu propus usar como base o art. 115, CP: *jovens adultos* são os maiores de 18 e menores de 21 anos. Para casos de *jovens adultos x adolescentes menores de catorze anos*, que são os casos que ainda tenho dúvidas, diante da falta de critérios claros, propus que se parta da presunção de vulnerabilidade do adolescente, mas permitindo eventual produção de prova sobre a inexistência de superioridade psicológica de um sobre o outro, que é a base do conceito de vulnerabilidade relacional.

Referências

DWORKIN, Gerald. Paternalism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Crimes sexuais e a pessoa vulnerável. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 20-34, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. A presunção de violência nos crimes sexuais (enfoque crítico) – 1ª parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 158-181, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. A presunção de violência nos crimes sexuais (enfoque crítico) – 2ª parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 169-196, 1996.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 431-457, 2011.

GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. Algumas questões problemáticas e outras nem tanto sobre a nova disciplina dos crimes sexuais. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 969-983.

HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal, volume VIII: arts. 197 a 249*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 115, p. 255-290, 2015.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Londres: Peguin, 2010.

RASSI, João Daniel. A vulnerabilidade sexual do menor. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 235, p. 6-7, 2012.

RASSI, João Daniel. Novas perspectivas acerca da presunção de violência nos crimes sexuais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul*, v. 10, n. 11, p. 29-59, 2009.

RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. e org. Alair Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. München: C. H. Beck, 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Dos crimes contra a dignidade sexual. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 642-681.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.361.865*, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 01/03/2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.578.301*, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 03/12/2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.625.636*, Sexta Turma, Rel. Min. Saldanha Palheiro, DJe 28/09/2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.830.026*, Sexta Turma, Rel. Min. Néfi Cordeiro, DJe 03/12/2019.

CESARIANAS ELETIVAS NO BRASIL: EXERCÍCIO OU NEGAÇÃO DA AUTONOMIA DAS PACIENTES?

*ELECTIVE CESAREAN SECTIONS IN BRAZIL: EXERCISE OR DENIAL
OF PATIENTS' AUTONOMY?*

Ana Clara Matias Brasileiro*

Fernanda Araujo Pereira**

Data de recebimento: 15/03/2021

Data de aceite: 25/05/2021

Última versão do autor em: 28/05/2021

Resumo: Este artigo pretende discutir como circunstâncias relativas à eleição de cesarianas têm implicações nos processos de afirmação ou de negação da autonomia de gestantes e parturientes, considerando as concepções de autonomia e respeito à autonomia dos/as pacientes desenvolvidas por Siqueira e Greco e o seu tratamento na dogmática penal. Como pano de fundo, realiza-se uma análise da Lei Estadual n.º 17.137/2019, de São Paulo. Apontam-se as relações entre mudanças históricas na assistência

* Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD-UFMG), no projeto coletivo: “Produção do Direito, Interlegalidade e Discursividade”. Mestra em Direito pelo PPGD-UFMG, na área de estudos: “Trabalho e Democracia”. Bacharela em Direito pela UFMG.

** Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD-UFMG), no projeto coletivo: “Tempo, Espaço e Constituição: Perspectivas Críticas e Desdobramentos Dogmáticos”. Bacharela em Direito pela UFMG.

ao parto e ao nascimento com altas taxas de cesáreas no país; a partir de dados secundários, analisam-se os processos de tomada de decisão pelas cesarianas eletivas, face ao paradigma de assistência médica pautado pelo respeito à autonomia. Discute-se o tratamento dogmático dessas ideias pela figura do consentimento, considerando seus efeitos na tipificação de intervenções médicas, atentando-se ao dever de esclarecimento por profissionais de saúde. O resultado é a compreensão do modo com que as mulheres elegem as cesáreas no Brasil como tendente à negação da autonomia dessas pacientes, na maioria dos casos. Problematiza-se, então, a referida Lei por inviabilizar melhores condições para a tomada de decisões autônomas por gestantes e por parturientes e indica-se a importância de criticá-la atentando ao respeito à autonomia das pacientes.

Palavras-chave: cesariana eletiva; autonomia; consentimento; dever de esclarecimento; assistência obstétrica.

Abstract: This article aims to discuss how circumstances related to the election of cesarean sections have implications for the processes of affirmation or denial of the autonomy of pregnant women and parturients, considering the conceptions of autonomy and respect for the autonomy of patients developed by Siqueira and Greco and their treatment in criminal dogmatics. As a background, an analysis of São Paulo State Law 17.137/2019 is carried out. The relationship between historical changes in childbirth and birth assistance with high rates of cesarean sections in the country is pointed out. Based on secondary data, the decision-making processes for elective cesarean sections are analyzed, in the light of the medical assistance paradigm based on respect for autonomy. The dogmatic treatment of these ideas is discussed from the perspective of consent, considering their effects on the criminalization of medical interventions. Attention is paid to the question of the fulfillment of the duty to inform by health professionals. The result is an understanding of the way in which women choose cesarean sections in Brazil as a denial of their autonomy, in most cases. Then, that Law is criticized for preventing the development of better conditions for autonomous decision-making by pregnant women.

Keywords: cesarean section by maternal request; autonomy; consent; duty to inform; obstetric care.

Sumário: 1 Introdução; 2 O excesso de cesarianas no contexto de hipermedicalização do parto e do nascimento no Brasil; 3 A prática médica fundamentada no respeito à autonomia dos/as pacientes; 4 Impasses entre as cesarianas eletivas e o respeito à autonomia das gestantes e das parturientes no Brasil; 5 Algumas problematizações sobre a Lei das Cesáreas; 6 Considerações finais; Referências.

1. Introdução

Em 2019, a deputada estadual Janaína Paschoal (PSL-SP) apresentou o Projeto de Lei n.º 435, de 2019 (PL 435/2019), com o objetivo de assegurar às gestantes e às parturientes as possibilidades de uma cesariana eletiva¹ e do acesso à analgesia em partos normais. Nesse sentido, o texto propôs, em apertada síntese: que as mulheres fossem respeitadas em sua autonomia quando elessem uma cesárea ou quando optassem por um parto vaginal; que as maternidades e que os estabelecimentos congêneres do Estado de São Paulo (SP) afixassem uma placa informando o direito à cesariana eletiva a partir da trigésima nona semana de gestação; e que, em caso de divergência da opção feita pela gestante ou pela parturiente, o/a médico/a devesse encaminhá-la para outro/a profissional (SÃO PAULO, 2019).

Na justificativa do PL 435/2019, alegou-se que um movimento que defenderia a supremacia do parto normal à cesárea vem ganhando força no Brasil, o qual só seria coerente com a defesa dos direitos das mulheres ao próprio corpo e ao respeito por suas preferências quando a

¹ A Organização Mundial da Saúde (VILLAR *et al.*, 2006, p. 1820) classifica os nascimentos cesáreos como: a) *emergência*, se a mulher é encaminhada antes do início do trabalho de parto, com diagnóstico de sofrimento fetal agudo, sangramento vaginal, ruptura uterina, morte materna com feto vivo ou eclâmpsia; b) *intraparto*, se indicado durante o trabalho de parto, se o parto foi espontâneo ou induzido; c) *eletiva*, se a decisão de fazer a operação foi tomada antes do início do trabalho de parto, havendo ou não indicação clínica para a realização da cirurgia ou para a interrupção da gravidez. O parto vaginal induzido também é um desfecho de gestação eletivo. Coloquialmente, esses desfechos eletivos são conhecidos como indução ou cesariana agendadas, em contraponto àqueles em que o início do trabalho de parto é espontâneo (DINIZ, 2009, p. 317). Por outro lado, quando se fala sobre o direito da gestante de optar pela realização de uma cesariana, sem que haja indicações médicas para sua realização ou contraindicações para o parto vaginal – o que seria o caso do projeto de lei em análise –, trata-se a rigor, de cesariana a pedido materno. Tendo em vista que o PL 435/2019 utiliza a expressão “cesariana eletiva”, mas trata, em tese, da institucionalização de “cesarianas a pedido”, neste artigo, optamos por utilizar ambas expressões como equivalentes à segunda, a não ser quando contextualmente explicitado.

via de nascimento por elas desejada fosse a vaginal. Diante disso, Janaína Paschoal afirmou se colocar em defesa das brasileiras assistidas pela rede pública de saúde, que são obrigadas a sofrer por longas horas por um parto normal, mesmo quando clamam pela realização de uma cesariana. Segundo a parlamentar, o aludido movimento negaria a existência de violência obstétrica em situações como essa (SÃO PAULO, 2019).

Nessa toada, a autora do projeto apresenta argumentos que relacionam a ocorrência de desfechos negativos em nascimentos à imposição de partos vaginais, citando, como fundamentos, certas pesquisas e informações sobre a mortalidade materna no Brasil. Janaína Paschoal traz, nessa linha de raciocínio, a relação entre o advento das cesáreas e a redução das mortes maternas e infantis ocorrida há algumas décadas, além de mais algumas outras justificativas para a lei proposta (SÃO PAULO, 2019). Ao fim e ao cabo, o PL 435/2019 tramitou em regime de urgência na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP) e foi aprovado em agosto do ano de sua propositura, na forma da Lei Estadual n.º 17.137, de 23 de agosto de 2019 (Lei 17.137/2019), que ficou conhecida como a “Lei das Cesáreas”.

Essa legislação foi alvo de muitas polêmicas. Ativistas pela humanização da assistência ao parto e ao nascimento, órgãos públicos, parlamentares, associações da sociedade civil, profissionais da saúde, entre outros/as, manifestaram-se de forma contundente contra a Lei 17.137/2019. As muitas críticas, entretanto, não impediram que a proposta da aludida legislação de favorecer as cesarianas a pedido no setor público fosse replicada por outras leis no país. No começo de 2020, por exemplo, foi publicada a Lei 9.016, de 30 de janeiro de 2020, no Estado do Pará.

Ocorre que, depois de tantas controvérsias, em julho de 2020, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) declarou a inconstitucionalidade da Lei das Cesáreas, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 2188866-94.2019.8.26.0000. Os fundamentos da decisão não serão apresentados, visto que, baseados em questão de competência legislativa², não guardam relação direta com a discussão

² Em 02 de julho 2021, poucos dias antes do fechamento desta edição, foi publicada decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário n.º 1.309.195 São Paulo, interposto pela Mesa Diretora da ALESP nos autos da ADI n.º 2188866-94.2019.8.26.0000. O Ministro Relator deu provimento ao Recurso, afirmando a dissonância do Acórdão recorrido com a jurisprudência do STF e, assim, reconhecendo a competência concorrente do Estado de São Paulo para legislar sobre direito à saúde. Dessa forma, afastado o vício

pretendida neste artigo. Não obstante, vale pensar sobre os problemas da Lei e sobre os fundamentos das visões que se opuseram a ela pelo prisma de uma concepção da prática médica pautada pelo respeito à autonomia dos/as pacientes.

No panorama dessas reflexões, este trabalho tem como objetivo pautar uma discussão sobre a problemática das cesarianas eletivas no Brasil. Mais especificamente, pretendemos debater a questão do preenchimento dos requisitos do consentimento válido no processo de escolha por essa cirurgia no país. Em seguida, também à luz do marco teórico adotado, desejamos traçar o tratamento dogmático-penal dessa intervenção na ausência de tais pressupostos de legitimidade e identificar circunstâncias nas quais a autonomia das mulheres *tende* a ser exercida ou negada quando da realização das cesáreas eletivas³.

Convém salientar que a produção deste texto não envolveu a realização de pesquisa empírica. Sendo assim, não obstante haja o emprego de fontes que fornecem informações e dados sobre a realidade obstétrica brasileira (abarcando as razões pelas quais cesáreas são amplamente realizadas, os processos de escolha pela via de nascimento por parte de gestantes, entre outros aspectos), as contribuições ora suscitadas são de ordem precipuamente normativa, isto é: visam a indicar cenários em que o consentimento à realização de cesarianas eletivas tem validade ou não.

Além do mais, destacamos, desde logo, que não pretendemos apontar a solução definitiva para a problemática discutida, mas contribuir para um debate qualificado. Inclusive, compreendemos que, para o exercício do direito à autodeterminação de gestantes e parturientes durante a assistência ao ciclo gravídico-puerperal, é preciso – muito além de analisar a relação médico-paciente pelo prisma de uma ética da autonomia e, ainda, de responsabilizar criminalmente a prática de intervenções médicas arbitrárias – enfrentar questões materiais e socio-históricas, tais como o machismo, como o racismo e como os interesses mercadológicos que atravessam e que constituem a obstetrícia hegemônica no Brasil.

formal orgânico, restabeleceu-se a validade da Lei 17.137/2019. O debate segue em aberto, contudo, visto que ainda é cabível recurso contra essa decisão.

³ Este artigo foi escrito com base nas discussões travadas na disciplina “Tópicos de Direito Penal da Medicina: paternalismo médico, respeito à autonomia do paciente e intervenções médicas”, ministrada no primeiro semestre de 2020 pela Profa. Dra. Flávia Siqueira Cambraia, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD-UFMG).

Pontuamos também que, embora muitos fatos da assistência obstétrica possam e devam ser debatidos com base nos termos propostos, fizemos um recorte da temática para tratar apenas das cesarianas eletivas, com a pretensão de trazer problematizações sobre a Lei 17.137/2019 para o texto, o que será feito adiante. Portanto, no presente trabalho, consideramos que a cesárea eletiva é aquela cuja realização é decidida na ausência de indicações clínicas reais para o procedimento, antes do trabalho de parto ativo.

Nesse panorama, convém destacar que consideramos que as experiências de mulheres⁴ não são homogêneas, nem universalizáveis e, assim sendo, reconhecemos que as pacientes brasileiras enfrentam diferentes violências na assistência obstétrica, as quais costumam variar muito conforme as discriminações sociais a que essas mulheres estão sujeitas. Por um lado, as cesarianas acontecem de forma não uniforme entre as gestantes do Brasil, sendo mais recorrentes, por exemplo, entre aquelas mais velhas e escolarizadas, assistidas na rede privada de atendimento e residentes das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste do país (DOMINGUES *et al.* 2014, p. 102).

Lado outro, nas discussões sobre as sujeitas que eventualmente enfrentam percalços para realizar cesarianas eletivas, referimo-nos às mulheres habitualmente assistidas no sistema público de saúde, muitas delas discriminadas em virtude de raça e classe⁵ (LEAL *et al.*, 2017, p. 5). Por esses e por outros motivos, a problemática da eletividade de cesáreas é mais recorrente entre as camadas mais privilegiadas da população. A maior parte das pacientes a quem nos referimos neste artigo pertence, portanto, a esses extratos sociais.

Isso tudo posto, apresentamos o presente texto que, contando com esta introdução, está dividido em seis partes. Na segunda, desenvolvemos um breve histórico dos modelos de assistência obstétrica, bem como

⁴ Gostaríamos de salientar que, ao nos referirmos a quem passa pelos ritos do parto e do nascimento, falamos de mulheres apenas com o intuito de simplificar a escrita e a leitura do texto. No entanto, isso não quer dizer que ignoremos que homens trans e que pessoas não binárias também podem gestar, parir e, conseqüentemente, viver as realidades discutidas.

⁵ Inserindo-nos no presente trabalho, pontuamos que as experiências no atendimento obstétrico das mulheres menos privilegiadas da população são por nós acessadas de forma principalmente teórica, o que, somado às nossas racializações na branquitude e às nossas vivências enquanto pessoas de classe média, pode implicar em limitações no entendimento do problema em questão. Especialmente diante disso, salientamos que não temos a pretensão de falar por ninguém neste artigo; desejamos apenas produzir uma contribuição teórica que, eventualmente, viabilize um diálogo com mulheres diversas e que contribua para as lutas por melhorias dos cuidados obstétricos no Brasil.

apontamos como a medicalização do atendimento influiu nas elevadas taxas de cesarianas existentes hoje e tratamos dos processos de escolha pela cesárea eletiva no Brasil. Na terceira, expomos as noções de autonomia e respeito à autonomia do/a paciente na prática médica empregadas no artigo, indicando como elas são tratadas dogmaticamente a partir da figura do consentimento e, conseqüente, como podem perfazer tipos penais.

Na quarta, à luz, principalmente, de uma discussão sobre o cumprimento do dever de esclarecimento nos termos propostos por Siqueira (2019, 2020) e de Greco e Siqueira (2017), que apresentam o marco teórico adotado, buscamos analisar circunstâncias que afetam a validade do consentimento à realização de cesarianas eletivas e, a partir disso, discutir sobre possíveis cenários de exercício ou negação da autonomia dessas pacientes. Na quinta, desenvolvemos algumas problematizações sobre a Lei das Cesáreas e tentamos indicar um cuidado a ser tomado na elaboração das críticas a essa legislação. Por fim, nas considerações finais, sintetizamos a discussão e salientamos a importância de seguir pautando o debate sobre os problemas da assistência obstétrica brasileira, bem como indicamos caminhos para possíveis pesquisas futuras.

2. O excesso de cesáreas no contexto de hipermedicalização do parto e do nascimento no Brasil

Parir e nascer são importantes eventos da existência humana que, no transcurso da história, foram vivenciados de variadas formas. Tem-se, portanto, que, até as primeiras décadas do século passado, a assistência ao parto e ao nascimento no Brasil era, em regra, prestada por parteiras e, na maioria dos casos, mulheres pariam e bebês nasciam em suas casas. Merece destaque o fato de que, na vigência desse modelo assistencial tradicional, as mães e as famílias detinham o poder decisório sobre todo o processo que resulta na chegada de uma pessoa ao mundo (CECHIN, 2002, p. 446-447).

Conquanto seja possível reconhecer aspectos positivos do paradigma de assistência apresentado – pois parir e nascer eram experiências socialmente compreendidas de forma não patológica, além de vividas coletivamente e, quase sempre, entre mulheres –, ele também tinha os seus problemas. Havia, por exemplo, a grave questão das mortalidades materna e neonatal. Afinal, quando complicações e dificuldades ocorriam durante os partos, cirurgiões-barbeiros (ou cirurgiões-parteiros) eram convocados a intervir, mas, em regra, o faziam de forma tão ineficaz quanto as parteiras – normalmente, esses profissionais se prestavam a retirar um/a bebê vivo/a de sua mãe morta (DOMINGUES, 2002 *apud* BARA MAIA, 2008, p. 35-36).

O modelo de assistência aos processos de parturição foi, então, transformando-se ao longo do séc. XX, período em que o desenvolvimento tecnológico e científico se deu no marco do paradigma de modernização industrial (PIMENTEL *et al.*, 2014, p. 167). No campo da saúde, a técnica tornou-se prevalente sobre o cuidado e a racionalidade mecânica/industrial passou a ser aplicada a muitos dos aspectos da atenção (RATTNER, 2009, p. 596). Nessa toada, os cuidados com o parto e com o nascimento passaram a ser uma incumbência da medicina (CECHIN, 2002, p. 447; RATTNER, 2009, p. 596), num movimento de transição do modelo assistencial tradicional para o médico-hospitalar.

Mais especificamente no caso brasileiro, a profissão médica adquiriu a autoridade sobre os processos de dar à luz a uma criança a partir da década de 1920 (CECHIN, 2002, p. 447). De 1940 em diante, cresceu a tendência à hospitalização de partos (RATTNER, 2009, p. 596); em 1976, o número de nascimentos em hospitais superou o número de nascimentos em domicílios (informação verbal)⁶ e, já ao final do séc. XX, 90% das mães tiveram os/as seus/suas filhos/as em estabelecimentos hospitalares no país (RATTNER, 2009, p. 596).

Inegavelmente, o ingresso da medicina na cena da assistência ao parto e ao nascimento trouxe avanços. Com as melhorias na atenção pré-natal, com a antibioticoterapia, com a disponibilidade de tecnologias para diagnósticos e para terapêuticas – tais como o uso de corticosteróides para maturidade pulmonar e como a qualificação do cuidado intensivo ao/à recém-nascido/a – e com os ganhos nas condições de vida da população, a mortalidade perinatal foi efetivamente reduzida (RATTNER, 2009, p. 596; TESSER *et al.*, 2015, p. 5).

A existência desse tipo de progresso, entretanto, não significa que a referida transição de modelos assistenciais tenha sido isenta de problemas. Isso se demonstra, por exemplo, pelo fato de que, desde a década de 1980, a mortalidade materna brasileira se mantém alta e não vem reduzindo tal como a de outros países, a despeito dos avanços do conhecimento e da incorporação de novas tecnologias de suporte vital (RATTNER, 2009, p. 596). Diante disso, importa compreender mais profundamente alguns pressupostos do modelo médico-hospitalar de cuidados com o parto e com o nascimento.

⁶ Informação fornecida pelo Dr. Bráulio Zorzella, no Congresso Nacional Nascer Direito, durante a palestra “Caminhos do Parto: por onde anda o nascimento Humano?”, proferida em 17 de setembro de 2020.

A assistência obstétrica foi um dos âmbitos da atenção em saúde em que, conforme exposto, a racionalidade mecânica/industrial passou a ser aplicada. Nesse processo, metáforas fabris passaram a ser empregadas para a descrição do trabalho de parto, visto como o mero resultado de contrações uterinas involuntárias. Além disso, corpos de gestantes e parturientes foram concebidos como máquinas defeituosas e obstetras como os/as mecânicos/as aptos/as a consertá-las. Tais ideias são fundantes e fundamentais para a obstetrícia moderna (DAVIS-FLOYD, 2001; MARTIN, 2006 *apud* BARA MAIA, 2008, p. 39-40), cuja prática

[...] primeiro, elimina a mulher como sujeito do parto e coloca o médico neste lugar, cabendo a ele fazer a condução ativa do parto; segundo, impede os médicos de reconhecerem como legítimas as situações nas quais o ambiente externo e o estado emocional da mulher atuam dificultando ou facilitando o trabalho de parto e o parto, mesmo quando sua prática lhe dá provas deste fato; e terceiro, define e determina a atuação intervencionista do médico quando ele achar que o músculo uterino não responde apropriadamente [...] (MARTIN, 2006 *apud* BARA MAIA, 2008, p. 40).

A partir do exposto, é possível perceber que, no campo dos cuidados obstétricos, o desenvolvimento industrial da medicina entrelaçou-se com a opressão de gênero. Afinal, os/as profissionais da assistência passaram a sujeitar gestantes e parturientes a um tratamento interpessoal precário, que se caracteriza, entre outros⁷, por circunscrever essas mulheres num lugar de passividade, por destituí-las da possibilidade de exercer o domínio sobre a própria corporalidade e por impedi-las de manifestar necessidades e desejos em relação ao parto e ao nascimento (CECHIN, 2002, p. 445).

Os pressupostos de gênero que orientam o atendimento obstétrico brasileiro resultam, ainda, em uma superestimação de benefícios da tecnologia e em uma subestimação ou em uma negação de efeitos adversos e desconfortos decorrentes de intervenções⁸ (DINIZ, 2009 *apud*

⁷ No que se refere à pobreza da relação entre profissionais de saúde e gestantes/parturientes, é possível elencar, como outros exemplos, a oferta de um cuidado não privativo ou indigno, o abandono, a negligência e a recusa de assistência e os abusos verbais (TESSER *et al.*, 2015, p. 3).

⁸ Exemplificam intervenções (no mínimo, potencialmente) desconfortáveis ou danosas: o uso indiscriminado de ocitocina sintética; a imposição de posição de litotomia; a episiotomia; a Manobra de Kristeller; as restrições à alimentação, ao consumo de água e aos movimentos corporais (TESSER *et al.*, 2015, p. 4) e a negativa de acesso a analgesia e a métodos não farmacológicos de alívio da dor, quando requerido.

PALHARINI, 2017, p. 4). Há, nessa conjuntura, a promoção de uma visão pessimista sobre o parto normal: o discurso biomédico hegemônico centraliza os seus argumentos numa ideia falsa dos riscos inerentes a esse evento, a qual justificaria a realização de excessivos procedimentos como algo imprescindível à boa prática obstétrica (PALHARINI, 2017, p. 4).

A hegemonia do modelo de assistência médico-hospitalar com os traços indicados não se consolidou, todavia, sem tensões, contradições ou resistências. Nesse sentido, os movimentos feministas de 1970 em diante, sobretudo, passaram a questionar as condições opressivas de vivência da maternidade. Na esfera dos cuidados obstétricos, isso significou o confronto à compreensão das mulheres como “pélvis ambulantes” assexuadas, aprisionadas à sacralidade da díade mãe-feto e à normatização e ao controle dos corpos femininos pelo discurso médico-higienista (CATTONI DE OLIVEIRA; MARQUES, 2020; DINIZ, 2001, p. 23).

Esses movimentos abriram o campo para os debates sobre as violências obstétricas que, no Brasil e em outros países latino-americanos, denominam, em sentido amplo, um tipo de violência de gênero que abarca as violações de direitos praticadas contra mulheres durante a assistência à gestação, ao parto, ao pós-parto e ao abortamento (DINIZ *et al.*, 2015, p. 3). Para uma conceituação mais estrita, vamos adotar, no presente artigo, a definição de violência obstétrica trazida pela *Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia* da Venezuela, em virtude da ênfase atribuída à noção de autonomia no conceito:

Entende-se por violência obstétrica a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissional de saúde que se expresse por meio de relações desumanizadoras, de abuso de medicalização e de patologização dos processos naturais, resultando em perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres (REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA, 2007, p. 30 *apud* DINIZ *et al.*, 2015, p. 3).

Partindo da compreensão da transição do modelo de assistência ao parto e ao nascimento tradicional para o médico-hospitalar, dos problemas decorrentes da hipermedicalização dos processos de parturição e das relações dessa conjuntura com a sistemática prática de violências obstétricas, iremos, então, tratar de uma realidade que é inseparável do panorama apresentado: os elevados índices de cesáreas eletivas no Brasil.

Nesse sentido, em 2019, cerca de 56,3% dos/as bebês que nasceram com vida no país vieram ao mundo por meio da cirurgia cesariana⁹ (BRASIL, 2020). Esse é um indicador epidemiológico bastante grave, visto que se relaciona, entre outros problemas, à já citada dificuldade de redução da mortalidade materna brasileira. Afinal, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), não há justificativas para que as taxas globais de cesáreas superem 10% ou 15% (WORLD HEALTH ORGANIZATION, p. 437, 1985), pois a elevada ocorrência dessa cirurgia, comprovadamente, não reduz a incidência de morbimortalidade perinatal¹⁰ (TESSER *et al.*, 2015, p. 5).

Ocorre que, para além de uma questão de saúde individual e coletiva, a assistência obstétrica extremamente cesarista¹¹ do Brasil é um relevante problema jurídico. De modo geral, porque as altas taxas de cesarianas refletem a falta de acesso das mulheres ao direito a uma atenção humanizada¹² ao parto e ao nascimento (BRASIL, 2000; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2014). Mais especificamente – tendo em vista os objetivos da discussão proposta neste artigo –, porque as circunstâncias apresentadas pela literatura de realização de cesáreas em brasileiras indicam uma conjuntura hegemônica de negação da autonomia dessas gestantes e parturientes.

⁹ Do total de 2.849.146 nascidos/as vivos/as no Brasil, 1.604.189 nasceram por meio de cesáreas (BRASIL, 2020).

¹⁰ Quando necessárias, as cesáreas salvam vidas e reduzem morbidades de mães e bebês. Todavia, ainda que a cesariana seja hoje uma cirurgia muito mais segura do que era antigamente, os seus efeitos adversos são evidentes e persistentes. Em comparação com mulheres que pariram por via vaginal, as cesariadas são mais propensas à mortalidade, à morbidade severa, à internação em UTI, ao uso de antibióticos e à necessidade de transfusão, histerectomia e tempo de permanência no hospital. Para os/as bebês nascidos/as por cesarianas, por sua vez, as propensões à prematuridade, à mortalidade neonatal, à admissão em UTI neonatal e ao uso de ventilação mecânica são maiores. Importa considerar, ainda, que a prematuridade iatrogênica e que o nascimento eletivo antes de 39 semanas, provocados pela realização de cesáreas, causam o aumento de internações em UTI neonatal e do número de óbitos. Em razão desses riscos, não há que se defender que a incidência dessa cirurgia supere o padrão preconizado pela OMS (TESSER *et al.*, 2015, p. 5).

¹¹ Caracterizada pela prática de cesarianas em índices elevados, descolada de reais indicações clínicas de realização desse procedimento cirúrgico.

¹² Nesta pesquisa, sobrepondo alguns dos sentidos do conceito de humanização mapeados por Diniz (2005), compreendemos que a assistência é humanizada quando se baseia em evidências científicas, incorpora a defesa do protagonismo e dos direitos das mulheres e qualifica a relação entre pacientes e cuidadores/as.

Esse cenário, além de caracterizar a ocorrência de violências obstétricas, permite questionar, pelo prisma do Direito Penal da Medicina, a legitimidade de significativa parcela das cirurgias cesarianas realizadas no país. Então, antes de adentrarmos em explicações sobre os contornos das especificidades desse problema jurídico, vale apresentar melhor a conjuntura de que tratamos.

O aumento da frequência de cesarianas é um fenômeno mundial. Entretanto, nenhum outro país teve uma curva de crescimento dessa cirurgia tão acentuada quanto a do Brasil (DINIZ, 2001, p. 12), o qual, importa destacar, é a segunda nação mais cesarista do planeta (BOERMA *et al.*, 2018). Para compreender esse panorama epidemiológico no país, é preciso considerar que as suas causas são múltiplas e complexas (TESSER *et al.*, 2015, p. 5) e que, sendo assim, indicá-las de forma completa e pormenorizada é uma tarefa que extrapolaria o escopo do presente trabalho. Portanto, é de modo não exaustivo que serão apresentados fatores que contribuem para as altas taxas de cesáreas no Brasil – com ênfase naqueles que favorecem o acontecimento eletivo dessa cirurgia¹³ – os quais ilustrarão as discussões normativas adiante desenvolvidas.

Primeiramente, é preciso ter em mente que a maioria das brasileiras tem preferência por um parto vaginal no começo da gestação. Em um artigo desenvolvido a partir do estudo nacional “Nascer no Brasil”¹⁴, identificou-se que 66% das entrevistadas desejavam parir normalmente logo quando engravidaram. Porém, na maior parte dos casos, esse desejo

¹³ Cumpre destacar que as altas taxas de cesáreas no Brasil não decorrem apenas das cesarianas eletivas. Tem-se que, na assistência a partos normais, as mulheres costumam ser submetidas a uma “cascata de procedimentos” (MOLD; STEIN, 1986 *apud* DINIZ, 2005, p. 629) em muitas das vezes em que o parto poderia transcorrer de maneira fisiológica, sem a necessidade de intervenções. O resultado desse processo, em alguns casos, é a realização de cesáreas que poderiam ter sido evitadas. Ademais, há de se considerar que as deficiências da formação médica atual fazem com que muitos/as obstetras só saibam lidar com complicações, com distócias e com variações da normalidade em partos normais por meio da realização da cirurgia, inclusive em situações em que ela poderia ser evitada, gerando benefícios para mães e para bebês (TESSER *et al.*, 2015, p. 6). Conquanto esses e outros fatores tenham de ser considerados para uma análise mais aprofundada do fenômeno das altas taxas de cesarianas no Brasil, isso por ora não será feito.

¹⁴ Nascer no Brasil foi um estudo nacional realizado entre 2011 e 2012, de base hospitalar, composto por puérperas e por seus/suas recém-nascido/as. Durante a pesquisa, 266 hospitais foram amostrados e 23.940 pessoas foram entrevistadas (DOMINGUES *et al.*, 2014, p. 102), o que permitiu delinear um panorama das condições dos partos e dos nascimentos no Brasil.

não se concretizou, seja porque essas mulheres passaram a preferir uma cesariana ao longo da gestação, seja porque elas foram cesariadas apesar da preferência pelo parto normal (DOMINGUES *et al.*, 2014).

Nessa conjuntura, tem-se que informações sobre as vias de parto não foram um critério preponderante na construção dos desejos das entrevistadas. Em contrapartida, no artigo supracitado, identificou-se que para preferir uma cesárea, o medo do parto normal foi a razão mais prevalente (DOMINGUES *et al.*, 2014, p. 111-112), temor esse que possui muitas explicações.

Uma delas relaciona-se ao aludido paradigma de modernização industrial na seara da saúde, pois há uma tendência cultural à idealização da medicalização, a qual faz com que algumas pacientes concebam a cesariana como um bem de consumo e como uma intervenção segura (TESSER *et al.*, 2015, p. 5), mais do que parir pela vagina. Há, também, o receio da assistência violenta, muito intervencionista e, consequentemente, sofrida que é comum aos partos normais no Brasil, o que faz com que certas mulheres vejam nas cesáreas eletivas uma saída para prevenir esse processo penoso (DINIZ, 2005, p. 629).

Dito isso, apesar das altas taxas de cesarianas no Brasil, ainda é possível dizer que não há uma “cultura da cesárea” totalmente introjetada nas brasileiras. Na verdade, a chamada “cesárea a pedido da mulher”, recorrentemente relatada por médicos, é o reflexo mais de uma cultura médica do que de uma preferência das parturientes (BARBOSA *et al.*, p. 1619-1620).

Ademais, é muito importante salientar que os/as médicos/as têm um papel bastante relevante na construção do medo do parto vaginal. As cesarianas são uma cirurgia rápida que, quando previamente agendada, é muito conveniente para o/a obstetra, uma vez que permite desdobramentos econômicos com a possibilidade de melhor administrar as suas outras atividades remuneradas e o seu tempo de lazer. Aliado a isso, com o crescimento das taxas de cesáreas no Brasil nos últimos anos, tem havido uma mudança na formação obstétrica, o que faz com que profissionais provavelmente não estejam desenvolvendo, nem praticando as habilidades clínicas para assistir partos normais sem intervenções cirúrgicas (TESSER *et al.*, 2015, p. 6).

Diante disso, a despeito das vantagens de nascimentos pela via vaginal na maioria dos casos, os/as médicos/as tendem a não estimular a concretização da preferência pelo parto normal que muitas mulheres têm no começo de suas gestações. Mais do que isso, Domingues *et al.* identificaram que, sobretudo na rede privada de atendimento, as pacientes

recebem um aconselhamento favorável à realização da cesárea durante o acompanhamento pré-natal (2014, p. 112), várias vezes com base em diagnósticos parciais ou distorcidos de indicações clínicas da cesariana (BOWSER; HILL, 2010 *apud* TESSER *et al.*, 2015, p. 3).

Nesse sentido, vale ressaltar que a possibilidade de ter o/a bebê com o/a mesmo/a profissional de assistência ao pré-natal e a preferência do companheiro também são fatores para que essas cesáreas não desejadas pelas mulheres e muitas vezes decididas pelos/as pré-natalistas aconteçam. Destacamos, além disso, que, ainda que muitos/as médicos/as afirmem que as pacientes preferem as cesarianas para prevenir os danos na vida sexual supostamente causados pelo parto normal, essa é a preferência de uma parcela mínima das gestantes (inferior a 2%) que não desejam parir pela via vaginal (DOMINGUES *et al.*, 2014, p. 109-110).

Assim, é possível concluir que, no que se refere à via de parto, expressiva parte das mulheres brasileiras não forma o seu desejo a partir do acesso a informações, é ludibriada durante a construção das suas escolhas pelos/as próprios/as obstetras e costuma concretizar a sua vontade somente se ela coincidir com os pontos de vista e/ou com os interesses dos/as médicos/as (PALHARINI, 2017, p. 18, 25). Profissionais que, no Brasil, são muito cesaristas. Afinal, enquanto 58,4% das pacientes que preferiam um parto normal no começo da gestação conseguiram realizar o seu desejo, 96,5% das que tinham vontade de uma cesárea quando engravidaram realizaram essa via de nascimento (DOMINGUES *et al.*, 2014, p. 113). Isso tudo posto, tem-se que, embora as cirurgias cesarianas sejam amplamente realizadas no Brasil, elas não necessariamente refletem o respeito à autonomia das brasileiras.

3. A prática médica fundamentada no respeito à autonomia dos/as pacientes

De início, importa dizer que, tradicionalmente, a atuação médica é orientada pela ética hipocrática (ou ética do cuidado). Em síntese, esse é um referencial ético que, pautado pelo Juramento de Hipócrates, elege a saúde do/a paciente como a lei suprema da medicina. Diante dela, os/as médicos/as teriam o dever de cuidado como a sua obrigação central, visando à oferta do melhor tratamento aos indivíduos de acordo com o poder e com o juízo do/a profissional de saúde (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 644; SIQUEIRA, 2019, p. 43).

Nessa concepção, pacientes são entendidos/as como pessoas necessitadas de ajuda e incapazes de tomar decisões médicas. Conferiu-se,

assim, total primazia aos princípios da beneficência e da não maleficência, em detrimento dos desejos dos indivíduos sendo tratados – esses tidos, inclusive, como meros “caprichos”. A relação médico-paciente foi, desse modo, concebida de forma fundamentalmente assimétrica: aos/às médicos/as, seria devido promover a saúde em total aniquilação da autonomia e da autodeterminação dos/as pacientes (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 644-5; SIQUEIRA, 2019, p. 43-46).

Conquanto o Juramento de Hipócrates ainda oriente a prática médica contemporânea, o decorrer do tempo fez ascender críticas contra a ética hipocrática a partir da compreensão da sua natureza paternalista. Afinal, assumia-se que, em virtude da posse de conhecimentos técnicos, médicos/as sempre saberiam o que é melhor para o/a seu/sua paciente, podendo ignorar as suas vontades livres e informadas e agir sem o seu consentimento, ou mesmo contra as suas vontades expressas (SIQUEIRA, 2019, p. 46; 52-53).

Diante desse panorama, cresceu a adesão à necessidade de respeitar a autonomia dos/as pacientes, traduzida no reconhecimento da existência de um direito à autodeterminação, o que deu ensejo à transição do modelo de ética do cuidado/hipocrática para o da ética da autonomia/pós-hipocrática. Com essa, os/as pacientes são emancipados/as do jugo médico e tornam-se sujeitos/as das intervenções cirúrgicas, que podem escolher a que tratamentos desejam se submeter (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 648; SIQUEIRA, 2019, p. 53-55).

Nesse diapasão, para um entendimento dos reflexos dessa mudança paradigmática no campo do Direito Penal da Medicina, é preciso compreender o conceito de autonomia, bem como a ideia de respeito à autonomia. Destacamos, de plano, que muitas são as suas definições e que o cerne do seu conteúdo é bastante disputado (SIQUEIRA, 2019, p. 56). Assim sendo, apresentar toda essa problemática conceitual constituiria uma tarefa complexa e abrangente demais para o presente trabalho, razão pela qual nos ateremos à exposição da concepção por nós adotada, que foi desenvolvida por Flávia Siqueira e por Luís Greco (GRECO; SIQUEIRA, 2017; SIQUEIRA, 2019, 2020).

Fundamentalmente, a ideia de autonomia pode ser depreendida da própria etimologia do termo, referente à determinação de suas próprias regras. Desse modo, autônomo é o indivíduo que define e que orienta os seus próprios planos, realizando a sua vida conforme os seus próprios ideais. No campo do direito, a autonomia é concretizada a partir dos direitos de autodeterminação, autogoverno e independência.

Para delinear o conteúdo substancial dessa ideia aplicável, em especial, na esfera do Direito Penal da Medicina, Siqueira retoma diferentes concepções desenvolvidas em obras de Kant, Feinberg e Beauchamp e Childress (2019, p. 56).

Então, a partir de uma interpretação da filosofia de Kant, Siqueira salienta que – para a elaboração da sua ideia de autonomia – os pontos de maior importância desenvolvidos pelo autor são a desvinculação temporária do indivíduo de seus desejos e de suas aversões particulares (considerando a ideia de imparcialidade da decisão), o papel de cada pessoa de ser legisladora de sua própria moral e a universalizabilidade constante do imperativo categórico. Não obstante, na medida em que se vincula à liberdade moral, a concepção kantiana torna-se demasiadamente estreita para a discussão pretendida, pois a autonomia não pode depender do conteúdo moral das decisões (SIQUEIRA, 2019, p. 66-67).

Desse modo, a noção de autonomia deve ser referente à modalidade de decisão ou conduta, não importando se ela decorre ou não de uma análise imparcial. O que vale é o seu reconhecimento como um direito, o de fixar para si as suas próprias normas. Além do mais, diferentemente do proposto por Kant, a ideia de universalizabilidade não deve perpassar a correção moral das ações de um indivíduo, mas sim a não afetação da autonomia de terceiros. Ou seja, no que se refere, em especial, aos tratamentos médicos, as escolhas em regra não alcançam a autonomia ou a esfera privada de outras pessoas. Logo, elas são decisões autorreferenciais, podendo ser, nesse entendimento, consideradas universalizáveis e, ao menos a princípio, autônomas (SIQUEIRA, 2019, p. 67-68).

Em diálogo com Rawls, Siqueira afirma, ainda, que se afasta de uma noção ética de autonomia e que se aproxima de uma noção política, relativa à afirmação de princípios políticos de justiça e ao usufruto da proteção de direitos e liberdades basilares na esfera pública. Por esse motivo, ela é essencial para manter uma sociedade estável e justa a despeito das divergências de doutrinas abrangentes que os indivíduos possam ter (2019, p. 69).

Em se tratando de Feinberg, Siqueira reconhece que as quatro dimensões da autonomia por ele delineadas – como condição de fato, como ideal, como capacidade de autodeterminar-se e como direito soberano à autodeterminação – são importantes para o campo da bioética. Entretanto, a exigibilidade da cumulação de todas elas torna,

no seu entendimento, a autonomia como uma ideia inalcançável e sem relevância prática, motivo pelo qual elas devem ser vistas como potências do indivíduo autônomo. No mais, para a dogmática penal, Siqueira defende que são de maior valor as ideias de autonomia como capacidade e como direito (2019, p. 70).

Por fim, a concepção de Beauchamp e Childress é, possivelmente, a que melhor expressa o conteúdo da autonomia de pacientes na esfera da bioética. Contudo, a interconectividade entre autonomia, não maleficência, beneficência e justiça apresenta nuances paternalistas, no sentido que permite que a autonomia do indivíduo porventura seja flexibilizada em razão dos outros princípios, com base no juízo do/a próprio/a médico/a. Feita essa consideração, no que se refere apenas ao respeito à autonomia, Beauchamp e Childress foram assertivos no desenvolvimento de uma ideia centralizada nas características da decisão autônoma e no desenvolvimento da teoria das três condições (SIQUEIRA, 2019, p. 70-71).

Situada nos desenvolvimentos teóricos brevemente expostos, Siqueira defende, então, que, para a bioética e para o direito, respeitar a autonomia do/a paciente implica reconhecer o seu direito à autodeterminação sobre o próprio corpo e sobre a própria mente. Não se trata, pois, de qualificar uma pessoa, mas sim de reconhecer e conceder o seu direito de controlar certas questões referentes à sua vida privada. Possuindo a autonomia uma dimensão política, respeitá-la é algo atinente apenas à liberdade de decisão do/a paciente e não ao seu conteúdo (SIQUEIRA, 2019, p. 71; 2020, p. 22-23).

Além do mais, nas relações médico-paciente, a autonomia é traduzida como o direito deste/a de tomar as próprias decisões sobre intervenções médicas – abrangendo, assim, o direito de não ser submetido/a a tratamentos quaisquer contra a sua vontade ou sem o seu consentimento, bem como de escolher as intervenções a que deseja se submeter. Diante disso, a figura do consentimento adquire uma relevância central: ele é indispensável e, na maioria dos casos, suficiente para conferir legitimidade a um tratamento médico (SIQUEIRA, 2019, p. 72; 2020, p. 23).

Importa apresentar, ainda, que o respeito à autonomia deve ser recíproco, isto é: somente pertinente quando não implicar a afetação da autonomia de outras pessoas – ou, em outras palavras, quando passar pelo teste da universalizabilidade. Tem-se, por fim, que a capacidade é um pressuposto do exercício do direito à autonomia, sendo

que ela significa a posse de um grau mínimo de habilidades para que o/a paciente seja considerado/a competente, ainda que não preencha os pressupostos da autonomia como um ideal (SIQUEIRA, 2019, p. 72-73; 2020, p. 23-24).

A elaboração conceitual desenvolvida por Siqueira encontra proteção na Constituição da República de 1988 (CR/88), visto que a autonomia é um componente indispensável da dignidade humana e da liberdade individual. Nesse sentido, no art. 1.º, III da CR/88, está a previsão da dignidade humana, que é um princípio unificador e um alicerce das garantias e dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico e que é também inata e intrínseca a todas as pessoas (SIQUEIRA, 2019, p. 75-76; 2020, p. 34-35).

No caso, defende-se uma compreensão da dignidade como autonomia, a partir da qual se reconhece a individualidade das pessoas e a existência de um núcleo intangível de suas vidas privadas. Assim, é possível garantir ao indivíduo o direito de autodeterminar-se e escolher os seus projetos de vida, como também de impedir o Estado ou as outras pessoas de impor um modo de vida baseado em valores que lhe são externos. A autonomia torna-se, assim, um pressuposto do reconhecimento da dignidade humana (SIQUEIRA, 2019, p. 76-77; 2020, p. 25).

Já no art. 5.º, *caput* da CR/88 está prevista a liberdade geral de ação, que serve de fundamento jurídico do respeito à autonomia. Nesse panorama, Siqueira defende que mais do que compreendê-la como a ausência de interferências externas – na baila do art. 5.º, II da CR/88 –, é preciso reconhecer a existência de um aspecto da liberdade como autonomia. Essas duas dimensões, em conjunto, têm o condão de reafirmar a importância do respeito à autodeterminação, resultando, assim, num aumento do grau de liberdade do/a titular do bem jurídico (SIQUEIRA, 2019, p. 78-79; 2020, p. 25-26).

Importa salientar que, na esfera das relações médico-paciente, os recorrentes confrontos entre dignidade e liberdade com os direitos à saúde (art. 6.º, *caput*, CR/88) e à vida (art. 5.º, *caput*, CR/88) devem ser considerados a partir da ideia de que dignidade e liberdade como autonomia asseguram o direito de o/a paciente determinar o próprio destino de forma autorresponsável. Com isso, compreendemos que ele/a é livre e intitulado/a a escolher as intervenções médicas pelas quais deseja ou não passar, tendo o direito, inclusive, de recusar tratamentos vitais e de se submeter a procedimentos sem indicação clínica

(SIQUEIRA, 2019, p. 79-80; 2020, p. 26). Partindo dessa fundamentação normativo-constitucional, esboçaremos o tratamento dogmático para a concepção de autonomia discutida.

Intervenções médicas atingem a liberdade e o corpo dos indivíduos. Considerando que a integridade corporal é um bem jurídico individual e que é vedado a qualquer pessoa intervir no corpo (compreendido, aqui, como um todo harmônico e indissociável da vontade) de outrem sem a sua anuência, o consentimento do/a paciente é, como já mencionado, o que confere legitimidade a intervenções cirúrgicas. Nessa seara, qualquer direito do/a médico/a nada mais é que uma concessão do/a paciente, dentro dos limites objetivos e temporais por ele/a fixados (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 651; SIQUEIRA, 2019, p. 169-172).

Não existe, então, qualquer direito originário dos/as médicos/as de tratar. Nessa toada, à luz do Código Penal Brasileiro (CPB), tem-se que a figura do exercício regular de direito, previsto no seu art. 23, III, não justifica qualquer intervenção cirúrgica. Além do mais, o estado de necessidade, previsto no art. 24, também é inaplicável para legitimar lesões ao corpo e à liberdade das pessoas com base na pretensa proteção de sua saúde ou seu bem-estar, pois essas situações não contemplam conflitos entre interesses interpessoais, necessários à caracterização dessa excludente de ilicitude (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 652; SIQUEIRA, 2019, p. 320).

Consequentemente, a ausência do consentimento – real ou, quando não for possível obtê-lo, presumido – de um/a paciente para a realização de um tratamento médico perfaz, a princípio, os pressupostos típicos dos delitos de lesão corporal, que tutela a integridade física, previsto no art. 129 do CPB, e de constrangimento ilegal, que tutela a liberdade geral de ação, previsto no art. 146 do CPB (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 652; SIQUEIRA, 2019, p. 172; 2020, p. 29).

Nesse panorama, vale destacar que a validade desse consentimento depende do atendimento de dois tipos de limites: objetivos e subjetivos. Aqueles se referem à observância de limitações que afetam o exercício da liberdade de disposição; estes se vinculam à capacidade de consentir do/a titular do bem jurídico e à sua liberdade na formação da vontade e da tomada de decisão.

Essa última dimensão abrange o cumprimento do dever de esclarecimento por parte dos/as médicos/as, pois, como pacientes, via de regra, são medicamente leigos/as, os/as profissionais devem passar todas as informações necessárias para que eles/as compreendam a dimensão da

intervenção cirúrgica e dos valores que ela coloca em conflito (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 652; SIQUEIRA, 2019, p.172; 2020, p. 29). O dever de esclarecimento, enquanto pressuposto de validade para o consentimento, é, assim, um aspecto de fundamental importância para a discussão sobre as cesarianas eletivas no Brasil.

4. Impasses entre as cesarianas eletivas e o respeito à autonomia das gestantes e das parturientes no Brasil

À luz dos desenvolvimentos teóricos de Siqueira sobre o respeito à autonomia do/a paciente na prática médica, vale tecer algumas considerações sobre o que a literatura indica como o panorama das cesarianas eletivas no Brasil. Primeiramente, apontamos que o fato de a maioria das mulheres não pautar a sua decisão quanto à via de parto por informações referentes a essa questão (DOMINGUES *et al.*, 2014, p. 112) é uma evidência de que, na maioria dos casos, a escolha por uma cesariana não constitui um exercício da autonomia das gestantes e das parturientes.

Afinal, entre os vários pressupostos de validade do consentimento real¹⁵, estão a ausência de vícios de vontade, que são o erro, o engano ou a coação (SIQUEIRA, 2019, p. 244), e o dever de esclarecimento dos/as médicos/as para a autodeterminação dos/as pacientes que, em síntese, se vincula “[...] à revelação do diagnóstico, da evolução do tratamento, dos riscos que ele pode vir a gerar e das possíveis alternativas a ele” (SIQUEIRA, 2019, p. 281). Destaque-se que esses pressupostos são muito conectados, pois o mais importante aspecto dos vícios de vontade para o Direito Penal da Medicina é o cumprimento pelo/a profissional de saúde do dever de esclarecimento para autodeterminação do/a paciente (SIQUEIRA, 2019, p. 244-245).

Nesse panorama, na discussão sobre cesarianas eletivas, têm-se o engano e o erro como os vícios de vontade que mais frequentemente invalidam o consentimento concedido pelas pacientes. Enquanto aquele se refere às situações em que o/a agente ou um/a terceiro/a determina o erro no qual incorre o/a titular do bem jurídico, este é relativo aos

¹⁵ Os demais pressupostos são a indisponibilidade da vida/da integridade física, a anterioridade e a revogabilidade do consentimento e a capacidade para consentir (SIQUEIRA, 2019). Ainda que sejam de grande relevância para discussão sobre a tomada de outras decisões pela gestante/pela parturiente durante a assistência à gestação, ao parto e ao nascimento, entendemos que, para o debate sobre as cesarianas eletivas, um aprofundamento nesses pressupostos é prescindível.

casos em que o consentimento é concedido sem que o/a titular conheça todos os fatos relevantes para a sua tomada de decisão, em virtude de um equívoco espontâneo (SIQUEIRA, 2019, p. 244).

Considerem-se, então, como circunstâncias ilustrativas do problema normativo posto, os casos de gestantes que escolhem a cesárea como via de parto por causa do recebimento, por parte de seus/suas obstetras, de falsas recomendações da cirurgia, como uma desproporção céfalo-pélvica inexistente ou como a alegação de que a cesariana é mais segura do que o parto normal para mulheres portadoras de trombofilia. Ambos os exemplos são bastante frequentes na assistência obstétrica brasileira e correspondem a situações em que o consentimento das pacientes é inválido em virtude de enganos. Afinal, os/as médicos/as determinam que elas se submetam a uma intervenção de grande porte induzindo-as a erros sobre a sua indicação e a sua finalidade curativa (SIQUEIRA, 2019, p. 249).

Diferente é a situação em que gestantes elegem a cesárea por acreditarem que, assim como todas as mulheres de suas famílias, não seriam capazes de viver um parto vaginal por não “possuírem passagem”. Infelizmente, dado que o “mito da ausência de passagem” ainda é bastante comum no imaginário das brasileiras, de fato, muitas gestantes são levadas a acreditar que necessitam de uma cesariana por esse motivo. Então, nos casos em que a cirurgia se consuma, é possível afirmar a ocorrência de um erro espontâneo que invalida o consentimento na intervenção, pois os/as profissionais da assistência possuem o dever de afastar possíveis equívocos do/a titular do bem jurídico (SIQUEIRA, 2019, p. 250).

Nesse sentido, como já mencionado, para além do propósito de evitar vícios de vontade, o/a médico/a possui o dever de prestar esclarecimentos sobre um procedimento para que os/as pacientes se autodeterminem. Isto é: para que compreendam o significado e a extensão do tratamento médico, sejam capazes de ponderar as suas vantagens e as suas desvantagens e, por conseguinte, de fato exerçam o seu direito à autodeterminação sobre o próprio corpo (SIQUEIRA, 2019, p. 251).

Antes de adentrar nas questões referentes ao conteúdo do esclarecimento, vale tecer uma crítica à assistência obstétrica convencional brasileira. Uma vez que o consentimento de um/a paciente tem como pressuposto de validade o esclarecimento, evidentemente, o dever de esclarecer deve ser cumprido pelos/as médicos/as e pelos/as demais profissionais da saúde antes das intervenções (SIQUEIRA, 2019, p. 280). Portanto, em se tratando do processo de decisão da via de nascimento,

parece-nos especialmente absurdo que as mulheres não sejam devidamente esclarecidas pela maioria dos/as obstetras no Brasil, haja vista que gestações duram, geralmente, uma média de nove meses – período mais do suficiente para que o dever de esclarecimento seja exercido.

Além disso, as consultas pré-natais são oportunidades propícias ao devido esclarecimento sobre as possíveis vias de nascimento, sobre as fases do parto, sobre as intervenções e as intercorrências mais comuns e sobre os seus riscos e os seus benefícios, para que as gestantes possam formar e expressar sua posição frente aos diferentes cenários. No Brasil, os dados do DataSUS demonstram um crescimento numérico da atenção pré-natal: em 2019, 72,4% das gestantes contaram com pelo menos sete consultas pré-natais, além de 20% que tiveram entre quatro e seis consultas¹⁶. Taxas que, somadas, no início da série histórica, em 1996, não chegavam a 60%¹⁷ (BRASIL, 2020).

Dada essa ampliação dos atendimentos de pré-natal, parece-nos razoável que, como defende Zimmermann, seja exigível do/a médico/a um reforço aos deveres de informação (prévia), ao menos em relação às medidas mais frequentes ou às que gerem mais dúvidas e angústias na gestante. Para o autor, a utilização de estandartes de informação demasiadamente baixos faz com que o próprio direito à autodeterminação da gestante perca seu valor (2017, p. 97, 102).

No tocante ao conteúdo desse dever de informação, importa, portanto, tratar, primeiramente, do esclarecimento referente ao diagnóstico. No caso das discussões sobre a eletividade de cesarianas, entendemos que essa dimensão não se mostra tão relevante, visto que ao/à médico/a é devido informar a mulher sobre a condição clínica da gestação visando à sua autodeterminação (cf. SIQUEIRA, 2019, p. 282–284). Não obstante, esse aspecto ganha importância com a já apresentada discussão sobre os enganos no processo de decisão sobre a via de nascimento, pois, se um/a obstetra faz um diagnóstico falso ou equivocado de uma

¹⁶ De acordo com o DataSUS, em 2019, houve um total de 2.849.146 nascidos vivos no Brasil. Desse total, 2.063.669 gestações contaram com 7 ou mais consultas pré-natais; 577.170 tiveram entre 4 e 6 consultas pré-natais; 152.483, de 1 a 3 consultas; 43.406 gestações não contaram com nenhuma consulta pré-natal; e, para 12.418 gestações, esse número é ignorado.

¹⁷ De acordo com o DataSUS, em 1996, houve um total de 2.945.425 nascidos vivos no Brasil. Desse total, 947.537 gestações contaram com 7 ou mais consultas pré-natais; 744.125 tiveram entre 1 e 6 consultas; 3.124 de 4 a 6 consultas; 4.194 gestações tiveram de 1 a 3 consultas pré-natais; 185.676 gestações não contaram com nenhuma consulta pré-natal; e, para 1.060.769 gestações, esse número é ignorado.

indicação clínica de cesárea durante o acompanhamento pré-natal, ele/a estará induzindo essa paciente a um erro que poderá invalidar o seu consentimento à cirurgia.

Já os esclarecimentos referentes às alternativas terapêuticas e aos riscos do tratamento são de suma importância para o debate proposto. Ainda que, por uma perspectiva dogmática, seja importante diferenciá-los e analisá-los de forma separada – pois o esclarecimento quanto ao tratamento e aos seus riscos diz respeito àquele que será executado e não às terapêuticas alternativas –, haja vista as vinculações entre essas duas formas de esclarecimento (SIQUEIRA, 2019, p. 284), elas serão, neste trabalho, consideradas conjuntamente.

Para que uma gestante de fato tome uma decisão autônoma quanto à via de nascimento, é necessário que ela saiba das possibilidades relativas a um parto vaginal e à realização de uma cesariana, que são as alternativas possíveis para o desfecho de uma gestação. Ocorre que, além da apresentação desses caminhos, é imprescindível que o/a médico/a esclareça a paciente quanto aos riscos, às chances de êxito, às vantagens e às desvantagens de cada um deles (SIQUEIRA, 2019, p. 284). Contudo, isso não costuma acontecer no cenário da assistência obstétrica brasileira (DOMINGUES *et al.*, 2014).

As cesarianas sem indicações clínicas (assim como as intervenções rotineiramente realizadas durante partos normais no Brasil, em regra sem necessidade) são associadas a uma maior morbimortalidade materno-infantil, como já indicado. Entretanto, as gestantes, via de regra, não são esclarecidas sobre os riscos da realização eletiva dessa cirurgia (PALHARINI, 2017, p. 4).

Além disso, o esclarecimento dos riscos de partos vaginais costuma acontecer de forma bastante problemática, pois as mulheres são levadas a acreditar que os partos normais são mais arriscados para elas e para os/as bebês, quando, na verdade, muitos dos riscos não se referem à via de nascimento em si, mas sim à iatrogenia¹⁸ da assistência (DINIZ, 2009, p. 320 *apud* PALHARINI, 2017, p. 5). Na toada do exposto, essa é mais uma ilustração de uma circunstância que possui o condão de afastar a validade do consentimento à cesariana.

¹⁸ Derivado do grego, o termo “iatrogenia” refere-se a qualquer alteração patológica provocada pela má prática médica, podendo ocorrer em todas as fases do ato médico e derivar tanto de ação quanto de omissão no trato com o/a paciente (PEREIRA *et al.*, 2000, p. 75).

Há, também, o esclarecimento referente à evolução do tratamento, que abrange o dever de revelar ao/à “[...] paciente informações sobre a *modalidade, a essência, a dimensão e a execução do tratamento* [...]” (SIQUEIRA, 2019, p. 286, destaques da autora). Num contexto em que o medo do parto normal se mostrou a razão mais prevalente para que gestantes optem por cesáreas (DOMINGUES *et al.*, 2014, p. 111), essa dimensão do dever de esclarecer ressaí muito importante.

Primeiramente, porque o esclarecimento sobre efeitos colaterais ou secundários de uma intervenção, integrante dessa acepção da obrigação dos/as médicos/as (SIQUEIRA, 2019, p. 286), são superestimados em se tratando de partos normais. Nesse sentido, mulheres acreditam, por exemplo, que danos irreversíveis para a sexualidade são decorrentes do nascimento pela via vaginal, quando, na verdade, esses efeitos colaterais não costumam decorrer de partos normais, mas sim da realização de intervenções na região da vagina (DINIZ, 2009, p. 320 *apud* PALHARINI, 2017, p. 5), fato que deveria ser esclarecido pelos/as profissionais da assistência.

Ademais, quanto ao esclarecimento sobre tudo o quanto envolve a execução de uma intervenção (SIQUEIRA, 2019, p. 286), tem-se, no discurso médico hegemônico, a defesa do manejo de excessivos procedimentos durante o parto vaginal em face dos supostos riscos desse evento (PALHARINI, 2017, p. 4). Entretanto, evidências científicas demonstram que a “cascata de intervenções” a que as parturientes costumam ser submetidas, em regra, é mais maléfica do que benéfica (MOLD; STEIN, 1986 *apud* DINIZ, 2005, p. 629), fato que também não costuma ser informado às mulheres.

Por último, visto que o dever de esclarecimento sobre a evolução do tratamento implica o dever do/a médico/a de revelar ao/à paciente tudo o que for necessário para a compreensão do significado e da afetação da intervenção na vida dessa pessoa (SIQUEIRA, 2019, p. 286), na assistência obstétrica, é fundamental que as mulheres sejam esclarecidas quanto à dor do parto. Afinal, ainda hoje, o que é compreendido por muitas gestantes como essa dor é, na verdade, dor iatrogênica, provocada pelas intervenções feitas durante a assistência.

Além disso, muitas mulheres desconhecem, por exemplo, como a presença de uma doula ou como o usufruto de métodos não farmacológicos de alívio da dor – muitos deles recomendados, inclusive, pelas Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal (BRASIL, 2016) – podem aliviar os desconfortos sentidos durante a parturição e, por causa disso, relacionam ao parto vaginal um sofrimento que pode ser evitado.

Assim, pelo exposto e de acordo com os dados disponíveis, é possível vislumbrar muitas circunstâncias que, infelizmente, compõem a cena obstétrica brasileira e que podem afastar a validade do consentimento à realização de cesáreas eletivas, particularmente quando representam uma tomada de decisão alicerçada em vícios de vontade e na ausência do cumprimento do dever de esclarecimento pelos/as médicos/as (que não deixa de existir ou é atenuado por eventual manifestação da mulher de desejo pela realização do procedimento). Em tais circunstâncias, cesáreas eletivas refletem uma negação da autonomia dessas mulheres e, em virtude disso, são consideradas violências obstétricas, de acordo com a concepção adotada neste artigo.

Além do mais, tendo em vista que, no atendimento obstétrico, muitas das intervenções – tais como a indução do parto, a analgesia peridural, a episiotomia¹⁹ e a cesariana, aqui especialmente tratada – afetam, faticamente, a integridade física da gestante/parturiente, o seu consentimento válido é, igualmente, tal como salientado por Zimmermann, o elemento²⁰ passível de afastar a ocorrência do crime de lesão corporal (art. 129, CPB, potencialmente na modalidade grave, por aceleração de parto). Segundo o autor, é somente a partir de um esclarecimento suficiente que se pode certificar a validade desse consentimento. Vale lembrar, ainda, que intervenções terapêuticas que invadam a esfera física do nascituro ou do/a recém-nascido/a também deixam de caracterizar lesão corporal se forem baseados no consentimento válido da mãe, que é quem o/a representa (2017, p. 82).

¹⁹ “A episiotomia é um procedimento cirúrgico que objetiva aumentar a abertura vaginal por uma incisão no períneo, no final do período expulsivo, no momento do desprendimento fetal. Foi inicialmente proposta por Ould, em 1742 (Apud Frankman *et al.* 2009), com o objetivo de facilitar partos ‘difíceis’, e tornou-se popular nos Estados Unidos (EUA) a partir dos anos 1920. A incisão teria como objetivo proteger o períneo contra lesões por laceração desordenadas, além de abreviar o tempo de desprendimento evitando sofrimento fetal. Embora tenha sido procedimento cirúrgico muito comum no final do século passado, a episiotomia foi introduzida sem evidência científica suficiente sobre sua efetividade” (FEBRASGO, 2018). Entre 1995 e 1998, no Brasil, 94,2% das primíparas com parto vaginal hospitalar foram submetidas à episiotomia (ALTHABE, F.; BELIZÁN, J.; BERGEL, E., 2002 *apud* DINIZ, 2006).

²⁰ Apesar de termos referenciado aqui o autor Zimmermann (2017), que defende que o consentimento válido é uma causa de justificação que age afastando a ilicitude de uma conduta típica, reafirmamos que este artigo se filia à concepção de Siqueira (2019), segundo a qual o consentimento válido do paciente age para afastar a tipicidade da conduta.

Nesse cenário, por mais que a ausência de consentimento válido também possa perfazer o tipo de constrangimento ilegal, como já exposto, entendemos que esse não é o caso das cesarianas eletivas que ocorrem em circunstâncias análogas às acima ilustradas. Isso não só porque o bem jurídico violado nessas situações é a integridade física de gestantes/parturientes, tutelado pelo tipo de lesão corporal, mas também porque o delito de constrangimento ilegal tem abrangência limitada e se vincula a uma aparente indiferença quanto aos pressupostos de validade do consentimento (SIQUEIRA, 2019, p. 358; 2020, p. 40-41). Assim, a conferência de um consentimento inválido em virtude da ausência de cumprimento do dever de esclarecimento pelos/as profissionais de saúde não torna as cesáreas eletivas fatos puníveis pelo art. 146 do CPB.

Não obstante todos os problemas discutidos, convém destacar uma circunstância envolvendo as altas taxas de cesarianas no Brasil que, a nosso ver, partindo da concepção de autonomia ora empregada, pode representar uma decisão autônoma das pacientes. Conforme já mencionado, muitas mulheres elegem cesárias como uma forma de prevenir o sofrimento provocado pela assistência obstétrica padrão no país (DINIZ, 2005, p. 629). Nessa toada, embora idealmente seja desejável que nenhuma decisão seja pautada pelo medo e pela perspectiva de sofrer violência, escolhas são feitas a partir de condições não ideais ao longo da vida. Não se deve ignorar, ainda, que a autonomia representa um direito à ausência de heterodeterminação (SIQUEIRA, 2019, p. 74).

Portanto, se, por exemplo, uma mulher, ciente do contexto da assistência obstétrica da sua região, bem como dos riscos, dos benefícios, das decorrências e das indicações referentes às possíveis vias de nascimento, faz uma hierarquização dos próprios valores e, preenchidos todos os pressupostos de validade do consentimento, elege uma cesárea por atribuir mais importância a não correr o risco de ser violentada na assistência a um parto vaginal do que a não passar por uma cirurgia de grande porte sem indicações clínicas, entendemos que essa escolha representa um exercício da autonomia da paciente. Nesses casos, não há que se falar em violação do direito à autodeterminação tão somente porque o elemento fulcral da decisão foi o medo – uma argumentação nesse sentido, como a desenvolvida por Sadeck (2020), pressupõe a autonomia como um ideal, diferentemente do adotado por Siqueira (2019) e por este trabalho.

Salientamos, por fim, que o reconhecimento da inexistência de uma afronta ao direito à autodeterminação das pacientes nessas situações não

elimina a gravidade do problema por elas representado. Nesse sentido, acreditamos que a manutenção de um modelo agressivo de assistência a partos vaginais como forma de induzir mulheres às cesarianas – em outras palavras, “fazer parto violento para vender cesárea” – é uma realidade brasileira que deve ser enfrentada, como defendem diversos movimentos sociais (DINIZ *et al.*, 2015, p. 4).

5. Algumas problematizações sobre a Lei das Cesáreas

Como dito na introdução, a Lei 17.137/2019 enseja críticas por diversas perspectivas. Assim sendo, embora o presente trabalho pautar a discussão sobre as cesarianas eletivas no Brasil, adotando como referência o paradigma da assistência médica pautado pelo respeito à autonomia do/a paciente, antes de tecer considerações sobre a referida legislação a partir desse referencial, acreditamos ser importante trazer algumas outras críticas pessoais sobre a Lei das Cesáreas.

De início, salientamos que, em nossa concepção, taxas de cesarianas superiores ao recomendado pela OMS são um problema de saúde pública e, assim sendo, a elaboração de leis e a construção de políticas públicas destinadas à redução desses índices são muito importantes. Visto que, em 2019, aproximadamente 58,9% dos nascimentos de bebês com vida no estado de São Paulo aconteceram por meio de cesáreas²¹, percentual superior, inclusive, à média nacional, de 56,3%²² (BRASIL, 2020), caberia ao legislativo, a nosso ver, a propositura de uma lei que buscasse atenuar essa realidade e não a agravar. Nesse sentido, destacamos que a Lei 17.137/2019 fez as taxas de cesarianas aumentarem logo quando entrou em vigência (informação verbal)²³.

Além do mais, as justificativas apresentadas no PL 435/2019 devem ser rechaçadas. Primeiramente, porque muitas são informações apresentadas sem quaisquer referências e porque outras tantas se baseiam em fontes extremamente duvidosas. Em segundo lugar, porque a deputada omite dados relevantes e distorce, de modo intelectualmente muito desonesto, alguns fatos sobre a realidade obstétrica brasileira.

²¹ Do total de 584.621 nascidos/as vivos/as em São Paulo em 2019, 344.534 nasceram por meio de cesáreas (BRASIL, 2020).

²² Do total de 2.849.146 nascidos/as vivos/as no Brasil em 2019, 1.604.189 nasceram por meio de cesáreas (BRASIL, 2020),

²³ Informação fornecida pela Dra. Daphne Rattner, no Congresso Nacional Nascer Direito, durante a palestra “Lei das Cesarianas e o impacto na saúde”, proferida em 15 de setembro de 2020.

Exemplo disso, Janaína Paschoal fez referência à redução da mortalidade materna resultante do advento das cesarianas, porém não mencionou outros avanços técnicos da assistência obstétrica, nem a problemática da medicalização excessiva do parto e do nascimento, nem o paradoxo perinatal brasileiro: o uso irracional de tecnologia impedindo a redução da morbimortalidade materno-infantil (DINIZ, 2005, p. 629). Igualmente, a autora citou os casos de bebês que ficam com anóxia depois de nascimentos pela via vaginal, mas não diz nada sobre o fato de que essa falta de oxigênio, na maioria dos casos, resulta do excesso de intervenções realizadas nos partos normais e da inabilidade de profissionais de saúde para manejar quaisquer fugas da normalidade durante esse evento (LANSKY *et al.*, 2014).

A deputada falou, ainda, sobre o crescimento de um movimento que prega a superioridade de partos vaginais às cesarianas, quando, na verdade, as articulações pela humanização da assistência ao parto e ao nascimento reconhecem e valorizam os benefícios das cesáreas, desde que realizadas com o consentimento real das gestantes e, preferencialmente, com indicações clínicas (DINIZ; DUARTE, 2004).

A despeito de haver muitos outros pontos problemáticos no projeto, encerramos as críticas gerais apontando que, embora Janaína Paschoal tenha alegado que as integrantes do referido movimento não vislumbram a prática de violências obstétricas quando a analgesia e a cesariana são solicitadas pelas usuárias do sistema público de saúde e negadas pelos/as profissionais da assistência, isso não é verdadeiro. Há o reconhecimento de que o atendimento obstétrico brasileiro deve passar por transformações que incorporem também a solução dessas realidades.

Nesse sentido, a preocupação com a necessidade de aumentar o acesso às intervenções necessárias encontra fundamento, por exemplo, na realidade descrita em Leal *et al.* (2017), trabalho que integra a pesquisa *Nascer no Brasil*. A partir dos dados levantados em campo, identificou-se um menor número de intervenções como ocitocina, episiotomia e cesariana entre pretas. Embora, a princípio, isso possa parecer um indicativo de cuidado mais alinhado às evidências científicas, os/as profissionais de saúde filiados/as ao modelo intervencionista da assistência obstétrica brasileira tendem a identificar essas práticas como adequadas e como sinais de “bom cuidado” (2017, p. 10). Portanto, o que se tem, segundo essa lógica, é a oferta de uma assistência descuidada a essas mulheres.

A pesquisa também denuncia a ocorrência de uma menor aplicação de analgesia para os grupos étnico-raciais mais discriminados durante a

atenção ao parto. Além disso, mulheres pretas e pardas têm seu direito ao/à acompanhante mais desrespeitado, têm um pré-natal com menor número de consultas e exames, recebem menos orientações e têm menor vinculação à maternidade, levando a uma maior peregrinação para parir (LEAL *et al*, 2017, p. 10) (o que resulta em uma menor assistência durante o trabalho de parto, com mais riscos para gestantes e para nascituros).

Aproximando, agora, as considerações sobre a Lei das Cesáreas das discussões trazidas ao longo deste artigo, vale destacar que a autora desse instrumento legal fez, ainda em sede de projeto de lei, uma constante referência à necessidade de respeitar a autonomia das mulheres, no panorama do cumprimento dos princípios da bioética. Ocorre que, a nosso ver e por tudo o quanto explicitamos até aqui, as proposições de Janaína Paschoal tendiam a não contribuir para o respeito ao direito à autodeterminação das gestantes e das parturientes de seu Estado.

Na toada do exposto neste trabalho, tem-se que os/as pacientes exercem a sua autonomia quando podem decidir sobre as intervenções médicas a que serão ou não submetidos/as (SIQUEIRA, 2019, p. 72). Diante disso, para que uma decisão no campo da saúde seja válida, ela deve ser precedida de um consentimento real do/a titular do bem jurídico, o qual, por sua vez, *tem como pressuposto o acesso a informações que permitam aos/às pacientes compreender o procedimento e os valores que ele coloca em conflito* (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 651-652, destaque nosso).

Dessa forma, considerando todas as circunstâncias componentes da obstetrícia brasileira e relativas à falta de informações para que as mulheres possam decidir, autonomamente, sobre a via de nascimento de seus/suas bebês, a Lei 17.137/2019 não propôs nada que efetivamente favorecesse a mudança dessa conjuntura. A afixação de placas informando os direitos à cesariana eletiva e à analgesia nem de longe alcança a possibilidade de esclarecer gestantes e parturientes sobre tudo o quanto importa para a tomada dessas decisões. Além disso, não houve menção a outras iniciativas com um potencial de efetivamente viabilizar o acesso a informações suficientes e adequadas sobre partos normais e sobre cesáreas, como programas educativos para a população ou como estratégias para a qualificação da assistência de profissionais da saúde.

Reforçando o discurso de exacerbação dos riscos do parto normal e minimização dos atrelados à cirurgia cesariana, a Lei 17.137/2019 também sugere defender, em seu art. 2.º, o respeito à autonomia da mulher que optar pelo parto normal. Contudo, condiciona o respeito a essa escolha à apresentação, pela mulher, das condições clínicas para

tanto. Condicionante essa que não há no art. 1.º, que trata do direito da parturiente a escolher pela cesariana eletiva a partir da 39.ª semana de gestação, como que pressupondo inexistirem condições clínicas que tornem a cirurgia cesariana desaconselhável, como há para o parto normal.

Importa destacar, também, que em se tratando de violações da autonomia corporal resultantes do impedimento de realizar intervenções desejadas (FEINBERG, 1986, p. 53), no caso específico da negação de cesáreas e analgesia em partos normais às usuárias do sistema público de saúde, as proposições de Janaína Paschoal não atacam pontos centrais do problema. Como mencionado pela própria deputada, já existem normativas determinando o atendimento dos desejos das gestantes e das parturientes, mas elas não são aplicadas na rede pública de atendimento.

Isso acontece por diversos motivos, dentre eles: o racismo por detrás do uso diferencial de anestesia (HOFFMAN *et al.*, 2016, p. 4.296-4.301 *apud* LEAL *et al.*, 2017, p. 10); a orientação, pelos/as profissionais da assistência, da fisiologia e da anatomia femininas a partir do padrão de consumo das mulheres (DINIZ, 2001, p. 213); e as dificuldades de operacionalização da analgesia no Sistema Único de Saúde (SUS), decorrentes da escassez de verbas para o pagamento de anestesistas (DINIZ, 2001, p. 95-96). Então, diante dessas complexidades subjacentes à forma de violação da autonomia corporal das gestantes e das parturientes em comento, parece-nos muito claro que o reforço dos direitos à cesariana eletiva e à analgesia no parto normal por meio de uma legislação estadual não seria capaz de resolvê-las.

Por fim, ressaltamos a valia de problematizar a Lei 17.137/2019, mas acreditamos também na importância de registrar um alerta. A crítica a esse instrumento legal não pode ser incoerente com uma proposta de respeito à autonomia das mulheres na atenção ao parto e ao nascimento.

Com isso, queremos dizer que mesmo que acreditemos na necessidade de reduzir as taxas de cesáreas no Brasil, compreendemos que a luta por essa mudança não pode trilhar o caminho da crítica às cesarianas eletivas por si só. Tal caminho deve passar, sim, pelo fortalecimento do dever de informação do/a médico para o consentimento válido da paciente, principalmente ao logo do pré-natal, mas, também, durante o parto, bem como pela melhoria da qualidade da assistência obstétrica aos partos normais, reduzindo ou erradicando intervenções desnecessárias, dolorosas, indesejadas, arriscadas e sobre as quais não haja evidências de benefícios associados.

Sendo assim, parece-nos que criticar a Lei das Cesáreas apenas porque ela visa a garantir a possibilidade de eleger essa cirurgia pelas usuárias da rede pública de saúde é um equívoco. A realização eletiva de uma cesariana deve ser um direito de todas as mulheres. A nosso ver, negar isso com base no argumento de que partos normais são mais vantajosos para mães e para bebês na ausência de indicações clínicas para cesáreas é um posicionamento paternalista, aquele que, com base em certos valores, impõe a terceiros/as um padrão de conduta visando à promoção do seu “bem”, mesmo que contra a vontade desses indivíduos (SIQUEIRA, 2019, p. 47). Como já salientado, se a pessoa autônoma tem o direito à ausência de heterodeterminação (SIQUEIRA, 2019, p. 74), criticar a possibilidade de escolher uma intervenção médica apenas em virtude da sua falta de indicação clínica não é compatível com o modelo de respeito à autonomia dos/as pacientes aqui defendido.

6. Considerações finais

O modo de assistir partos e nascimentos passou por diversas alterações no curso da história da humanidade. A virada do séc. XIX para o séc. XX significou também um giro emblemático na assistência, que mudou das casas para os hospitais, das parteiras para os médicos, da tradição para a tecnologia. Por um olhar epidemiológico, os resultados dos primeiros anos dessa transição foram muito positivos, visto que a morbimortalidade perinatal caiu significativamente. Entretanto, o decorrer do tempo trouxe consigo alguns problemas, pois parir e nascer passaram a ser concebidos como patologias, frente às quais teve início uma medicalização irracional que, atualmente, já se demonstra mais maléfica do que benéfica, tanto numa perspectiva de saúde pública, quanto para mães e para bebês individualmente.

O *boom* das cesarianas pelo mundo é um ônus desse processo. Especificamente no caso do Brasil, o segundo país mais cesarista de todos, o crescimento das taxas dessa cirurgia tem uma série de explicações, sendo que pesquisas anteriores apontam que, na minoria dos casos, mulheres que elegem as cesáreas o fazem como uma escolha pautada por informações sobre as vias de nascimento. Considerando também as concepções de autonomia e respeito à autonomia dos/as pacientes desenvolvidas por Siqueira e Greco e o seu tratamento na dogmática penal, buscamos discutir como circunstâncias relativas à eleição de cesarianas têm implicações nos processos de afirmação ou negação da autonomia de gestantes e parturientes.

Mais especificamente, debateu-se sobre fatores que, infelizmente, a literatura aponta serem comuns na tomada de decisão por cesarianas no Brasil e que impedem a validade do consentimento a essa intervenção médica, haja vista que maculado por vícios de vontade e pela ausência do cumprimento, pelos/as profissionais da saúde, do dever de esclarecimento para a autodeterminação dos/as pacientes. Nessas circunstâncias, tende a ocorrer o perfazimento do delito de lesão corporal (art. 129, CPB).

Não obstante, também tentamos apontar que as cesarianas eletivas decorrentes do medo que gestantes e que parturientes têm de sofrer violências obstétricas no atendimento a um parto vaginal são, desde que preenchidos os pressupostos para um consentimento válido, um exercício da autonomia dessas mulheres.

Diante dessa conjuntura, alguns comentários foram feitos sobre a Lei 17.137/2019, a qual, embora já declarada inconstitucional pelo TJSP, traz à tona questões importantes para a discussão empreendida no artigo. Nesse sentido, compreendemos que essa legislação deve ser criticada, porque não propôs alternativas para solucionar o problema – além da alta taxa de cesáreas e da má qualidade da assistência a partos vaginais – da negação da autonomia das mulheres, que marca a assistência obstétrica no Brasil. Além disso, buscamos indicar a importância de não se restringirem as problematizações da Lei 17.137/2019 a uma crítica à possibilidade de gestantes pedirem as cesarianas, o que constitui, a nosso ver, um posicionamento paternalista.

Sem a pretensão de exaurir as complexas discussões sobre as cesáreas eletivas no Brasil, desejamos apenas propor uma lente de visão para os debates sobre a questão, que é a do respeito à autonomia dos/as pacientes, nos termos aqui pormenorizados. Acreditamos na importância de se seguir pesquisando e discutindo sobre as violências obstétricas, para que a luta pela garantia dos direitos das mulheres na assistência à gestação, ao parto e ao nascimento seja progressivamente mais conhecida e pautada de maneira mais assertiva.

Referências

BARA MAIA, Mônica. *Humanização do parto: política pública, comportamento organizacional e ethos profissional na rede hospitalar pública e privada de Belo Horizonte*. Dissertação de Mestrado (Ciências Sociais), Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, 2008.

BARBOSA, Gisele Peixoto *et al.* Cesarean sections: who wants them and under what circumstances? *Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, n. 6, p. 1611–1620, dez. 2003.

BOERMA, Ties *et al.* Global epidemiology of use of and disparities in cesarean sections. *The Lancet*, vol. 392, n.º 10155, p. 1341–8, 13 out. 2018. DOI: <[https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(18\)31928-7](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(18)31928-7)>. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(18\)31928-7/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(18)31928-7/fulltext)>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de Informática do SUS. *Microdados do Sistema Informação sobre Nascidos Vivos*. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/defthtm.exe?sinasc/cnv/nvuf.def>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. *Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<https://www.saude.sc.gov.br/index.php/documentos/atencao-basica/rede-cegonha/informacoes-importantes-1/10404-relatorio-diretriz-partonormal-recomendacao/file>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria n.º 569, de 01.º de junho de 2000*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 01 jun. 2000. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html>. Acesso em: 23 jan. 2021.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MARQUES, Stanley Souza. Contribuições para uma reconstrução crítica da gramática moderna da maternidade. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 28, n.º 2, 2020, p. 1–16. DOI: 10.1590/1806-9584-2020v28n168037. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ref/v28n1/1806-9584-ref-28-01-e68037.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

CECHIN, Petrolina Libana. Reflexões sobre o resgate do parto natural na era da tecnologia. *Rev. Bras. Enferm.*, Brasília, v. 55, n.º 4, p. 444–8, jul./ago. 2002. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/reben/v55n4/v55n4a15.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2020.

DINIZ, Simone Grilo *et al.* Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. *Journal of Human Growth and Development*, v. 25, n. 3, 2015. p. 1–8. DOI: <<http://dx.doi.org/10.7322/jhgd.106080>>. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt_19.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

DINIZ, Simone Grilo *et al.* Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde mater-

na, e propostas para sua prevenção. *Journal of Human Growth and Development*, v. 25, n. 3, 2015. p. 1-8. DOI: <<http://dx.doi.org/10.7322/jhgd.106080>>. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt_19.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

DINIZ, Simone Grilo. *Entre a técnica e os direitos humanos: possibilidades e limites da humanização da assistência ao parto*. 2001. Tese de Doutorado (Medicina), Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2001.

DINIZ, Simone Grilo. Gênero, saúde materna e o paradoxo perinatal. *Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 313-326, ago. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822009000200012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 mai. 2021.

DINIZ, Simone Grilo. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 10 (3): 627-637, jul. / set., 2005. DOI: <<https://doi.org/10.1590/S1413-81232005000300019>>. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232005000300019&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 mar. 2020.

DINIZ, Simone Grilo; CHACHAM, Alessandra S. O “corte por cima” e o “corte por baixo”: o abuso de cesáreas e episiotomias em São Paulo. *Questões de Saúde Reprodutiva*, v. 1, n. 1, pp. 80-91, 2006. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1044924/mod_resource/content/1/O%20E%80%9Ccorte%20por%20cima%20e%20o%20E%80%9Ccorte%20por%20baixo%20e%20o%20E%80%9D.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2019.

DINIZ, Simone Grilo; DUARTE, Ana Cristina. *Parto normal ou cesárea? O que toda mulher deve saber (e todo homem também)*. São Paulo: Editora UNESP, 2004. 179p.

DINIZ, Simone Grilo *et al.* Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. *Journal of Human Growth and Development*, v. 25, n. 3, 2015. p. 1-8. DOI: <<http://dx.doi.org/10.7322/jhgd.106080>>. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt_19.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

DINIZ, Simone Grilo; CHACHAM, Alessandra S. O “corte por cima” e o “corte por baixo”: o abuso de cesáreas e episiotomias em São Paulo. *Questões de Saúde Reprodutiva*, v. 1, n. 1, pp. 80-91, 2006. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1044924/mod_resource/content/1/O%20E%80%9Ccorte%20por%20cima%20e%20o%20E%80%9Ccorte%20por%20baixo%20e%20o%20E%80%9D.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2019.

DINIZ, Simone Grilo; DUARTE, Ana Cristina. *Parto normal ou cesárea? O que toda mulher deve saber (e todo homem também)*. São Paulo: Editora UNESP, 2004. 179p.

DINIZ, Simone Grilo. *Entre a técnica e os direitos humanos: possibilidades e limites da humanização da assistência ao parto*. 2001. Tese de Doutorado (Medicina), Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2001.

DINIZ, Simone Grilo. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 10 (3): 627-637, jul. / set., 2005. DOI: <<https://doi.org/10.1590/S1413-81232005000300019>>. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232005000300019&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 mar. 2020.

DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira *et al.* Processo de decisão pelo tipo de parto no Brasil: da preferência inicial das mulheres à via de parto final. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, supl. 1, p. 101-116, 2014. DOI: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00105113>>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311-2014001300017X&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 set. 2020.

FEBRASGO. *Recomendações Febrasgo parte II - Episiotomia*. 2018. Disponível em: <<https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/715-recomendacoes-febrasgo-parte-ii-episiotomia>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

FEINBERG, Joel. Harm to Self. *The moral limits of Criminal Law*. Vol. 3. New York: Oxford University Press, 1986.

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. *Studia Juridica*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade (vol 1), v. 108, p. 643-669, 2017.

LANSKY, Sônia *et al.* Pesquisa Nascer no Brasil: perfil da mortalidade neonatal e avaliação da assistência à gestante e ao recém-nascido. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 30, p. S192-S207, 2014.

LEAL, Maria do Carmo *et al.* A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 1, p. 1-17, 2017. DOI: <<https://doi.org/10.1590/0102-311x00078816>>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001305004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. 2014. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/>

WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=A88B77D2A41591854AC-39C7962A64E85?sequence=3>. Acesso em 03 abr. 2020.

PALHARINI, Luciana Aparecida. Autonomia para quem? O discurso médico hegemônico sobre a violência obstétrica no Brasil. *Cad. Pagu*, Campinas, n.º 49, e174907, p. 1-37, 2017. DOI: <<https://doi.org/10.1590/18094449201700490007>>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000100307&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 set. 2020.

PEREIRA, Afonso Celso *et al.* Iatrogenia em cardiologia. *Arquivos Brasileiros de Cardiologia*, v. 75, n. 1, p. 75-78, jul. 2000.

PIMENTEL, Camila *et al.* Autonomia, risco e sexualidade. A humanização do parto como possibilidade de redefinições descoloniais acerca da noção de sujeito. *REALIS*, Recife, v.4, n.º 01, p. 166-85, jan-jun. 2014 – ISSN 2179-7501. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/realis/article/view/8813>>. Acesso em: 18 out. 2020.

RATTNER, Daphne. Humanização na atenção a nascimentos e partos: breve referencial teórico. *Interface* (Botucatu), Botucatu, v. 13, supl. 1, p. 595-602, 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/icse/v13s1/a11v13s1.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2020.

SADECK, Ana Carolina Silveira Vasconcelos. *Cesárea a pedido*: direito à autodeterminação da gestante e violência obstétrica. Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14146/1/Ana%20Sadeck%2021395160.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2020.

SÃO PAULO (Estado). *Projeto de Lei n.º 435, de 2019*. Garante à gestante a possibilidade de optar pelo parto cesariano, a partir da trigésima nona semana de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal. São Paulo, SP, 10 abr. 2019. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000262934>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no Direito Penal da Medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. In: ESTELLITA, Heloísa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito penal da medicina*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 19-53.

TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. *Rev Bras Med Fam Comunidade*, 10 (35):1-12, 2015. DOI:

<[http://dx.doi.org/10.5712/rbmfc10\(35\)1013](http://dx.doi.org/10.5712/rbmfc10(35)1013)>. Disponível em: <<https://www.rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013>>. Acesso em: 03 abr. 2020.

VILLAR, José *et al.* Caesarean delivery rates and pregnancy outcomes: the 2005 WHO global survey on maternal and perinatal health in Latin America. *The Lancet*, v. 367, n. 9525, p. 1819–1829, 2006.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Appropriate Technology for Birth. *The Lancet*, vol. 326, n.º 8452 (ii), p. 436–7, 24 ago. 1985. DOI: <[https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(85\)92750-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(85)92750-3)>. Disponível em: <<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/biblioteca/appropriate-technology-for-birth-who/>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

ZIMMERMAN, Frank. Punibilidad por asistencia terapéutica en el parto? Protección y límites del derecho de autodeterminación de la embarazada durante el parto. In: KUDLICH, Hans. MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (Orgs.). *Cuestiones actuales del Derecho Penal Médico*. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 81–108.

JUIZ DE GARANTIAS E O PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO IMPARCIAL À LUZ DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

GUARANTEES JUDGE AND THE JURISDICTIONAL IMPARTIALITY PRINCIPLE FROM THE PERSPECTIVE OF COGNITIVE DISSONANCE THEORY

Antonio de Holanda Cavalcante Segundo*
Gabriellen Carneiro de Melo**

Data de recebimento: 29/03/2021

Data de aceite: 22/04/2021

Última versão do autor em: 25/04/2021

Resumo: O presente trabalho analisa a necessidade de implementação da figura do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro. Busca demonstrar a incompatibilidade do processo penal vigente com a garantia constitucional da jurisdição imparcial, a partir do estudo do sistema acusatório e da contribuição da teoria da dissonância cognitiva. Para tanto, discorre sobre os sistemas processuais penais e o princípio da imparcialidade da jurisdição, e sobre esta sob a ótica da teoria da dissonância cognitiva, demonstrando como o contato inicial do julgador com a prova influencia na condução de todo o processo. Conclui

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Processo Penal pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Advogado criminalista.

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade CERS. Advogada criminalista.

que, para se alcançar um sistema acusatório-democrático e imparcial, é imprescindível a implementação do juiz de garantias. O trabalho se desenvolve a partir de metodologia bibliográfica, documental, qualitativa, exploratória e descritiva.

Palavras-chave: juiz de garantias; Pacote Anticrime; sistema acusatório; dissonância cognitiva; juiz imparcial.

Abstract: The essay analyzes the necessity to implement the guarantees judge in Brazilian legal system. It seeks to demonstrate the incompatibility between the current criminal procedure and the constitutional guarantee of jurisdictional impartiality, studying the accusatory system and the contribution of the cognitive dissonance theory. To achieve this, it discusses the criminal procedural systems and the principle of jurisdiction impartiality, and its perspective under the theory of cognitive dissonance, demonstrating how the judge's initial contact with the evidence influences outcoming of the whole process. It concludes that, to achieve an impartial accusatory-democratic system, the figure of the guarantees judge becomes indispensable. The essay's methodology is bibliographic, documentary, qualitative, exploratory and descriptive.

Keywords: guarantees judge; Federal Act no. 13.964/2019; accusatory system; cognitive dissonance; impartial judge.

Sumário: 1. Introdução; 2. Os sistemas processuais penais e a imparcialidade como princípio fundamental para o estado democrático de direito; 3. A imparcialidade no processo penal sob a ótica da teoria da dissonância cognitiva; 4. O juiz de garantias como solução para a existência de condições de imparcialidade do juiz e para um processo penal conforme a Constituição de 1988; 5. Conclusão; Referências.

1. Introdução

Em 24 de dezembro de 2019, foi aprovada e promulgada a Lei n. 13.964/19, conhecida por Pacote Anticrime, trazendo em seu corpo, dentre inúmeras mudanças polêmicas no âmbito político-criminal, a inserção da figura do Juiz de Garantias no nosso Código de Processo Penal, tal como se depreende dos novos artigos 3º-A a 3º-F.

Tal figura levantou debates e (in)seguranças no meio jurídico, acerca da real necessidade de sua implementação, bem como em relação a quais seriam as consequências práticas e orçamentárias oriundas de mudança de tamanho jaez, tendo em vista tratar-se de severa alteração na organização judiciária do País.

Diversos movimentos contrarreformistas capitanearam a proposição de Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs de n. 6298, 6299, 6300 e 6305, no Supremo Tribunal Federal, no visio de suspender a eficácia dos dispositivos que regulamentavam a figura do Juiz de Garantias. Argumenta-se, notadamente, haver afronta à autonomia organizacional do Poder Judiciário, em razão de tal mudança alterar a divisão e a organização dos serviços judiciários de forma substancial, além do relevante impacto financeiro para os cofres públicos. Houve deferimento de liminar pelo STF, suspendendo a eficácia dos dispositivos em questão, por prazo indeterminado.

Diante de tanta resistência à citada reforma, é natural questionar-se: então, para que juiz de garantias?

Para alcançar uma resposta minimamente satisfatória, imprescindível uma análise que perpasse pelo estudo dos sistemas processuais penais e sua conformidade constitucional e que reflita sobre o papel da imparcialidade da jurisdição, inclusive mediante estudos interdisciplinares com a psicologia, especialmente a teoria da dissonância cognitiva, a qual contribuiu sobremaneira para o entendimento dos processos cognitivos que se desenrolam nas tomadas de decisões por parte dos juizes.

Assim, o presente estudo pretende abordar os aspectos que são capazes de fornecer subsídios a fundamentar a real necessidade da figura do Juiz de Garantias no nosso ordenamento jurídico, ao analisarmos elementos justificadores que estão inseridos tanto no âmbito jurídico, quanto no âmbito psicológico.

Quanto à metodologia do presente trabalho, essa é bibliográfica e documental, com consulta à doutrina e legislação nacional e internacional. Quanto à natureza, a metodologia é qualitativa, uma vez que explorará a compreensão do tema por uma perspectiva subjetiva, não quantificável. Quanto aos fins, a metodologia é descritiva e exploratória, pois interpretará fatos e normas relativos ao tema, visando ao aprimoramento das ideias e desafiando pesquisas vindouras.

2. Os sistemas processuais penais e a imparcialidade como princípio fundamental para o Estado Democrático de Direito

Para a boa compreensão do objeto deste tópico, há de se indagar, antes de tudo, o que se entende por sistema, quais suas características, e de que forma se materializa um sistema processual penal.

Pelo viés jurídico, conforme concepção de Paulo Rangel (2010, p. 49), sistema processual penal é um “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”. Complementando a ideia com um viés semântico, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 16) define sistema como um conjunto de elementos que se relacionam entre si por meio de um princípio unificador, formando um todo pretensamente orgânico, com o fim de atingir determinada finalidade.

Para se conceber o que, de fato, traduz a ideia de um sistema processual penal, basta se identificar um conjunto de normas e instrumentos legais reunidos sob a orientação de um princípio norteador, isto é, a ideia fundante que justificará as premissas dela decorrentes.

Dito isso, dois são os sistemas processuais penais estabelecidos ao longo do tempo, sendo eles o sistema inquisitório e o sistema acusatório, tendo ambos variado ao longo dos séculos de acordo com os elementos predominantes em cada sociedade, sejam eles autoritários ou democráticos. O primeiro a surgir, ainda na Grécia e Roma antigas, foi o sistema acusatório, o qual perdurou até meados do século XII, tendo sido gradativamente substituído pelo inquisitório, que predominou especialmente nos séculos XVIII e XIX, até finalmente o sistema acusatório ressurgir pautado em ideais democráticos e em garantias individuais.

Há quem mencione, também, a existência de um terceiro sistema, o sistema misto, o qual teria surgido com o *Code d'instruction criminelle* francês, do século XIX, mais precisamente no ano de 1808, com traços essenciais provenientes de ambos os sistemas supracitados. A principal característica do dito sistema misto seria a divisão da persecução penal em duas fases: a) a pré-processual, ditada pelo princípio inquisitivo; e b) a processual, com predominância de dispositivos de matiz acusatória. Daí a razão pela qual muitos doutrinadores classificam o sistema processual brasileiro como misto, já que o processo penal brasileiro conta com a fase investigatória (inquisitiva) e com a fase processual propriamente dita (acusatória) (PACELLI, 2017, p. 19).

Ocorre que, na visão de Aury Lopes Jr. (2019, p. 44), não há como se conceber um sistema misto quando, na realidade, nunca existiu qualquer sistema puro desde o princípio. O que haveria de se identificar é o princípio fundante de cada sistema, para então classificá-lo, ainda que esse possua eventuais características pertencentes ao sistema oposto. Sem pretender exaurir a questão, em conclusão, o referido autor arremata: “não existe um princípio fundante misto, o misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo” (LOPES JR., 2020, p. 215).

Estabelecidas as premissas iniciais, passa-se à análise do sistema inquisitório. Há de se discorrer um pouco mais das origens históricas do referido sistema, o qual atingiu o ápice no século XIII, época na qual imperava o direito canônico, o qual instituiu o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício (LIMA, 2015, p. 38), cuja principal finalidade era perseguir as pessoas tidas como hereges e tudo quanto fosse contrário aos mandamentos cristãos.

Cesare Beccaria (1764, p. 12), a propósito, foi um dos autores que retratou o período da Santa Inquisição, o qual durou mais de 700 anos e se propagou por toda Europa, expondo os horrores aos quais os réus eram submetidos, precipuamente ante as penas corporais e as torturas infligidas àqueles no escopo de buscar a fantasiosa verdade real, chegando a concluir acerca da estrutura de Estado daquela época, o seguinte:

Quando as leis forem fixas e literais, quando só confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para decidir se tais atos são conformes ou contrários à lei escrita; quando, enfim, a regra do justo e do injusto, que deve dirigir em todos os seus atos o ignorante e o homem instruído, não for um motivo de controvérsia, mas simples questão de fato, então não mais se verão os cidadãos submetidos ao jugo de uma multidão de pequenos tiranos, tanto mais insuportáveis quanto menor é a distância entre o opressor e o oprimido; tanto mais cruéis quanto maior resistência encontram, porque a crueldade dos tiranos é proporcional, não às suas forças, mas aos obstáculos que se lhes opõem; tanto mais funestos quanto ninguém pode livrar-se do seu jugo senão submetendo-se ao despotismo de um só.

O fato é que uma das principais características do referido sistema recai sobre a acumulação das funções de acusar, defender e julgar nas mãos do juiz, o chamado juiz inquisidor. Nesse sistema, orientado pelo

princípio inquisitivo, o juiz é dotado de amplos poderes instrutórios, os quais se estendem tanto à fase investigativa quanto à fase processual, podendo ordenar a colheita de provas *ex officio*, gerindo-a como bem lhe aprouver, independentemente de provocação das partes.

Daí, facilmente vislumbra-se serem inexistentes as garantias do contraditório e a da ampla defesa, já que nem sequer existe a contraposição entre acusação e defesa, além de se evidenciar a característica de que o réu não é encarado como sujeito de direitos, mas sim como um mero objeto processual.

Vê-se, pois, que a concepção do *actus trium personarum* não toma qualquer parte no sistema em apreço, e, como destaca Jacinto Coutinho (2001, p. 23), “ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”.

Sendo assim, nesse tipo de sistema, resta claro que não existe a noção de garantias fundamentais do cidadão, de modo que, nas palavras de Nestor Távora (2017, p. 55), “o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido”, sendo a justificativa pautada na “efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos”.

No período da Idade Média, o réu permanecia, em regra, encarcerado e incomunicável até o final do processo capitaneado pelo juiz inquisidor, o qual se dava majoritariamente de modo escrito e sigiloso, estando aquele sujeito às mazelas infligidas por métodos de tortura, sendo esse o meio que se acreditava ser o mais eficiente para a descoberta de uma verdade absoluta dos fatos. Na visão de Renato Brasileiro (2015, p. 39), aliás, a atividade probatória nesse sistema tem por objetivo uma completa e ampla reconstrução dos fatos, razão pela qual admite-se “uma ampla atividade probatória, quer em relação ao objeto do processo, quer em relação aos meios e métodos para a descoberta da verdade. Dotado de amplos poderes instrutórios, o magistrado pode proceder a uma completa investigação do fato delituoso”.

Dito isso, nota-se que, no sistema inquisitório, vislumbra-se total e escancarado comprometimento da imparcialidade do juiz, vez que esse concentra em seu poder, como visto, três funções extremamente distintas, além de ser o gestor – e inclusive produtor – máximo da prova,

fatores que inarredavelmente o vinculam psicologicamente ao resultado final do processo. Na ótica de Aury Lopes Jr. (2019, p. 46), o referido sistema findou por ser desacreditado, notadamente, “por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.

Ilusão é pensar que o sistema processual penal em debate foi extinto na fase histórica de ebulição dos pensamentos liberais e iluministas, ecoados pelas vozes à frente da Revolução Francesa de 1798. Pelo contrário, ao longo do tempo, diversos foram os governos de viés autoritários e/ou ditatoriais espalhados por todos os continentes, os quais se utilizavam da sistemática inquisitorial para justificar suas ações anti-garantistas e violadoras dos direitos humanos, tal como hoje são conhecidos.

A propósito, o próprio CPP, instituído em 1941 nasceu com claro caráter fascista, oriundo da Revolução de 1930, que instaurou o regime autoritário de Getúlio Vargas, denominado de Estado Novo, o qual, por sua vez, teve clara inspiração na legislação processual penal italiana da década de 1930, onde imperava o regime também autoritário de Benito Mussolini, deixando uma herança evidentemente inquisitorial, cujas consequências na práxis forense até hoje ressoam (SILVEIRA, 2015, p. 264).

Alfredo Rocco, Ministro da Justiça da Itália Fascista de 1930, concedeu a missão de redigir o *codice di procedura penale* a Vincenzo Manzini, o qual só fez agravar a matriz inquisitória dos códigos processuais anteriores, cujas raízes advinham da lógica mista napoleônica. Segundo Renzo Orlandi (2012), tal reforma redundou na supressão da presunção de inocência, tida como uma extravagância advinda dos ideais da Revolução Francesa que levava às mais exageradas e inconsistentes garantias individuais, além de haver instituído um sistema de nulidades que aboliu as nulidades absolutas.

Assim, a lógica, no entender de Alfredo Rocco, seria pautar-se no horizonte de um inquisitório eterno, desejando romper com o Código italiano de 1913, em relação ao qual definiu como “democrático-liberal”, eis que marcado por um “sentimentalismo aberrante e mórbido em relação aos delinquentes” (COLAO, 2010, p. 250). Nesse viés, a negação à presunção de inocência era escrachada e estigmatizada, entendida como conceito proibido brotados dos princípios da Revolução Francesa, em que as garantias individuais eram entendidas como excessos incoerentes.

Porém, antes de se entender o porquê de o CPP possuir um viés nitidamente inquisitorial, há de se estudar o sistema acusatório e a pro-

mulgação da Constituição Federal da República de 1988, a qual trouxe consigo a consagração de ideais democráticos e garantistas a todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Com origem que remonta ao período da Antiguidade, ao Direito Grego e ao Direito Romano, segundo Ferrajoli (2006, p. 518), o sistema acusatório possui como principais características a separação rígida entre quem julga e quem acusa, a paridade entre a acusação e a defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento.

Desse modo, verifica-se a divisão muito bem delineada entre as funções de julgar, acusar e defender, cabendo a pessoas ou órgãos distintos exercer cada uma delas em igualdade de tratamento, o que garante condições para existência do contraditório e da ampla defesa, sendo o acusado encarado não mais como um mero objeto do processo, mas sim como um autêntico sujeito de direitos.

Além disso, diversamente do sistema inquisitório, o Juiz é afastado da iniciativa probatória, recaindo a gestão das provas sobre as mãos das partes, enquanto aquele assume posição de passividade que possibilita a efetiva imparcialidade do juiz sentenciante, circunstância essa das mais relevantes para um sistema acusatório-democrático. Aury Lopes Jr. (2019, p. 49) entende que é “a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive”.

Percebe-se, pois, que as características mais proeminentes, que efetivamente distanciam o sistema acusatório do inquisitório, são a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova, em relação às quais a manutenção do juiz como um terceiro imparcial e equidistante é fundamental, restando este impossibilitado de praticar qualquer ato de investigação e de determinar qualquer ato de ofício, seja qual for o momento processual (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 55).

O modo mais eficaz, pois, de identificar um sistema processual penal é observando o seu princípio informador: se inquisitivo, com a gerência da prova concentrada na figura do juiz; ou acusatório, com a gestão nas mãos das partes processuais.

Essa é a conclusão de Ruiz Ritter (2016, p. 70), para quem se pode estabelecer como núcleo fundante dos sistemas processuais penais a gestão da prova, ao passo que o princípio norteador poderia ser o acusatório ou o inquisitivo. A partir de tal concepção, vislumbram-se as condições de existência ou não de imparcialidade para o exercício

da jurisdição, de acordo com a forma ativa ou passiva do juiz no azo da produção probatória ao longo da persecução penal.

Inspirada na sistemática acima debatida, a ordem constitucional inaugurada em 1988 trouxe consigo um viés nitidamente democrático e garantidor de direitos fundamentais. Define com nitidez a divisão das partes, atribuindo a função de acusar ao Ministério Público (art. 129, I, CF), instituição essa que mais do que um órgão acusatório, também se revela defensora da ordem jurídica. Exige a igualdade material entre as partes litigantes (acusação-defesa), ao estabelecer a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Reconhece a imprescindibilidade da defesa técnica para o processo penal justo, ante a consagração da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF). E valida o reconhecimento da imparcialidade do juiz decorrente da garantia do Juiz Natural (art. 5º, LIII, CF) e da exigência de publicidade e motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). (PACELLI, 2017, p. 19).

Em face da estrutura trazida pela Constituição, salvaguardando direitos e garantias fundamentais do cidadão, tende-se a concluir, pois, que o nosso sistema processual penal seria, indubitavelmente, o acusatório. Ocorre que a questão está longe de ser tão simples quanto aparenta, uma vez que, como explanado linhas atrás, o CPP ainda guarda diversos instrumentos de caráter inquisitório. Tal, inclusive, é o entendimento de Pacelli (2017, p. 18), para quem “há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitório do nosso Código de Processo Penal e seu texto originário”.

Em relação aos referidos instrumentos, são diversos os dispositivos ainda vigentes no CPP a permitir uma postura ativa do juiz na produção das provas, o que, como visto, é completamente rechaçado pelo sistema acusatório¹. Dá-se como exemplo, em suma, a norma do art. 310 do CPP, que aparentemente permite que o juiz converta, de ofício, prisão em flagrante em preventiva; a possibilidade de determinar de ofício busca e apreensão (art. 242, CPP) ou sequestro (art. 127, CPP); a possibilidade de oitiva de testemunhas do juízo para além das arroladas pelas partes (art. 209, CPP); de determinar a produção de

¹ Apesar das recentes alterações trazidas nos arts. 3º-A a 3º-B, do CPP, pela Lei n. 13.964/29, as quais consagraram indubitavelmente o sistema acusatório, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia dos referidos artigos por tempo indeterminado na ADI 6298.

diligências, seja na fase investigatória ou na fase processual (art. 156, I e II, CPP), etc. (LOPES JR., 2019, p. 52).

Além disso, o CPP ainda estabelece, em seu art. 83, que, concorrendo dois ou mais juízes competentes para julgar uma causa, é critério de prevenção de competência, e não de exclusão, aquele que primeiro possuir contato com o processo, praticando algum ato ou medida a esse relativa, ainda que antes do oferecimento da denúncia. Isso implica no derradeiro envolvimento do juiz com a prova, antes mesmo de iniciar-se o processo em si, em uma fase na qual o que impera é a visão totalmente parcial da Autoridade Policial e/ou do Ministério Público, já que os elementos informativos não são submetidos ao contraditório.

Assim, o juiz cujo envolvimento se verificou na fase preliminar de investigação, capitaneada tão somente pela ótica acusatória, está inafastavelmente contaminado para seguir à frente do processo na fase processual, já que corrompida está sua imparcialidade. Assim, aliás, é o entendimento de Oliva Santos (1988, p. 81), segundo quem “o juiz que não conhece a investigação determinará sistematicamente o que o promotor propuser ou examinará os autos para decidir segundo o seu próprio critério”, concluindo seu raciocínio no sentido que, “neste último caso, converter-se-ia em juiz prevento, inapto para o processo e a sentença”, e, “no primeiro caso, não é necessário dizer que a reprovação é patente”.

Isabel Ortiz (2004, p. 160–175) resume as exigências processuais decorrentes da necessidade de imparcialidade do juiz: 1) sem acusação não há juízo; 2) o juiz não pode acusar ou auxiliar a quem o faz; 3) o juiz não pode trazer provas ao processo; 4) o juiz não pode haver investigado a acusação formulada em juízo; 5) o juiz não pode tomar partido publicamente por uma das partes antes da sentença, mesmo que no exercício da jurisdição que lhe cabe. Assim, para a autora (ORTIZ, 2005, p. 179), a imparcialidade seria a chave mestra da função jurisdicional, a garantia em torno da qual se conforma a ideia global de um juízo justo e de um princípio universal de justiça.

Diante disso, questiona-se: se o próprio CPP mantém, em contrário ao estabelecido na Constituição, diversos mecanismos que permitem liberdade de iniciativa probatória do juiz, fulminando, por via de consequência, a garantia da jurisdição imparcial, que se revela o ponto central de um Estado Democrático de Direito, como afirmar que o nosso sistema processual penal é mesmo o acusatório?

Na concepção de Aury Lopes Jr. (2019, p. 53), “todas essas questões giram em torno do tripé sistema acusatório, contraditório e imparcial-

lidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório”. Desse modo, se permitida a iniciativa probatória ao juiz, já se verifica um desfalque no tripé, violando as condições para a existência de um sistema acusatório.

A par de não se digredir com maior vagar sobre as divergências doutrinárias a respeito da classificação do sistema processual penal brasileiro, entende-se que a Constituição claramente fixou o sistema acusatório como sistema a ser adotado pela nossa legislação processual penal, razão pela qual se compreende esse como sendo o modelo admitido no ordenamento jurídico pátrio.

Todavia, como visto, inegável a existência de sérias incongruências contidas no CPP, as quais obstaculizam a efetivação dos princípios constitucionalmente positivados, razão pela qual mais do que necessária se faz a reestruturação daquele.

Passados mais de 30 anos da nova ordem constitucional, poucas mudanças significativas foram implementadas no CPP, a fim de adequá-lo à sistemática acusatória. Após a minirreforma processual penal havida no ano de 2008, a aprovação do Pacote Anticrime, no final de 2019, possivelmente foi a reforma legislativa que mais minimizou as incompatibilidades da legislação processual com a Constituição.

Especialmente no que tange à preservação da imparcialidade na jurisdição penal, a referida Lei, ao instituir o denominado Juiz de Garantias em seu art. 3º-A e seguintes, a ser explorado com maior miudeza em tópicos seguintes, possibilitou condições para que a imparcialidade deixe de ser apenas uma fábula no processo penal e passe a, de fato, permear a condução da processualística penal brasileira observando o disposto na Constituição.

Esclareça-se, ainda, que a busca pela imparcialidade estabelecida pelo sistema acusatório não se confunde com uma exigência de neutralidade. Isso porque a primeira é uma construção jurídica criada para garantir a equidistância do juiz das partes, evitando a confusão entre as funções de julgar e acusar, principalmente. Já a segunda é algo inalcançável por parte de qualquer pessoa, que como tal é dotada de subjetividades inerentes à sua própria condição humana, sendo impossível a separação total de impressões prévias decorrentes do meio social em que habita, dentre outros fatores psíquicos complexos, para conduzir o processo.

Desse modo, o que se busca alcançar quando se fala em imparcialidade é o máximo distanciamento possível da subjetividade do juiz “para que nenhuma parte seja beneficiada em detrimento da outra, mesmo que involuntariamente” (RITTER, 2016, p. 56).

Revela-se, pois, que a imparcialidade da jurisdição é o maior pilar estrutural para a concretização de um processo penal constitucional e democrático, como dizia Goldschmidt (1935, p. 8), é o Princípio Supremo do Processo. É ela que dá lugar à observância das garantias do réu, como a ampla defesa e o contraditório, além de protegê-lo contra eventuais abusos pautados na subjetividade do juiz, já que o sistema acusatório impõe o distanciamento do juiz da iniciativa probatória, o que, caso permitido, derradeiramente acabaria por vincular psicologicamente o juiz ao resultado final do processo.

Isto porque a postura de um juiz inquisidor conduz a irremediáveis pré-julgamentos que geram imensos prejuízos cognitivos para o exercício da jurisdição (LOPES JR.; RITTER, 2016, p. 59). Em complemento, Calamandrei (1982, p. 50) externa a mesma preocupação, ao aludir que “a inércia é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é: de imparcialidade. Agir significa tomar partido”. E por juiz inerte, não se deve ter em mente o juiz desidioso. A inércia, aqui, se dá exclusivamente em relação à atividade probatória, não ao impulso processual, vez que a razoável duração do processo também é garantia do acusado.

Desse modo, a fim de corroborar cientificamente os prejuízos à imparcialidade da jurisdição penal que decorrem da postura de um juiz inquisidor, diretamente envolvido com a iniciativa probatória, bem como do critério de prevenção do juiz que tenha oficiado na fase pré-processual, e ao mesmo tempo no escopo de confirmar a real necessidade do Juiz das Garantias, há de se estudar a denominada teoria da dissonância cognitiva, a qual tem o condão de evidenciar os processos psicológicos que interferem na tomada de decisões dos juízes nessas condições.

3. A imparcialidade no processo penal sob a ótica da teoria da dissonância cognitiva

A teoria da dissonância cognitiva foi fruto de pesquisas empreendidas na década de 1950 por Leon Festinger, professor de Psicologia Social da Universidade de Stanford, campo de estudo cuja área de conhecimento abrange as influências sociais que moldam a cognição e o comportamento humano (MYERS, 2014, p. 28).

Festinger (2019, p. 12 e 18) adotou como objeto de estudo a tensão psicológica gerada na cognição de um indivíduo ao se deparar com pensamentos, opiniões, crenças ou atitudes contraditórias sobre um aspecto de maior relevância para si, o que denominou de dissonância cognitiva, buscando confirmar a tese de que, a partir deste estado de

desconforto, o indivíduo passaria a adotar processos involuntários, e, portanto, inevitáveis, a fim de retornar ao estado de coerência, qual seja, de cognições consonantes (compatíveis, correspondentes) entre si.

Em outras palavras, a dissonância cognitiva surge quando o indivíduo toma consciência de inconsistências lógicas entre conhecimentos, ideias ou ações, o que finda por acarretar pressões cognitivas no sentido de eliminar ou reduzir a dissonância experimentada, mesmo que o indivíduo sequer perceba que assim está agindo, mediante mudanças de comportamento e de cognição, bem como processos de evitação de contato com situações que possam aumentá-la, ou ainda, busca de novos elementos informativos a respaldar a cognição divergente que gerou dissonância (FESTINGER, 1975, p. 22-23).

Para o autor da referida teoria, pois, seu ponto central tratou de verificar duas hipóteses. A primeira: “existindo dissonância cognitiva haverá também uma pressão involuntária e automática para reduzi-la”; e a segunda: “quando há essa dissonância, além da busca pela sua redução, há também um processo de evitação ativa de contato com situações que possam aumentá-la” (RITTER, 2016, p. 87-88).

A título de exemplo tem-se o experimento produzido por Festinger (1975, p. 70-80) em relação ao fumante habitual, o qual detém plena consciência de que o ato de fumar é nocivo à saúde e, ainda assim, continua fumando sem o desejo de se matar, gerando, pois, dissonância entre o conhecimento existente e a atitude tomada, tendo chegado às seguintes conclusões a respeito do assunto:

Esse conhecimento é certamente dissonante com a cognição de que continua a fumar. Se estiver certa a hipótese de que haverá pressões para reduzir essa dissonância, o que se esperaria que essa pessoa faça? 1. Ela poderá simplesmente mudar a sua cognição sobre o seu comportamento modificando as suas ações; isto é, poderá deixar de fumar. Se já não fuma mais, então a sua cognição do que faz é consonante com o seu conhecimento de que o fumo é nocivo à saúde. 2. Ela poderá mudar os seus ‘conhecimentos’ sobre os efeitos do fumo. Isso parece ser uma forma algo peculiar de expressá-lo, mas traduz perfeitamente o que deve acontecer. A pessoa talvez acabe por acreditar, simplesmente, que o fumo não tem quaisquer efeitos deletérios ou por adquirir tantos ‘conhecimentos’ sobre os bons efeitos do fumo que os aspectos nocivos tornar-se-ão desprezíveis. Se conseguir mudar o seu conhecimento de uma ou outra dessas maneiras,

terá reduzido, ou mesmo eliminado, a dissonância entre o que faz e o que sabe.

O referido experimento fundamenta, pois, a teoria elaborada por Festinger, em relação a qual o indivíduo busca tomar atitudes, na maioria das vezes involuntariamente, a fim de reduzir o estado de dissonância proporcionado por cognições antagônicas, seguindo a lógica de que, quanto mais importante os elementos dissonantes forem para o indivíduo, maior será a dissonância experimentada e, por via de consequência, mais intensos serão os processos de evitação e redução referidos.

No entendimento de Flávio Andrade da Silva (2019, p. 1.658) sobre o assunto, “quanto mais comprometido se está com uma ideia ou crença, mais difícil é abandoná-la, mesmo que surjam evidências fortes em sentido contrário” e arremata aduzindo que, mesmo que “sejam confrontadas as razões que levaram a uma decisão, a pessoa tende a apresentar novas informações justificadoras de seu agir ou pensar”.

Não se pretende, todavia, exaurir o estudo de todos os tipos de processos involuntários aos quais os indivíduos se submetem com o fito de alcançar um estado de harmonia interna, mas sim a análise de dois importantes fenômenos cognitivos, os quais se atrelam mais fortemente à questão da jurisdição imparcial, ocorridos tanto no azo da tomada de decisões (dissonância pós-decisória), quanto nas situações oriundas do contato inicial com uma dada situação ou pessoa (dissonância pós-primeira impressão), o que também encontra respaldo no estudo relativo ao efeito primazia, realizado com base na teoria de Festinger.

Quanto ao primeiro fenômeno, também estudado por Festinger (1975, p. 40), a dissonância cognitiva seria um efeito inevitável sobre qualquer tomada de decisões por parte de todo indivíduo. A pesquisa de Danuta Elrich, Isaiah Guttman, Peter Schönbach e Judson Mills (1957, p. 102), aliás, corroborou a conclusão alcançada por Festinger ao investigar a situação comportamental na qual dois sujeitos eram chamados a decidir quanto à aquisição de automóveis diferentes, se vendo obrigados a optar por um deles.

O estudo revelou que, após a tomada de decisão em relação ao veículo A ou B, os compradores passaram a se interessar mais por anúncios que exaltavam as características do veículo adquirido, reduzindo assim a dissonância produzida pelos elementos cognitivos favoráveis ao veículo rejeitado. Demonstrou-se, assim, o surgimento da dissonância pós-decisória, já que sempre que houver a escolha por uma opção,

existirão elementos consonantes à cognição do indivíduo que estarão sendo rechaçados, criando natural divergência, e, logo, tensão cognitiva.

Isso significa dizer que “após a decisão, todos os bons aspectos da alternativa preterida e todos os maus aspectos da alternativa adotada são dissonantes em relação ao que se decidiu” (FREEDMAN; CARLSMITH; SEARS, 1977, p. 359). Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter (2016, p. 70) pontuam que decidir não é apenas fazer uma escolha, indo muito além, ao “assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que a contrariar produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não foi possível, deturpado, em prol da decisão tomada”.

Daí, questiona-se: qual seria o impacto do estudo acima sobre o ofício dos juízes com jurisdição criminal, cuja própria função é tomar decisões em todas as demandas a si apresentadas, até mesmo antes de ser instaurada a própria ação penal?

Suponhamos o caso em que o juiz é chamado a decidir medida de caráter cautelar, em sede de inquérito policial, tal como a quebra de sigilo de dados telefônicos, ou, ainda, a decretação de prisão preventiva do agente. Seguindo a dialética do estudo acima, com base na teoria da dissonância cognitiva, ainda que o juiz esteja atuando em cognição sumária, será inevitável a experimentação de dissonância cognitiva ao, em sede de cognição exauriente, deparar-se com elementos informativos que contrariem a sua decisão anteriormente tomada, sem falar nos processos involuntários aos quais será submetido para evitar, reduzir ou eliminar tudo que seja contrário à sua decisão, fatores esses que fatalmente colocarão em xeque a sua imparcialidade.

E não apenas isso, abrange-se também a questão do juiz inquisidor, que tem participação ativa na busca pela produção de provas. Emerge a situação de que o juiz atuante na produção da prova primeiro decide como certa uma tese para, então, procurar elementos que justifiquem a sua decisão (LOPES JR., 2020, p. 42). Geraldo Prado (2005, p. 158) defende que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.

Prosseguindo, têm-se relevantes resultados obtidos por Solomon Asch (1977, p. 182-183), em cuja pesquisa tratou do que chamou de

efeito primazia, o qual se concentra no fenômeno da percepção de pessoas. No estudo em questão, Asch buscou confirmar a tese de que as concepções posteriores adquiridas sobre um indivíduo são orientadas pelas primeiras impressões tidas sobre ele, isto é, as informações iniciais são responsáveis pelo direcionamento da cognição formada, assim como pelo comportamento que será adotado a partir de então.

A pesquisa de Asch (1977, p. 182-183) se desenvolveu da seguinte forma: colocaram-se dois grupos de características idênticas de uma pessoa imaginada, em diferente ordem, a serem submetidos à análise de duas equipes de indivíduos diferentes. O primeiro grupo trazia atributos na ordem: “inteligente, trabalhador, impulsivo, crítico, teimoso e invejoso”; já o segundo grupo: “invejoso, teimoso, crítico, impulsivo, trabalhador e inteligente”. Demonstrou-se que a equipe, a qual teve contato inicial com o grupo de características no qual as qualidades vinham enumeradas em primeiro lugar, manifestou uma impressão consideravelmente melhor da pessoa imaginada, ao passo que a segunda equipe, cujo contato inicial fora com as características negativas, tendeu a apresentar maior rejeição à pessoa imaginada, tendo o Asch chegado às seguintes conclusões:

As descrições dos estudantes indicam que os primeiros termos estabelecem uma direção, e esta exerce uma influência contínua sobre os últimos termos. Quando se ouve o primeiro termo nasce uma impressão, ampla e não cristalizada, mas dirigida. A característica seguinte está relacionada com a direção estabelecida. A opinião formada adquire rapidamente uma certa estabilidade; as características posteriores são ajustadas à direção dominante, quando as condições permitem.

Desse modo, o efeito acima descrito seria atribuído à manutenção da coerência cognitiva do indivíduo, assim como explicou Festinger em sua teoria. Dada a primeira impressão sobre uma pessoa ou um fato, admitida essa como consonante, o natural seria rechaçar elementos outros que colocassem à prova a categorização anteriormente adotada. Conforme se pode extrair dos estudos de Solomon Asch, é perceptível que até mesmo a atenção sobre as demais informações colhidas posteriormente tende a diminuir quando já se está formada a primeira impressão (HASTORF; SCHNEIDER; POLEFKA, 1973, p. 51; MOYA, 1994, p. 116; MICHENER; DELAMATER; MYERS, 2005, p. 150-151; e RODRIGUES; ASSMAR; JABLONSKI, 2010, p. 64-65).

A propósito, outra não foi a conclusão atingida por Bernd Schünemann ao interligar os estudos da psicologia com o processo penal, examinando a hipótese de que o inquérito policial seria produto de primeiras impressões ao fixar uma imagem unilateral e tendenciosa quanto aos fatos em apuração no inconsciente do juiz, a direcionar o curso do processo, comprometendo, irreversivelmente, a imparcialidade do juiz, tendo em vista que, uma vez fixadas as conclusões extraídas do contato inicial com as investigações preliminares, aquele atuaria no sentido de comprová-las no decorrer da ação penal, repelindo quaisquer dados que gerassem dissonância cognitiva (RITTER, 2016, p. 122).

Para tanto, o pesquisador tratou de analisar quatro hipóteses distintas, dentre as quais se escolhem duas para debater, dada a limitação do presente trabalho, sendo elas: a) (des)conhecimento dos autos do inquérito pelo juiz e sua relação com o resultado final do processo; e b) a ligação entre o (des)conhecimento do caderno inquisitorial e a formulação de perguntas em audiência (SCHÜNEMANN, 2013, p. 209).

A primeira, pois, buscou verificar se o contato inicial sobre o material produzido pela autoridade policial vincularia ou não os juízes psicologicamente e, conseqüentemente, influenciaria no desfecho do processo, ao passo que a segunda intentou comprovar o direcionamento pelas primeiras impressões no decorrer do processo, no sentido de confirmar a cognição já formada em razão do inquérito policial. Eis que, em resumo dos meticolosos testes empreendidos por Schünemann (2013, p. 209), a primeira hipótese proposta pelo pesquisador foi devidamente confirmada, no seguinte viés:

O resultado obtido sugere que, nas mesmas condições fáticas, enquanto conhecendo-se os autos, independentemente da possibilidade de inquirir testemunhas, o juízo final condenatório é muito mais provável que o absolutório (10 para 4, respectivamente, em ambos os grupos 1 e 2), sem tal conhecimento, alterando-se significativamente a estatística, há mais probabilidade de absolvição (13 no grupo 3 e 7 no grupo 4), do que de condenação (4 no grupo 3 e 6 no grupo 4). Inclusive, especificamente em relação aos juízes, pôde-se observar que enquanto todos os 17 que conheciam os autos condenaram, os 18 que desconheciam dividiram-se em absolver (10) e condenar (8), podendo-se considerar confirmada a primeira hipótese.

Do mesmo modo, a segunda hipótese mencionada também foi confirmada, ao se concluir que os juízes que já tinham conhecimento acerca das provas coligidas nos autos do caderno inquisitorial tendiam a inquirir as testemunhas no sentido de corroborar as suas impressões já fixadas pelo contato inicial com o inquérito do que para a obtenção de novas informações, confirmando, assim, que a formulação de perguntas serviu quase que exclusivamente para firmar as cognições já obtidas (SCHÜNEMANN, 2013, p. 212).

Assim, na tentativa de minorar a dissonância cognitiva gerada pelo pré-julgamento já formado quanto à demanda, dado o envolvimento inicial com o inquérito policial, em relação às informações posteriores que contradigam a preconcepção adotada, Schünemann (2013, p. 205-221) alude que ocorrerão dois efeitos. O efeito da inércia ou perseverança, em relação ao qual haverá a superestimação das informações surgidas a corroborar a tese previamente considerada correta, com o conseqüente menosprezo dos elementos dissonantes, e o efeito da busca seletiva de informações, que como o próprio nome traduz, consiste na procura predominante de informações que confirmem a hipótese já decidida como certa. Ao fim e ao cabo, arremata que o juiz nada mais é do que “um terceiro inconscientemente manipulado pelos autos da investigação preliminar”.

Sabe-se que é dado ao juiz, no processo penal brasileiro, prolatar decisões judiciais restritivas de garantias constitucionais na fase pré-processual, quando provocado para tanto, bem como atuar de ofício na produção probatória, como verdadeiro gestor da prova. Por outro lado, demonstrou-se que tal atuação poderá vincular cognitivamente o juiz durante toda a persecução penal, de modo a dirigir a atividade judicial de acordo com a preconcepção obtida em razão das primeiras impressões internalizadas pelo contato com a prova produzida sem o contraditório, com o fim de corroborar tal concepção. Assim, é de se indagar: há ambiente propício à efetiva consecução da garantia constitucional da imparcialidade da jurisdição no processo penal brasileiro?

O cenário se agrava, quando se leva em consideração que o CPP, em seu art. 83, elegeu a prevenção, e não a exclusão, para a determinação da competência do juiz que primeiro tiver contato com a causa, o que costuma ocorrer ainda na fase das investigações preliminares. Afinal, não passaria o processo penal de uma mera simulação de respeito às garantias fundamentais “no qual a presunção de inocência está de cabeça para

baixo, competindo à defesa a prova de que o fato narrado na denúncia não existiu” (RITTER, 2016, p. 125), sobrepondo-se, assim, o poder punitivo estatal sobre a liberdade individual?

Em que pese o aparente cenário desanimador, de impossibilidade de efetivação de princípios constitucionais fundantes do Estado Democrático de Direito, existem soluções há muito pensadas por aqueles que vivenciam tal cenário quotidianamente, tal como a recentíssima implantação da figura do Juiz de Garantias, com o advento da Lei n. 13.964/2019, surgida como medida crucial para solucionar a questão ora debatida, consoante será melhor explanada no tópico a seguir.

4. O juiz de garantias como solução para a existência de condições de imparcialidade do juiz e para um processo penal conforme a Constituição de 1988

A figura do Juiz de Garantias não é assunto tão novo no Brasil quanto a alguns possa parecer. Desde 2009, vem se debatendo, no meio jurídico, a real necessidade de sua implementação, que culminou na elaboração do Projeto de Lei n. 8.045/2010, o qual visava à reforma do CPP, trazendo a previsão do juiz garantidor.

Em que pese o referido projeto ter sido deixado à margem por anos pelo Poder Legislativo, eis que, no ano de 2019, a citada figura é inserida na Lei Federal n. 13.964/19, a qual trouxe uma série de mudanças em dispositivos tanto no CPP quanto no Código Penal, tendo recebido a denominação de Pacote Anticrime.

A previsão do Juiz de Garantias é disciplinada nos arts. 3º-A a 3º-F do CPP, estruturando-se sobre a separação de competências entre o juiz que se responsabilizará exclusivamente pelos autos da investigação preliminar (fase pré-processual), atuando como garantidor dos direitos individuais e controlador da legalidade dos atos investigativos, e o juiz que irá processar e julgar a ação penal (fase processual) (MOSCATELLI; ARIANO, 2020, p. 17). Ao juiz, não mais seria dado agir de ofício na produção de provas em quaisquer das duas fases acima citadas, consoante preconiza o disposto no art. 3º-A, o qual estabelece que o processo penal terá estrutura acusatória, sendo “vedadas a iniciativa do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Conforme repassado no segundo tópico deste artigo, o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, característica fundamental do sistema acusatório, é agora concretizado em nosso sistema processual penal brasileiro, como

se pode extrair do artigo acima mencionado, sem deixar margem para qualquer tipo de dúvida, razão pela qual se entende que os dispositivos constantes do CPP que conferiam ao juiz postura ativa na gestão da prova foram tacitamente revogados.

Aliás, assim entende Aury Lopes Jr. (2020, p. 249), para quem “o correto e adequado é reconhecer a revogação tácita do art. 156 (e do art. 385 e tantos outros na mesma linha) e a absoluta incompatibilidade com a matriz acusatória constitucional e a nova redação do art. 3^a-A”.

Outrossim, dentre as competências atribuídas ao Juiz de Garantias, no art. 3^a-B do CPP, estão, em síntese: a) decidir sobre requerimento de prisão provisória; b) decidir sobre requerimentos de decretação de interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário ou fiscal, busca e apreensão, e outras medidas invasivas de direitos individuais; c) julgar *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; d) decidir sobre o recebimento da denúncia ou da queixa.

Vê-se, pois, que todas as medidas que eram relacionadas à vinculação psicológica do juiz antes mesmo da instauração da ação penal, prejudicando irreversivelmente a sua imparcialidade na condução do processo, como explanado no tópico anterior, foram incumbidas ao Juiz de Garantias, preservando-se, assim, a originalidade cognitiva do juiz que irá acompanhar o processo que eventualmente se instaurará.

Além disso, extrai-se do § 2^o, do art. 3^o-B, que ao juiz de instrução e julgamento é dado reexaminar as medidas decretadas pelo Juiz de Garantias, com o fito de apreciar a necessidade de mantê-las em curso, o que endossa, mais uma vez, a maior possibilidade de um olhar, de fato, imparcial sobre as medidas então decretadas pelo seu antecessor, circunstância que, por sua vez, garante ao réu a fiel observância de suas garantias individuais, na medida em que há a possibilidade de revisão, por juiz distinto, de medidas contra si decretadas.

Desse modo, tais elementos representam a superação da defasada previsão antes trazida pelo art. 83 do CPP, transmutando o critério de *prevenção* de competência em *exclusão* de competência, ao determinar a impossibilidade de um mesmo juiz atuar nas fases pré-processual e processual de uma mesma ação em curso. Assim, dá-se mais um passo em direção a um processo penal democrático e conforme a Constituição de 1988, vez que se trata de outro mecanismo a salvaguardar a imparcialidade do juiz.

Vedada a participação do mesmo juiz na investigação preliminar e na fase judicial, afastam-se as conclusões da pesquisa de Bernd Schünemann,

quais sejam, a inafastável ocorrência do efeito inércia ou perseverança e o efeito da busca seletiva de informações sobre o indivíduo.

Isso permite que o juiz do processo atue livre de qualquer vinculação cognitiva sobre atos que tenha praticado anteriormente, evitando, também, a provável orientação de comportamento no sentido de confirmar teses previamente aceitas como verdade ao entrar em contato com o material produzido unilateralmente na fase investigativa, além de possibilitar o maior reconhecimento de erros judiciais cometidos pelo Juiz de Garantias. Lívia Mocatelli e Raul Ariano (2020, p. 19) entendem que o juiz do processo será “dotado de maior potencial de imparcialidade, visando garantir superior visibilidade do exercício de um efetivo direito à defesa nesta fase processual”.

É certo que, por décadas, se conviveu com o paradoxo traduzido na ilusão de que um mesmo juiz pudesse tomar decisões de caráter complexo e invasivo de direitos individuais em sede de investigação preliminar e, ao mesmo tempo, atuar com imparcialidade suficiente para garantir um contraditório real e efetivo na fase judicial (RITTER; LOPES JR., 2020, p. 29).

Paralelamente, por vezes, se viu situações nas quais juízes atuavam de forma ativa em investigações criminais, fazendo reuniões com policiais antes das operações, decretando medidas assecuratórias de ofício (SILVA; BONATO, 2018, p. 14), chegando-se ao cúmulo de combinar estratégias com o próprio órgão acusatório, como fora amplamente divulgado pelo veículo *The Intercept*, no azo da Operação Lava-Jato.

Ruiz Ritter e Aury Lopes Jr. (2020, p. 29) apregoam que na realidade do processo penal vigente “a defesa sempre entra correndo atrás de um imenso ‘prejuízo cognitivo’. Ela sempre chega à fase processual em desvantagem e, não raras vezes, já perdendo por um placar cognitivo negativo (no sentido de imagem mental e convencimento do juiz) considerável, quando não irreversível”, tendo sido essa, como se vê da análise da nova legislação até agora, uma das maiores mudanças trazidas pela criação do Juiz de Garantias, figura essa que tende a liberar os juízes das amarras psicológicas que feriam de morte a imparcialidade da jurisdição e, conseqüentemente, comprometiam o resultado final do processo.

A figura, aliás, existe em diversos outros ordenamentos jurídicos, ainda que sua formatação varie de acordo com a realidade de cada país, a exemplo do que se vê na França, Espanha, Itália, Alemanha, México,

Chile e Colômbia. Nesse último, o chamado *juez del control de garantías* é responsável por controlar a atividade estatal, no que se refere à limitação de direitos fundamentais, busca da verdade e encontro de provas, sendo, pois, guardião dos direitos e garantias fundamentais das pessoas que sofrem intervenção do poder punitivo estatal, tornando essa intervenção, inclusive, mais legítima (ARANGO, 2010, p. 232).

Não há que se falar, portanto, em privilégio aos direitos fundamentais individuais em prejuízo dos sociais, pois, ao se possibilitar mecanismos que garantam a observância daqueles durante todas as fases da persecução penal, é justamente essa persecução estatal que ganhará em legitimidade, culminando não só em absolvições, como se quer fazer crer, mas em condenações mais justas e menos susceptíveis de reforma, atendendo, em última análise, ao interesse social de que haja efetiva repressão ao cometimento de delitos.

Ademais, outra modificação originada pela Lei n. 13.964/2019, foi a previsão trazida pelo art. 3º-C, § 3º, o qual institui a exclusão física do inquérito policial (ou qualquer outra investigação preliminar) dos autos do processo, nos seguintes termos:

§ 3º. Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Depreende-se, pois, da referida normativa que o juiz do processo deve ficar alheio em relação ao material produzido unilateralmente na fase preliminar, quedando-se esse, todavia, à disposição das partes a quem compete a gestão da prova, sob pena de tornar ineficaz a própria ideia de preservação da imparcialidade trazida pela figura do Juiz de Garantias. Ritter e Aury Lopes Jr. (2020, p. 30) asseveram que “se realmente queremos um processo penal sério e com qualidade epistêmica da prova e cognitiva por parte do juiz, não apenas é preciso separar os juízes, senão que precisamos efetivamente separar ‘o material produzido em cada fase’”.

Tal inovação legislativa, na visão de Aury Lopes Jr. (2020, p. 234), seria uma das maiores “(r)evoluções na estrutura do processo penal

brasileiro com vistas ao abandono do modelo inquisitório e à máxima eficácia da imparcialidade e da originalidade cognitiva do juiz, que não mais terá contato com os atos do inquérito”. Isso porque, à luz da teoria da dissonância cognitiva e do efeito primazia, bem como dos demais estudos da psicologia aqui analisados, o simples contato do juiz com o acervo probatório produzido à míngua do contraditório já é capaz de macular a sua originalidade cognitiva.

Essa contaminação evidencia-se ao se considerar que o juiz, quando entra em contato com elementos probatórios produzidos pela polícia judiciária, (in)conscientemente forma concepções acerca daquele material e, ao entrar em contato com informações que as contradigam, automaticamente gera-se a dissonância cognitiva, momento a partir do qual o indivíduo passará a adotar processos de evitação e redução dessa dissonância, ainda que involuntariamente, tal como discutido no tópico anterior.

Do mesmo modo, o contato primário com esse tipo de prova produzida de forma unilateral gera primeiras impressões que serão responsáveis por orientar a cognição/comportamento do juiz por tempo indeterminado, direcionando o curso das informações posteriores, de forma a adequá-las à impressão inicial. Daí, a razão pela qual a referida previsão legislativa também foi bastante celebrada por aqueles que defendem um processo penal acusatório-constitucional, posto que não só se separou as competências dos juízes em relação às fases processuais, como também se evitou o contato com material capaz de gerar prejuízos cognitivos ao juiz, garantindo condições à imparcialidade do juiz por todos os vieses.

Em que pesem todas as inovações ora discutidas, dispostas nos arts. 3º-A e seguintes da Lei n. 13.964/2019, as quais traziam em seu corpo mecanismos aptos a finalmente solucionar a questão da simples aparência de imparcialidade existente no ordenamento jurídico, bem como serviam a adequar o processo penal brasileiro à base principiológica constitucional, o forte movimento contrarreformista embalou a propositura de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, de n. 6298, 6299, 6300 e 6305, além de nota de repúdio pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

Em um primeiro momento, em 15 de janeiro de 2020, o Ministro Dias Toffoli, no exercício da presidência do STF, suspendeu a eficácia dos artigos que tratam do Juiz das Garantias pelo prazo de 06 (seis) meses.

No entanto, no dia 20 de janeiro de 2020, o Ministro Luiz Fux determinou a suspensão por prazo indeterminado, no bojo de todas as ADIs propostas, sob o fundamento de que, em análise preliminar, a alteração feriria a autonomia organizacional do Poder Judiciário, pois alteraria a divisão e a organização dos serviços judiciários de forma substancial, além de que traria impacto financeiro relevante para os cofres públicos. Sobre o assunto, Aury Lopes Júnior e Ruiz Ritter (2016, p. 83) criticam:

(...) não podem ser mais desprezíveis as críticas a sua implementação fundadas em demandas estruturais-orçamentárias, como se pudesse se tolerar uma prestação jurisdicional deficiente por falta de recursos do Estado. Ora, ter uma jurisdição imparcial (por mais redundante que seja a expressão) é pressuposto para se ter Estado de Direito. E no Brasil, aliás, é estrito cumprimento da ordem constitucional, que já vigora há mais de 20 anos. Sem falar que a “falta”, sendo constitutiva, sempre existirá, não podendo servir de fundamento para se justificar a omissão do Estado no seu dever de estruturar-se para atender à realidade posta. Ademais, não se pode mais tolerar como ‘normal’ o ‘anormal’ funcionamento do sistema de administração de justiça. E, os próprios argumentos de insuficiência estrutural também são frágeis, pois existem formas de contornar-se o problema. Há diversas sugestões para a implantação do novo instituto sem maiores investimentos, do que são exemplos a regionalização do juiz das garantias (de modo que um único juiz garante atenda um grupo de comarcas próximas); a implantação do inquérito online ou pelo sistema de processo eletrônico; a distribuição cruzada quando houver um juiz criminal e um cível; sua concretização progressiva, no sentido capital-interior (iniciando nas entrâncias finais até se chegar as iniciais, que contam com um só juiz), de forma semelhante ao que foi feito no Chile, quando implementado o novo CPP chileno (lá na direção inversa, interior-capital); enfim, soluções existem, basta um mínimo de vontade para levá-las adiante.

Lívia Moscatelli e Raul Ariano (2020, p. 19) aduzem que a argumentação utilizada pelo Ministro Luiz Fux é recorrente em muitos casos, como se deu na oportunidade do debate da implantação das audiências de custódia, não se ignorando que dificuldades de implementação, sejam financeiras ou estruturais, sempre irão existir, a exemplo também da Defensoria Pública, constitucionalmente garantida, mas que até hoje não possui alcance suficiente, principalmente no interior dos Estados.

Concluem que “essas dificuldades, no entanto, não devem ditar o ‘dever ser’ do planejamento de uma legislação mais aperfeiçoada, compatível com os princípios democráticos e alinhada ao sistema acusatório.”

Outrossim, na visão de Marcelo Oliveira da Silva (2020), ao se estabelecer o Juiz de Garantias, a Lei n. 13.964/2019 não fixou regras que ultrapassassem os limites da organização judiciária, em relação às quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (art. 96, CF), mas sim trouxe a responsabilidade pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, no escopo de regulamentar o princípio acusatório estabelecido pelo constituinte originário, isto é, “não há que se falar em inconstitucionalidade formal da norma por vício de iniciativa. Aos tribunais, caberão estruturarem-se para implantação dos órgãos judiciais com competência estabelecida para o Juiz das Garantias”.

Vê-se, pois, que o Congresso Nacional compreendeu a real necessidade de se empreender uma filtragem constitucional em relação a dispositivos do CPP que ainda mantinham caráter estritamente inquisitório, com o fito de garantir o sistema acusatório, a imparcialidade do juiz e o contraditório. No entanto, ainda há um ranço inquisitório enraizado em muitos operadores do direito.

O fato é que, enquanto não se efetivar a implementação do Juiz de Garantias, isto é, o estabelecimento de dois juízes diferentes para as fases pré-processual e processual, garantindo-se, assim, a originalidade cognitiva desses, bem como com a exclusão física do inquérito policial (e qualquer outro tipo de investigação preliminar) dos autos principais, “o processo penal brasileiro não passará de um jogo de cartas marcadas e de um faz de conta que existe contraditório” (RITTER; LOPES JR., 2020, p. 30). Vale dizer, sem a imparcialidade da jurisdição, não há como existir o respeito ao equilíbrio entre as partes e ao princípio da *par conditio*, e, por via de consequência, o processo penal será um teatro a cumprir com os anseios punitivistas em sobreposição às garantias constitucionais.

5. Conclusão

Vislumbrou-se, inicialmente, que a Constituição de 1988 instituiu uma reforma democrática no país, consagrando o sistema acusatório a ser adotado no processo penal brasileiro, cujo princípio orientador seria o dispositivo, colocando a gestão da prova nas mãos das partes e

atribuindo ao juiz a função de terceiro imparcial, sento tal característica verdadeiro pilar estruturante do novo sistema.

Em que pesem as reformas trazidas pela Constituição, o CPP manteve inúmeros dispositivos de matriz essencialmente inquisitória, como o artigo 156, o qual possibilitava ao juiz a participação ativa na produção probatória. Além disso, também lhe era permitida a decretação de medidas assecuratórias de ofício e até mesmo a decretação de prisões cautelares independentemente de requerimento das partes, medidas essas que iam de encontro com os ditames constitucionais-democráticos, posto que colocariam em xeque a garantia da imparcialidade da jurisdição, e, logo, o contraditório e ampla defesa.

Foi visto, também, que a manutenção da previsão do art. 83 do CPP, o qual determina como critério de prevenção e não de exclusão de competência o contato prévio de um juiz com os autos na fase pré-processual também traria prejuízos irremediáveis à imparcialidade do juiz, influenciando cognitivamente na sua concepção sobre o processo e fazendo com que atue para reduzir eventuais dissonâncias que lhe sejam apresentadas.

Analisou-se, ainda, a contribuição de estudos da psicologia para corroborar e fundamentar os prejuízos à cognição dos juízes, nos casos acima citados, tornando quase impossível a existência de real e efetiva imparcialidade da jurisdição. Revelou-se, pela teoria da dissonância cognitiva de Festinger, que, após a tomada de decisão por parte do juiz, ao deferir ou indeferir medida cautelar requerida em sede preliminar, iniciar-se-iam processos cognitivos involuntários para reduzir ou eliminar qualquer outro conteúdo de informações capazes de gerar dissonância cognitiva com o previamente decidido pelo juiz.

Também foram explanadas as pesquisas de Solomon Asch e Bernd Schünemann. Enquanto o primeiro cunhou o chamado efeito primazia; o segundo, ao estudar a cognição especificamente na área jurídica, revelou o efeito inércia ou perseverança e o efeito da busca seletiva de informações. Em relação ao efeito primazia, foi possível examinar que as primeiras impressões são capazes de vincular psicologicamente o indivíduo e direcionar a cognição formada. Schunemann pôde apontar, a partir de seus experimentos, que o efeito da inércia ou perseverança trata da superestimação das informações surgidas a corroborar a tese previamente considerada correta, com o conseqüente menosprezo dos elementos dissonantes. Já o efeito da busca seletiva de informações, como

próprio nome traduz, consiste na procura predominante de informações que confirmem a hipótese já decidida como certa.

Tudo isso teria desdobramentos e implicações na participação do juiz na fase inquisitorial. Uma vez em contato inicial com o material probatório produzido sem o crivo do contraditório, o natural processo cognitivo a ocorrer seria a vinculação psicológica do juiz às suas primeiras impressões. Assim, tenderia a superestimar informações surgidas que as corroborassem, bem como a direcionar sua conduta posterior à conciliação com as impressões iniciais, o que macula a imparcialidade do juiz.

Após anos de debates sobre a questão da simples aparência de imparcialidade no processo penal, eis que foi instituída a figura do Juiz de Garantias pela Lei n. 13.964/2019, nos arts. 3º-A a 3º-F do CPP. A inovação maior consiste, em suma, na separação da competência entre o juiz que irá acompanhar a fase preliminar de investigação, servindo como garantidor de direitos individuais e exercendo o controle de legalidade dos atos investigativos, e o juiz que presidirá o processo na fase de instrução, alheio a qualquer permissivo de interferência na atividade probatória.

Infelizmente, embora urgentes e extemporaneamente aprovadas, tais mudanças legislativas tiveram sua eficácia suspensas pelo STF, prevalecendo a herança inquisitória sobre uma das mais caras garantias constitucionais, a imparcialidade da jurisdição.

Em conclusão, afinal, para que serve o Juiz de Garantias?

Vistas e analisadas todas essas questões, ressurte claro que a figura do Juiz de Garantias se demonstra essencial para que se possa alcançar um processo penal, de fato, acusatório, e, portanto, conforme a Constituição. Além disso, confere efetivas condições de existência de imparcialidade da jurisdição no processo penal, ao preservar a originalidade cognitiva do juiz que acompanhará o processo, que não mais servirá de “terceiro inconscientemente manipulado” pela tese acusatória.

Referências

ANDRADE, Flávio da S. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.227>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

ARANGO H., María Isabel. A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación: Comentario a la sen-

tencia de tutela de la Sala de Casación Penal de la CSJ, del 22 de septiembre de 2009, radicado 44103. *Revista Nuevo Foro Penal*, Medellín, v. 6, n. 75, p. 231-242, jul/dez 2010. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3855832.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2020.

ASCH, Solomon E. *Psicologia social*. 4ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 1764. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 6ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora. 1982.

COLAO, Floriana. Processo penale e publica opinione dall'età liberale al regime fascista. In: GARLATI, Loredana (coord.) *L'inconscio inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processual penalistica italiana*. Milão: Giuffrè, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ERLICH, Danuta; GUTTMAN, Isaiah; SCHÖNBACH, Peter; MILLS, Judson. Postdecision exposure to relevant information. *The journal of abnormal and social psychology*. Boston, v. 54, p. 98-102, mar., 1957. Disponível em: <<https://doi.org/10.1037/h0042740>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merril; SEARS, David O. *Psicologia social*. 3ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1977.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

HASTORE, Albert; SCHNEIDER, David J.; POLEFKA, Judith. *Percepção de pessoa*. São Paulo: Editora Edgard Blücher e Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz de garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Duc In Altum Cadernos de Direito*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 55-91, set-dez. 2016. Disponível em: <<https://www.faculadadedamas.edu.br/revista-fd/index.php/cihjur/article/download/397/381>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel J. *Psicologia social*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MOSCATELLI, Livia. ARIANO, Raul. Juiz de Garantias: a onda democrática em meio à maré do punitivismo rasteiro. *Boletim Especial IBCCRIM*. São Paulo, ano 28, n. 330, p. 17, maio 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/292>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MOYA, Miguel. Percepción social y de personas. In: MORALES, J. Francisco (coord.). *Psicología social*. Madrid: McGraw-Hill, 1994.

MYERS, David G. *Psicologia Social*. 10ª ed. Trad. de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014.

OLIVA SANTOS, Andrés. *Jueces Imparciales, Fiscales “Investigadores” y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias – PPU, 1988.

OLIVEIRA, Marcelo. *Porque temer o juiz das garantias?* 2020. Disponível em: <<https://amaerj.org.br/noticias/opiniaio-marcelo-oliveira-analisa-em-artigo-a-figura-do-juiz-das-garantias/>>. Acesso em: 09 mai. 2020.

ORLANDI, Renzo. La giustizia penale. In: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma: Instituto della Enciclopedia italiana, 2012. Disponível em: <[https://www.treccani.it/enciclopedia/la-giustizia-penale_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/>](https://www.treccani.it/enciclopedia/la-giustizia-penale_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/>). Acesso em: 24 abr. 2021.

ORTIZ, María Isabel. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21º Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito,

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

RITTER, Ruiz; LOPES JR., Aury. *Juiz de Garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva...* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/juiz-garantias-fim-faz-conta>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Felipe Augusto Marinho. BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. A figura do juiz das garantias no projeto do novo código de processo penal. *Actio Revista de Estudos Jurídicos*. Paraná, v. 2, n. 28, jul/dez 2018. Disponível em: <<http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/download/116/110>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro*. EMÉRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan - fev. 2015.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Juiz das Garantias: o inquérito policial deve compor os autos do processo? *Revista de doutrina e jurisprudência*. Brasília, n. 55, ano 111. p. 10-27. jul/dez 2019. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/download/582/95>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

LEI ANTICRIME E O BANCO DE DADOS GENÉTICOS: A EXPANSÃO DA VIGILÂNCIA E A FALTA GRAVE NA EXECUÇÃO PENAL

ANTICRIME LAW AND THE NATIONAL DNA DATABASE: THE SURVEILLANCE EXPANSION AND THE DISCIPLINARY PUNISHMENT OF THE EMPRISONMENT'S LAW

Hélio Peixoto Júnior*

Lívia Yuen Ngan Moscatelli**

Data de recebimento: 15/03/2021

Data de aceite: 27/04/2021

Última versão do autor em: 10/05/2021

Resumo: O presente artigo busca analisar os impactos da Lei Anticrime na consolidação do Banco Nacional de Perfis Genéticos no Brasil. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, serão tensionadas algumas questões relacionadas ao uso da prova de DNA no direito pátrio e estrangeiro, à inserção da nova hipótese de falta grave em face do apenado que se

* Mestre em Direito na USP, pelo Departamento de Direito Processual, subárea de Processo Penal. Pós-graduado em Processo Penal pela Universidade de Coimbra (IDPEE/IBCCRIM). Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), em parceria com a Faculdade de Direito da USP. Advogado criminalista.

** Mestranda em Direito na USP, no Departamento de Direito Processual, subárea de Processo Penal e aluna do master de raciocínio probatório pela Universitat de Girona (UDG) na Espanha. Pós-graduada em Direito Penal pela Universidade de Coimbra (IDPEE/IBCCRIM). Graduada em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Advogada criminalista.

nega a realizar o procedimento de identificação genética e ao aumento da vigilância estatal em face dos indivíduos.

Palavras-chave: Pacote Anticrime; Banco Nacional de Perfis Genéticos; direitos fundamentais; prisão.

Abstract: The article proposes a discussion about the impact of Anti-crime Law on the consolidation of the National DNA database. Using a bibliographic methodology, this article intends to analyze some implications of DNA evidence in criminal prosecutions both in Brazil and foreign jurisdictions; the introduction of penalties for those who refuse to submit to the compulsory collection of DNA samples, such as the state surveillance increasement.

Keywords: Federal Act no. 13.964/2019; National DNA Database; fundamental rights; imprisonment.

Sumário: 1. Introdução; 2. Razões para o uso da prova por DNA e a implantação banco de perfis genéticos; 3. Tratamento do DNA e dos bancos de dados no Direito estrangeiro: ordenamentos nacionais e o sistema europeu de Direitos Humanos; 4. Regulamentação da prova por DNA e a criação do Banco de Dados no Brasil; 5. Alterações na Lei de Execução Penal com a implementação do perfil genético; 6. Duas décadas para a exclusão do perfil genético; 7. Conclusões; Referências.

1. Introdução

No apagar das luzes de 2019, no exato dia da véspera de natal, o Brasil foi surpreendido com a sanção da Lei n.º 13.964/19, midiaticamente conhecida como “Pacote Anticrime”. Inovações ocorreram em diversos diplomas legais sobre os mais variados institutos, sendo de especial relevância aquela que se deu quanto ao uso do material biológico para obtenção do perfil genético, prevista nos artigos 7-A a 7-C da Lei n.º 12.037/2009 – a Lei de Identificação Criminal – e no artigo 9-A, § 1.º-A e § 8º da Lei n.º 7.210/1984 – a Lei de Execuções Criminais.

Mesmo que pareça uma novidade, as modificações trazidas apenas contribuíram para verticalizar e reacender uma discussão existente no

Brasil desde 2012, acerca da coleta compulsória de material genético para a inserção no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG).

Uma coisa é certa: apesar de a alteração legal apresentar vários dilemas, evitou-se o pior. Em sua versão original, o “Pacote Anticrime”¹ manifestamente ignorava a complexidade e importância do tema, reconhecida em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837/MG pelo Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento.

A ideia formulada pelo então Ministro da Justiça era a implementação do Banco de Perfis Genéticos para todos os crimes dolosos, incluindo casos de condenações sem trânsito em julgado, o que escancara um fetiche nacional pela expansão do braço penal do Estado, nos moldes mais próximos da realidade dos Estados Unidos da América²: o alargamento da justiça negociada no campo penal³, a candente discussão acerca da privatização dos presídios⁴ e uma estruturação cada vez mais concreta de um banco genético de condenados são apenas alguns exemplos claros disso.

Tendo como mote central a referida alteração legislativa, o presente artigo busca responder como o Banco Nacional de Perfis Genéticos tem se estruturado no Brasil, passando por questões como o uso da prova de DNA na persecução criminal, a previsão de uma nova hipótese de falta grave em face do apenado que se recusa a se submeter ao procedimento de identificação de perfil genético, bem como o prazo de vinte anos para a exclusão das informações do banco de dados.

¹ Em abril de 2019, o então Ministro da Justiça Sérgio Moro assim se manifestou publicamente em uma de suas mídias digitais: “Propomos a extração do perfil genético (DNA) de todo condenado por crime doloso no Brasil. Significa passar um cotonete na boca do preso e enviar o material ao laboratório. Isso passa a compor um banco de dados, como se fosse uma impressão digital”. Moro defende banco de DNA ampliado. *Correio Brasiliense*, Brasília, 21 abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2EmHPmw>. Acesso em: 3 mai. 2021.

² Na criminologia, há uma fértil discussão acerca do controle penal e espraiamento dos tentáculos punitivos pelos mais diversos campos, *expertise* há muito implementada e monetizada pelos Estados Unidos da América. Ver: GARLAND, David. Penal Power in America: Forms, Functions and Foundations. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 129, p. 217-256, 2017.

³ MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan; ARIANO, Raul Abramo. O acordo de barganha e o inexorável avanço da justiça consensual. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 321, p. 16-18, ago. 2019.

⁴ LEMOS, Clécio; PEIXOTO JÚNIOR, Hélio. A prisão pública e a privada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 248, p. 15-16, jul. 2013.

2. Razões para o uso da prova por DNA e a implantação banco de perfis genéticos

É importante compreender o contexto em que a prova⁵ genética se insere. Não é de hoje que se discute a crise e a falta de eficiência na investigação criminal no Brasil, pois convivemos com uma legislação ultrapassada, que pouco se adequou às realidades e urgências atuais da sociedade contemporânea.

Mesmo depois de 80 anos, a estrutura da apuração preliminar permanece idêntica ao do século passado: permeada de atos escritos, burocráticos e cartoriais, pouca atenção é destinada à adequada coleta dos elementos informativos⁶. E o pior, as taxas de resolução dos crimes são baixíssimas: em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, dos 43.123 inquéritos que apuravam homicídios, delito com significativa gravidade e reprovação social, 78% foram arquivados por impossibilidade de se chegar aos possíveis autores. Em geral, a média de esclarecimento de crimes no Brasil varia em torno de 5% a 8%, enquanto esse percentual chega a 65% nos Estados Unidos da América, 80% na França e 90% no Reino Unido⁷.

⁵ Aqui, usa-se o termo “prova” em um sentido amplo, a partir das lições de Antônio Magalhães Gomes Filho: “A prova é entendida como demonstração quando se diz que ela serve para estabelecer a verdade sobre determinados fatos”. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 305.

⁶ Nesse sentido, Michel Misse, em obra oriunda de pesquisa empírica realizada em inquéritos de 5 capitais brasileiras, aponta um fenômeno crítico a situação atual brasileira: “Em geral, mostra-se muito baixa a capacidade de elucidação de crimes graves, como roubo e o homicídio, como também é o de produção de provas periciais em homicídios, um tipo de crime com alto grau de elucidação nos países modernos. Em compensação, verificou-se em todas as delegacias pesquisadas um excesso de papéis e de escrita, visando uma atividade fim - o relatório de investigação - cuja função deveria ser apenas preliminar e administrativa e cujo valor judicial dependerá de sua utilidade nas outras etapas do progresso”. MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010, p. 17. Embora a estrutura seja a mesma, é inegável o avanço na investigação criminal brasileira no tocante aos crimes de colarinho branco, principalmente após 2014, com grande protagonismo da Polícia Federal, aliada a outros órgãos estatais como a Receita Federal, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

⁷ BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público (CNMP). *Estratégia Nacional de Segurança Pública, Meta 2: A impunidade como alvo-Diagnóstico da investigação*

Nos últimos anos, pouquíssimas mudanças foram operadas em relação a esse estágio pré-processual quanto à criminalidade “violenta”. E, quando feitas, as reformas foram incipientes e/ou careceram de racionalidade em sua sistematização⁸. Justamente por isso, constante é a argumentação de que a existência de um banco nacional material genético incrementaria a eficiência na investigação criminal, já que, com ele, os autores dos delitos seriam mais facilmente identificados, a partir do cruzamento das informações armazenadas com o material genético encontrado na cena do crime⁹.

O *ácido desoxirribonucleico* (DNA), descoberto por James Watson, Maurice Wilkins e Francis Crick, admitido para uso forense somente em 1984¹⁰, está quase em todo canto: cabelos, manchas de sangue, células de pele, saliva, suor e sêmen. Chapéus, golas das camisas, alças de óculos, garrafas abertas, cobertas e preservativos podem ter sido utilizados pelo real perpetrador do crime¹¹, ou também por qualquer outro sujeito que esteve na cena do crime.

De acordo com KADER, LING e SI, a evidência por DNA pode ser usada de diferentes formas: em primeiro lugar, a colheita do material de DNA pode ser facilmente feita no local, tendo em vista que a atual tecnologia é capaz de identificar o perfil de DNA encontrado na cena do crime com poucas células. Em adição, a investigação criminal pode requerer a comparação desse perfil com outros já armazenados em base de dados apropriada. Por fim, ainda que não seja possível verificar a com-

de homicídios do Brasil. Brasília: CNMP, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3i-X28pc>. Acesso em: 3 mai. 2021.

⁸ Nos últimos anos, sobrevieram contribuições importantes à temática, como a criação da ação controlada, que visa retardar uma intervenção policial no tempo para que ela se concretize em momento mais adequado, como também o agente infiltrado para a tarefa de investigação. A Lei n.º 13.964/2019, no entanto, não trouxe sensíveis modificações para a investigação criminal em uma perspectiva de melhora do conteúdo produzido, ignorando propostas importantes já constantes no Projeto de Lei de Novo Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional desde 2009.

⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 21, n. 250, p. 7, set. 2013.

¹⁰ BENETT, Elizabeth A.; ANDERSON, Robert. DNA Profiling. *The Advocate*, Vancouver, v. 49, n. 1, p. 63-78, 1991.

¹¹ KADER, M.; LING, S. T. W.; LI, S. K. L. The use of DNA forensic evidence in criminal justice. *Singapore Law Review*, v. 35, p. 35-52, 2011. p. 38.

patibilidade dos dados genéticos em determinado momento, a amostra colhida poderá permanecer guardada para uma futura confrontação¹².

Como reconhece GASCÓN ABELLÁN, os testes de DNA alcançaram um grau muito elevado de força científica ao longo do tempo com o consenso da comunidade médica¹³. Por isso mesmo, se o processo penal deve, de alguma forma, se preocupar com a redução dos erros judiciais, técnicas mais aprimoradas devem ser constantemente utilizadas.

Contudo, mesmo que o consenso científico sobre ela seja muito mais avançado quando comparado com outras práticas, é claro que não se deve atribuir à prova por DNA uma eficácia absoluta¹⁴. CANLE identifica a existência de certa confiança acrítica em sua metodologia, o que de certa forma contribui para que seja cultuado o mito da sua infalibilidade técnica¹⁵. Sozinha, ela nada diz, como também não autoriza a conclusão acerca da culpabilidade de um suspeito apenas pelo fato de seu material genético ter sido encontrado na cena do crime. A prova genética é um vestígio concreto com natureza indiciária e probabilística¹⁶, suscetível a conduzir o conhecimento de um fato desconhecido, por meio de um adequado raciocínio indutivo-dedutivo¹⁷, que necessita, sobretudo, de

¹² *Idem*. Ademais, é justamente o que ocorre com os “cold cases”, crimes ocorridos em outras épocas, até então não elucidados, que passam a ser novamente investigados, agora contando com o auxílio de novas tecnologias para a descoberta do autor do delito.

¹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba Científica: Mitos y paradigmas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Norteamérica, v. 44, p. 81-103, dez. 2010, p. 85.

¹⁴ Uma advertência necessária é trazida por Carracedo Álvarez: “Ainda que coincidam os polimorfismos do DNA na mancha e do presumido culpado, o perito somente pode atribuir valor probabilístico a essa coincidência e jamais outorgar a certeza absoluta, ainda que em muitos casos a probabilidade dessa mancha seja cientificamente elevada”. Tradução livre. CARRACEDO ÁLVAREZ, Angel. *La valoración de la prueba criminalística*. Madri: CCPJ, 1996, p. 340. Nesse mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 329-366, set/out. 2014, p. 336.

¹⁵ CANLE, Inés Iglesias. Intervenciones corporales y prueba de ADN: livre valoración probatória y argumentacion jurídica. In: GARCIA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coord.). *Prueba y razonamiento probatorio em el derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014, p. 346.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ MOURA, Maria Thereza de Assis. *A prova por indício no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 38.

uma análise efetivada em cotejo com os demais elementos probatórios para que se chegue à determinada conclusão.

Eventuais falhas procedimentais e contaminações também podem ocorrer, desde a falta de preservação na cena do crime, a incorreta manipulação dos elementos biológicos, ou até mesmo a utilização de método inadequado¹⁸. Há, ainda, um grande desafio prático na manutenção e cuidado da história cronológica do vestígio coletado, também conhecida como cadeia de custódia¹⁹. Importante a advertência que, tratando-se de prova pericial, é comum um menor esforço racional e argumentativo aplicado pelos juízes para justificar o valor atribuído²⁰, já que grande parte dos operadores do direito detém, aprioristicamente, uma confiança quase plena no parecer pericial. Por isso mesmo, é necessário que os magistrados entendam o caminho da produção da prova técnica de DNA, para que possam racionalmente analisar e confrontar a qualidade dos métodos e as inferências probatórias realizadas pelos peritos²¹.

Dadas as devidas advertências e tendo consciência de sua falibilidade, não podemos desprezar a importância do seu uso em julgamentos criminais.

Nos Estados Unidos da América, a tecnologia por DNA tem sido usada não somente para embasar condenações, mas igualmente para reverter condenações injustas. Os dados no *National Registry of Exonerations* indicam que, desde 1989, cerca de 509 pessoas foram inocentadas com o uso dessa prova, sendo a metodologia mais comum

¹⁸ Para mais reflexões sobre outros equívocos periciais, ver: HERDY, Rachel; KUNNI, Paulo Akira; BRUNI, Aline Thaís. O que podemos aprender com os erros periciais? *CONJUR*, 20 nov. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3sGvw7O>. Acesso em: 03. mai. 2021.

¹⁹ “A cadeia de custódia das provas de DNA é o procedimento de garantia e controle da prova de DNA, de trato sucessivo e documentado de forma pessoal que se aplica aos vestígios biológicos relacionados com o delito em quatro fases sucessivas: localização e recolhimento; análise; tratamento e disponibilização a juiz para valoração, depósito ou destruição, ajustando este procedimento a critérios de licitude e fiabilidade, evitando a todo momento sua contaminação ou deteriorização, de forma que se permita sempre a verossimilhança desta prova com o processo penal.” Tradução livre. LOPEZ VALERA, Manuel. *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*. Madri: Librería Dykinson, 2019, p. 24.

²⁰ Para uma análise detalhada sobre a importância de os juízes entenderem o raciocínio pericial, ver: VÁZQUEZ, Carmen. El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. *Revista Discusiones* 24, Buenos Aires, v. 1, p. 29–60, set. 2020, p. 30.

²¹ *Ibidem*. No mesmo sentido: CANLE, Inés Iglesias, *op. cit.*, p. 354.

empregada nas exonerações criminais. Já o *Innocence Project* confirma que 375 casos foram revertidos da mesma maneira desde 1989, sendo que, em 130 casos, o DNA do condenado não tinha coincidência com o material presente na cena do crime, enquanto 137 foram revistos a partir da compatibilidade da amostra colhida com outro perfil genético previamente armazenado no banco de dados²².

Oportuno lembrar que no Brasil, muito antes do uso na esfera criminal, a metodologia é aceita em demandas cíveis de reconhecimento de paternidade desde os anos 2000, que admite a investigação parental mediante o sequenciamento de DNA²³.

Diante disso, o uso da prova genética é extremamente pertinente para crimes que deixam vestígios biológicos. Negar tal fenômeno seria ignorar uma tendência global, que a compreende como importante instrumento para o esclarecimento de delitos.

Isso não impede que essa técnica seja revista em um futuro, tal como aconteceu com os exames forenses provenientes de mordidas (“*bite marks*”), típicos na década de 70 e que caíram em desuso²⁴. Por outro lado, também não se pode desconsiderar que essa poderosa ferramenta deve ser usada com cautela, sem ignorar o respeito às garantias individuais, conforme será abordado a seguir.

3. Tratamento do DNA e dos bancos de dados no direito estrangeiro: ordenamentos nacionais e o Sistema Europeu de Direitos Humanos

É diverso o tratamento da prova por DNA nos diferentes ordenamentos jurídicos, o que torna a situação mais complexa. Um bom parâmetro de confronto com a realidade brasileira é verificar como alguns países do continente europeu enfrentam a questão, tendo em

²² Por isso mesmo, para o *Innocence Project*, essa prova científica é considerada uma “conquista importante” dentro sistema de justiça criminal. INNOCENCE PROJECT. *DNA Exonerations in the United States*. Disponível em: <https://bit.ly/3ja6dWX>. Acesso em: 3 mai. 2021.

²³ FONSECA, Claudia. Paternidade brasileira na era do DNA: a certeza que pariu a dúvida. *Cuadernos de Antropología Social*, Buenos Aires, n. 22, 2005, p. 27-51.

²⁴ ARTHANARI, Abirami; DOGGALLI Nagabhushana; PATIL, Karthikeya; SHANKAR, Jai; VIDHYA, A. Bite mark: Is it still valid?. *International Journal of Forensic Odontologic*, v. 4, p. 14-20, 2019. Categorizando as bike marks como uma ciência de baixa fiabilidade epistêmica, ver: HERDY, Rachel; DIAS, Juliana Melo. Devemos admitir provas periciais de baixa fiabilidade epistêmica?. *CONJUR*, 5 mar. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2SfC8gA>. Acesso em: 3 mai. 2021.

vista a atividade intensa do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no julgamento de questões nacionais em relação às garantias previstas na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Em Portugal, há a Lei n.º 5 de 2008, cujo objeto foi a criação do regime jurídico para a base de dados de perfil genético para fins de identificação civil e criminal. Com isso, o Tribunal Constitucional português já se debruçou sobre os contornos da questão da prova genética e a perseguição penal. No Acórdão n.º 155/2007 (Processo n.º 695/06), discutiu-se o fato de que, em uma investigação sobre dois homicídios na cidade do Porto, o recolhimento da saliva por uma zangaratoa – um instrumento similar a um cotonete²⁵ – no Instituto Médico, apesar de realizada sem o uso de força pelos agentes estatais, foi feito contra a vontade do averiguado.

O Tribunal português assentou que, sendo o Estado de Direito um estado de justiça, a apuração da verdade no processo criminal é regida por regras, as quais devem respeitar a pessoa²⁶. Discutindo verticalmente a legalidade na determinação pelo Ministério Público para a coleta coativa de vestígios biológicos do averiguado – cuja recusa fora expressa para determinação do seu perfil genético –, foi reconhecida a ilicitude da referida colheita sem autorização judicial, o que por consequência impediu sua valoração probatória.

Em países como a Alemanha, a criação da base de dados ocorreu em 1998, de modo que, em 2013, com quinze anos de existência, o banco da polícia alemã detinha aproximadamente 1 milhão de expedientes genéticos registrados, sendo estimado 7.900 expedientes novos por mês²⁷.

²⁵ NICOLITT, André Luiz; BENEVITES, Lucas da Cruz. Identificação criminal e as alterações introduzidas pela lei 13.964: A coleta de material genético à luz do sistema de direitos e garantias fundamentais. In: FELIX, Yuri; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de (Coord). *Pacote Anticrime: Reformas Processuais*. Florianópolis: Editora EMais. 2020, p. 141.

²⁶ Tribunal Constitucional Português, Acórdão n.º 155/2007, Processo n.º 695/06, Diário da República, 2ª série, n.º 70, j. 10 de abril de 2007, p. 9092.

²⁷ PERRON, Walter. *El ADN y el proceso penal en Alemania in La prueba de ADN em el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2014, p. 450. Interessante é o dado apontado por Susanne Schultz: “Embora o público alemão ainda acredite que os perfis de DNA são usados para crimes capitais, como assassinato e estupro, as estatísticas do BKA contam uma história diferente. A maioria das partidas que relata refere-se a pequenas ofensas; por exemplo, 63% das correspondências no banco de dados fornecido estão relacionadas a roubo, enquanto menos de 3% estão relacionadas a estupro e assassinato”. Tradução livre. SCHULTZ, Susanne. “Stop the DNA Col-

Já no Reino Unido, há, desde 1995, o *UK National Criminal Intelligence DNA Database*, que é composto por quase 5 milhões e meio de perfis, no qual já foram encontradas mais de 30.780 convergências genéticas, especialmente quanto a 716 homicídios e 694 estupros²⁸.

Nos Países Baixos, além do critério punitivo – somente para crimes, cuja a penalidade seja a partir quatro anos –, também se considera a natureza do delito e as circunstâncias do caso quanto aos fins de prevenção, investigação e persecução de crimes ou para a administração da justiça²⁹.

Ademais, percebe-se que o assunto, no continente europeu, se encontra em outro nível de discussão. Em 2005, Áustria, Bélgica, França, Alemanha, Luxemburgo, Países Baixos e Espanha firmaram o Tratado de Prum³⁰, cujo objetivo principal foi permitir o intercâmbio de dados sobre DNA, impressões digitais e outros dados no âmbito do combate ao terrorismo e crimes transnacionais. Já em 2008, os membros da União Europeia foram obrigados a estabelecer cada um sua própria base de dados nacional.

Com isso, se permitiu uma checagem de acerto-desacerto de um perfil específico, quando confrontado com bases de outros países do continente europeu. A comprovar a complexidade do assunto, para que seja possível a cooperação de informações, deve-se respeitar os parâmetros legais e convencionais comuns a ambos os países envolvidos (requerente e requerido) na atividade de comparação, em especial quanto à proteção de direitos fundamentais e da proporcionalidade da medida³¹.

lection Frenzy!": Expansion of Germany's DNA Database. *Forensic Genetics Policy Initiative*, [s.i]. Disponível em: <https://bit.ly/32KIm1>. Acesso em: 3 mai. 2021.

²⁸ GOV UK. *National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017-2018*. Disponível em: <https://bit.ly/34q3epA>. United Kingdom: National Police Chief's Council, 2019. Acesso em: 03 mai. 2021.

²⁹ VERVAELE, John, DE GRAAF, F.C.W. e TIELEMANS, N. El enfoque neerlandês em el tratamiento del ADN em el sistema de justicia penal. In: GOMEZ COLOMER, Juan-Luis (Coord.). *La prueba de ADN en el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2014, p. 434.

³⁰ Tratado de Prum, firmado em 25 de maio de 2005. Disponível em: <https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/prumtr.pdf>. Acesso em: 3 mai. 2021.

³¹ Em 2012, 4.358.904 perfis estavam disponíveis para checagem sob o regime do Tratado de Prum, tendo ocorrido 52.507 acertos mediante pesquisas dos países participantes, se mostrando uma medida muito mais efetiva do que a base de dados custodiadas na Interpol. SOLETO MUNOZ, Helena; FIODOROVA, Anna. DNA and Law Enforcement in the European Union: Tools and Human Rights Protection. *Utrecht Law Review*, Utrecht, v. 1, issue 1, p. 149-162, jan. 2014, p. 153-155.

Nesse aspecto, ganha importância a interpretação que tem sido concedida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em alguns casos que versam sobre uso do DNA em procedimentos criminais³².

O Caso *S. e Marper vs. Reino Unido* é considerado um importante precedente. As reclamações dos cidadãos à Corte Internacional se deram em razão da recusa da polícia britânica³³ em excluir suas impressões digitais, amostras celulares e perfil genético após o encerramento de seus casos³⁴, alegando violação ao direito à vida privada no que pertence à identidade individual (art. 8.1 e 8.2 da CEDH). Realizando uma distinção entre as três categorias de informações pessoais, o TEDH já previa a velocidade no avanço da ciência e na utilização do DNA. Por isso, considerando a necessidade de estritos controles sobre a atividade do Estado sobre os dados genéticos de seus cidadãos, a manutenção dos dados dos reclamantes interferiria em seus direitos à privacidade.

Para tanto, foi afirmada a essencialidade em regular as modernas técnicas de investigação na justiça criminal e o equilíbrio dos interesses privados, sendo uma tônica nos principais casos sobre o tema no âmbito do TEDH o balanço entre eficiência e a proteção das garantias.

No Caso *P.N. vs. Alemanha*, o TEDH asseverou a necessidade de uma análise racional a ser realizada pelas autoridades estatais na coleta de provas para fins de identificação, em claro juízo de utilidade da medida, levando em conta tanto a situação presente, quanto o que se busca com a coleta de material genética em face de determinado cidadão³⁵. Assim, natureza, gravidade e reiterações criminosas para fins de reincidência ganham realce no juízo de conveniência-utilidade dos entes estatais.

³² Em consulta realizada na base de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, há casos em que se discute a prova por DNA, mas não no enfoque específico do presente artigo.

³³ Uma das principais e procedentes críticas é que o banco é alimentado a partir da coleta de amostras biológicas, pela polícia, de qualquer pessoa detida por delito incluído em um rol bastante amplo. SUXBERG, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética - banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai/ago. 2018, p. 819.

³⁴ O menor S. foi preso e depois absolvido por tentativa de roubo e Michael Marper foi acusado de assédio pela sua parceira, tendo o caso sido encerrado após retirada da queixa e conciliação dos envolvidos. TEDH, Caso *S. e Marper vs. Reino Unido*, Sentença de 4 de dezembro de 2008, §§ 10 e 11.

³⁵ TEDH, Caso *P. N. vs. Alemanha*, Sentença de 11 de junho de 2020, § 65.

Tanto assim que, no Caso *Gaughran vs. Reino Unido*, o TEDH reconheceu a violação ao direito à privacidade na medida em que o Estado britânico buscava manter dados genéticos, violando os comandos de análise conjunta dos interesses públicos e privados, tendo por base específica a gravidade da ofensa praticada pelo cidadão, que fora dirigir sob efeito de álcool³⁶. A violação ao direito à privacidade foi reconhecida sob o fundamento de desproporcionalidade na interferência, não podendo se afirmar a medida como necessária em uma sociedade democrática³⁷.

Por conseguinte, reitera-se que a utilização de informações genéticas do ser humano no sistema de justiça criminal já é uma realidade há um tempo considerável. O que é necessário é regulamentar de forma lógica, inteligente e eficaz, justamente para permitir um equilíbrio real entre os fins constitucionais no uso dessa medida e os direitos fundamentais do cidadão, como por diversas vezes o TEDH vem reafirmando.

Infelizmente, não foi isso que se verificou com o atual aparato legislativo, principalmente levada em conta a recente alteração promovida pela Lei n.º 13.964 de 2019 na Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/1984) e na Lei de Identificação Criminal (Lei n.º 12.037/2009). Não é admissível que a sua justa finalidade abone a implementação a partir de quaisquer meios e manobras, sendo importante repensar a forma que ela vem sendo adotada no Brasil.

4. Regulamentação da prova por DNA e a criação do banco de dados no Brasil

Muito antes da Lei n.º 13.964/2019, o direito brasileiro supriu de forma bastante questionável a lacuna legislativa sobre o uso do DNA no âmbito criminal. Como apontam NICOLLIT e BENAVIDES, a matéria foi disciplinada sem a declaração da sua verdadeira finalidade³⁸, talvez pela

³⁶ TEDH, Caso *Gaughran vs. Reino Unido*, Sentença de 13 de junho de 2020, § 96 e 112.

³⁷ Justamente analisado sob esse aspecto, a legislação alemã foi considerada satisfatória no Caso *Peruzzo e Martens vs. Alemanha*, Sentença de 4 de junho de 2013, § 47. Após a insurgência de condenados por tráfico de drogas e lesões corporais graves, o TEDH entendeu que a legislação alemã fornece salvaguardas apropriadas ao direito à privacidade, na medida em que apenas autoridades relevantes poderiam acessar os dados para fins criminais.

³⁸ NICOLLIT, André Luiz; BENEVIDES, Lucas da Cruz, *op. cit.*, p. 150. A exemplo, cabe verificar que a própria a lei de identificação criminal regulamenta o art. 5.º, inciso LVIII, da Constituição Federal e tem o escopo de promover o conhecimento da identidade do indiciado, aquele em que pairam dúvidas sobre sua verdadeira

dificuldade de sua aprovação, caso a mudança ocorresse no Código de Processo Penal ou em lei específica. Segundo os autores, “com seus reais objetivos declarados, uma legislação dessa natureza provocaria intenso debate e não seria aprovada com tanta tranquilidade”³⁹.

Com a Lei n.º 12.654/2012, foram estabelecidas duas distintas modalidades declaradas para a extração de material genético⁴⁰: i) durante a investigação ou ação penal, servindo de prova em um caso concreto e particular de um crime já ocorrido; ii) depois de uma condenação definitiva, em que a coleta de elementos biológicos de determinada categoria de condenados servirá de parâmetro de confronto em futuras investigações.

Para atender essa finalidade, a mudança ocorreu em dois diplomas legais: na Lei de Identificação Criminal (Lei n.º 12.037/2009), foi estabelecido, no art. 5.º, que a identificação criminal – desde que autorizada judicialmente e essencial às investigações policiais – “poderá incluir coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”.

Em paralelo, na Lei de Execuções Criminais (Lei n.º 7.210/1984), foi acrescentado o art. 9-A⁴¹, que atualmente disciplina que os condena-

identificação. Em nenhum momento, se fala que ela serve para fazer a confrontação entre o material genético encontrado na cena do crime com aquele suspeito.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim*, n 236, p. 5-6, São Paulo, jul. 2012. Nesse mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 329-366, set/out. 2014, p. 338.

⁴¹ Em 24 de dezembro de 2019, o Presidente Jair Bolsonaro vetou parte do texto original do PL 6.341/2019, o qual deu origem à Lei Anticrime. Na redação original, o art. 9º-A, caput, § 5.º, § 6.º e § 7.º da LEP previa a extração obrigatória de DNA de condenados por crime doloso praticado com violência grave. Igual regra valeria para condenados por crimes contra a vida, contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulnerável. Segundo as razões presidenciais para o veto, a proposta legislativa “em substituição somente a tipos penais específicos, contraria o interesse público, tendo em vista que a redação acaba por excluir alguns crimes hediondos considerados de alto potencial ofensivo, a exemplo do crime de genocídio e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, além daqueles que serão incluídos no rol de crimes hediondos com a sanção da presente proposta, tais como os crimes de comércio ilegal de armas, de tráfico internacional de arma e de organização criminosa”. Após quase 1 ano e meio, sobreveio reviravolta importante: em 21 de abril de 2021, o Congresso Nacional derrubou todos os vetos do Pacote

dos por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, ou por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA. Também, a Lei n.º 12.654/2012 e o Decreto n.º 7.950/2013 estabeleceram as balizas para a implementação e desenvolvimento do Banco Nacional e da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos⁴².

Acerca do requisito impositivo, a primeira hipótese “para fins de identificação criminal” requer a autorização do juiz competente para a intervenção solicitada, mediante requerimento da Autoridade Policial ou do Ministério Público. Após a coleta ser feita, o material é adicionado ao Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), representando atualmente 0.87% dos dados genéticos contidos na base de informações⁴³.

Já a segunda hipótese, consistente na coleta de material genético de certos condenados, dispensa a existência de qualquer ordem judicial prévia. Nessa última situação, é permitido obter o material genético compulsoriamente, apenas com a advertência do uso de técnica indolor, sendo comum a utilização de uma zaragatoa. Atualmente, 76.08% das informações constantes no BNPG são provenientes dessa modalidade, o que significa que o banco de dados genéticos está praticamente sendo alimentado com as informações de pessoas já condenadas pelo sistema penal⁴⁴.

Nesse contexto, com acerto VASCONCELLOS aponta que o legislador andou bem em tentar atualizar o processo penal às novas tecnologias.

Anticrime, restabelecendo a proposta original e excluindo a coleta compulsória para os crimes hediondos.

⁴² A Rede conta com um Comitê Gestor, que tem como parte de suas funções a elaboração de relatórios que contabilizam a evolução do número de cadastros de DNA pela obtenção de coincidências entre perfis e pelos custos do processo de implementação do Banco. O Banco não possui apenas a finalidade criminal, mas também possui dados para a identificação de pessoas desaparecidas. TAVARES, Natália Lucero Frias; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Os impactos do pacote anticrime no Banco Nacional de Perfis Genéticos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 28, n. 330, p. 26-29, mai. 2020.

⁴³ Em cerca de 1 ano, o número de perfis genéticos que era 18.080 subiu para 70.020 em 2020, representando um crescimento de 288,7%. Atualmente, em consulta no dia 28 de abril de 2021, verifica-se que há 105.671 perfis genéticos na referida base de dados. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Banco de perfis genéticos*. Base de dados com período referência até junho/2020. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ahkSMT> Acesso em: 28 abr. 2021.

⁴⁴ *Ibidem*.

Contudo, é evidente que deixou de adequar às inovações aos direitos e garantias fundamentais⁴⁵, o que justamente ensejou a discussão sobre sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal em sede do RE 973.837/MG, ainda pendente de julgamento.

O primeiro aspecto necessário de ponderação é o direito fundamental à integridade física e moral, previsto na Constituição da República ao vedar a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes. Há, também, o direito à liberdade, em específico ao comando de cariz constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Outro direito fundamental tensionado e mais importante é o direito à não autoincriminação, decorrente do direito ao silêncio⁴⁶ e relacionado a outros princípios, tais quais presunção de inocência, direito à defesa e dignidade humana⁴⁷. O ponto nodal de inflexão entre a coleta do material genético e o princípio *nemo tenetur* é o consentimento do apenado e as consequências negativas de sua cooperação⁴⁸.

A doutrina internacional discute exatamente a postura passiva ou ativa do cidadão na prática de um ato que significará sua incriminação de um delito sob investigação. CORDOBA defende que o princípio *nemo tenetur* outorga um direito à passividade, liberando o cidadão da obrigação de colaborar ativamente para sua própria incriminação. Assim, apenas existiria uma obrigação de o cidadão tolerar passivamente medidas de investigação que não requeiram uma ação de sua parte, principalmente quando possa resultar na prova de sua culpabilidade⁴⁹, não podendo o

⁴⁵ VASCONCELLOS, Vinicius de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 329–366, set/out. 2014, p. 333.

⁴⁶ Art. 5, inc. LXIII da Constituição da República e Art. 8o, §2o da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

⁴⁷ VASCONCELLOS, Vinicius de, *op. cit.*, p. 353.

⁴⁸ Quanto à discussão na bioética, que não será objeto desse artigo, cumpre asseverar que esse campo compreende que se deve respeitar princípios a autonomia, beneficência, não maleficiência e justiça, enquanto vetores básicos, respeitando a autonomia do ser humano e proteção de sua vulnerabilidade. Resolução n.º 196/1996 do Conselho Nacional da Saúde, que versa sobre as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos.

⁴⁹ CORDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?* In: MAIER, Julio B. (Coord). *Estudios sobre Justicia Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 280. É uma posição doutrinária dominante em países como a Alemanha (Roxin; Volk; Schmidt) e Argentina (Rojas e Garcia; Cafferata e Noris).

Estado exigir atos de colaboração forçada pelo sujeito investigado durante a apuração de delitos que lhe são imputados.

Talvez pela enorme e ampla discussão no direito estrangeiro acerca da legalidade e convencionalidade em se extrair compulsoriamente o material genético de um cidadão, a lei brasileira fez constar que a prática deverá ser adequada e indolor, acreditando que tal redação seria capaz de suprir a longa e densa discussão sobre o tema.

Por outro lado, evidencia-se que esse assunto não está bem decidido no Brasil, inexistindo um consenso sobre a violação ou não ao referido direito. A título exemplificativo, QUEIJO critica essa forma de admissibilidade probatória, ao afirmar que “a distinção entre provas que necessitam de colaboração ativa ou passiva nem sempre é clara ou taxativa. Por outro lado, a autoincriminação não deixa de existir simplesmente porque o acusado se submete passivamente à produção de uma prova, embora contra sua vontade”⁵⁰. Enfim, adiciona a autora que “o critério referido não resolve definitivamente o problema em face da incidência do *nemo tenetur*”⁵¹.

Também é importante observar a questão a partir de outros prismas até então pouco abordados pela doutrina. Nesse aspecto, questiona-se uma das inovações do “Pacote Anticrime”, que, ao criar uma sanção face à recusa do apenado em se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético (art. 9-A, § 8.º da LEP), pode então ter disciplinado uma obrigação⁵² e não um ônus. O condenado será punido pela falta grave, ao invés da negativa ser interpretada negativamente em prejuízo do cidadão como ocorre em outros países⁵³, postura que não está livre de críticas e debates.

⁵⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336. Por sua vez, Gomes Filho defende que a extração compulsória viola no direito a não autoincriminação e à liberdade pessoal, assim como todos devem ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo, vide: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 119.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Importante a distinção realizada por Fenech entre ônus processual e obrigação processual. FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. vol. I. Barcelona: Editorial Labor, 1952, p. 713.

⁵³ GOMEZ COLOMER aponta que a negativa de se recusar ao fornecer material genético é tida pela jurisprudência espanhola como indício a ser valorado negativamente. GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La prueba de ADN*. In: GOMEZ COLOMER, Juan-Luis (Coord.). *La prueba de ADN en el Proceso Penal*. Valencia:

5. Alterações na Lei de Execução Penal com a implementação do perfil genético

Parte da doutrina aponta a coleta de material genético como um efeito extrapenal da condenação criminal⁵⁴, embora inexista previsão expressa dessa situação. Partindo dessa premissa, é sabido que, apesar de a Execução Penal possuir certo grau de autonomia em relação aos outros ramos componentes das ciências criminais, fatalmente sua conformação jurídica estará sempre sujeita às mudanças realizadas nas demais disciplinas, em relação às alterações legais, doutrinárias e jurisprudenciais⁵⁵.

Assim, o direito da execução penal é o ramo das ciências criminais responsável por analisar as normas que regem a aplicação concreta das consequências do delito no âmbito da relação entre o Estado e os condenados e internados⁵⁶.

Apesar de uma postura histórica de abandono e descompasso do sistema prisional com a Constituição da República, evidenciado com a declaração de estado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁷, há um movimento cada vez mais intenso para voltar os olhos para o sistema de execução penal e suas regras, em especial na reafirmação do condenado como sujeito de direitos.

Nesse sentido, a Lei de Execução Penal tem por finalidade principal o cumprimento efetivo da sentença criminal, sem se descuidar da integração social harmônica do ingresso no sistema carcerário. Para tanto, há três categorias de deveres do condenado⁵⁸: o cumprimento fiel da sentença; o comportamento alinhado às regras do sistema penitenciário e a indenização da vítima ou seus sucessores pelo delito e do Estado

Tirant lo blanch, 2014, p. 23-63. Nesse mesmo sentido: MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Ônus de fornecer a fonte real pericial versus o direito de não produzir prova contra si mesmo. In: SALGADO, Daniel Resende, KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Coords). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 707.

⁵⁴ SOUZA, Rosane Feitosa de; SOUZA, Hudson Fernandes de. Da (in)constitucionalidade do Banco de Dados com Perfil Genético de condenados no processo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 165, n. 165, p. 159-185, mar. 2020, p. 161.

⁵⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de Execução Penal*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 83.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 85-86.

⁵⁷ STF, *ADPF 347 MC/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9.9.2015.

⁵⁸ Artigo 39 da Lei de Execuções Penais.

pelas despesas, sendo essa última obrigação exigível apenas quando for possível cumpri-la.

Eis aqui a chave para apontar o total descompasso da inserção do procedimento de identificação do perfil genético na Lei de Execução Penal: não existe nenhuma relação entre o condenado se submeter à coleta de material genético com as três categorias supramencionadas, principalmente porque essa sanção não está amparada em algum dever imposto pela Lei de Execuções Criminais⁵⁹.

Tratando sobre o tema, HAMMERSCHIMIDT⁶⁰ indica que a obrigatoriedade advinha da lei e da lógica procedimental da Comissão de Classificação no âmbito da Execução Penal, pois, caso o condenado não fosse submetido àquela, o condenado não teria um programa individualizado de cumprimento da pena privativa de liberdade, o que impediria a obtenção de qualquer benefício penitenciário. Assim, o legislador – rompendo a sistematicidade da Lei de Execução – estabeleceu nova hipótese de falta grave, quando o condenado se recusar a se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético, conforme o inciso VIII do artigo 50 da Lei n.º 7210/1984. Agravando a crise das funções reais da execução penal, há também total desproporcionalidade em estabelecer como grave a negativa do condenado em fornecer material genético ao Estado, posto que ignorado o escalonamento nas condutas atentatórias aos deveres do condenado em faltas leves, médias e graves.

Qualquer discussão acerca da referida escolha do legislador esbarra na própria competência legislativa para a previsão das faltas leves e médias – que diferentemente das faltas graves, as quais são previstas pela Lei de Execuções Penais –, é de competência do poder executivo local

⁵⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *op. cit.*, p. 181. E o autor é categórico: “Resumidamente, se toda falta é a violação de um dever pelo preso definitivo ou provisório, todas as faltas deverão estar inspiradas em alguma dessas obrigações. As descrições das condutas faltosas, taxativamente previstas em lei, extraem o seu conteúdo desse conjunto geral de deveres, dessa gama de obrigações e sujeições. Ainda que nem toda violação de dever tenha suficiência para constituir falta sob o prisma disciplinar, toda falta deve ter a sua razão amparada em algum dever imposto pela LEP.”

⁶⁰ HAMMERSCHIMIDT, Denise. Perfil genético como forma de identificação criminal e banco de dados de DNAs de criminosos: Art. 9º-A da LEP. In: PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHIMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas; COIMBRA, Mario (Coord). *Direito de Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 99.

a sua disciplina⁶¹, o que de certa forma contribui para uma inadequada administrativização da execução penal⁶².

Entretanto, não se pode ignorar os efeitos contundentes que uma falta grave gera para o condenado, como a interrupção da contagem do prazo para a progressão de regime⁶³, a perda dos dias remidos⁶⁴, sua utilização para verificar o cumprimento do requisito subjetivo necessário para a concessão de benefícios da execução penal⁶⁵, a possibilidade de se indeferir o benefício de saída temporária⁶⁶, e o mais sensível: a regressão do regime de cumprimento de pena, mesmo que seja estabelecido de forma mais gravosa do que a fixada na sentença condenatória⁶⁷.

A regressão de regime deve ser problematizada, pois o rol dos crimes previstos no *caput* do artigo 9-A, ao indicar acriticamente delitos dolosos com violência grave contra a pessoa, permite conceber situações como a imposição do regime fechado em decorrência da negativa da coleta por um condenado a regime semiaberto, tal como o delito de lesão corporal seguida de morte (artigo 129, § 3.º do CP) que prevê pena

⁶¹ Ishida define o artigo 49 da Lei de Execução Penal como norma infracional em branco em sentido estrito, pois a complementação é feita pelo outro poder (Executivo), através de regulamento. ISHIDA, Valter Kenji. *Prática jurídica da execução penal*. Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 294.

⁶² Salvador Netto aponta que seria mais adequado “que a definição do conteúdo das faltas leves e médias fosse atribuída ao Poder Legislativo ou, se muito, a algum órgão capaz de sistematizar essas modalidades com maior rigor e precisão.” Contudo, sua regulamentação permanece sendo do executivo de cada localidade. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *op. cit.*, p. 188.

⁶³ Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça.

⁶⁴ Artigo 127 da Lei de Execuções Penais.

⁶⁵ Teses 9 e 10 da Edição n.º 146 das Teses de Direito Penal do Superior Tribunal de Justiça.

⁶⁶ Tese 14 da Edição n.º 146 das Teses de Direito Penal do Superior Tribunal de Justiça.

⁶⁷ Tese 3 da Edição n.º 144 das Teses de Direito Penal do Superior Tribunal de Justiça: “3) O cometimento de falta grave durante a execução penal autoriza a regressão do regime de cumprimento de pena, mesmo que seja estabelecido de forma mais gravosa do que a fixada na sentença condenatória (art. 118, I, da Lei de Execução Penal – LEP), não havendo falar em ofensa à coisa julgada”. Neste sentido, STJ, *AgRg no REsp 1778649/PA*, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5.ª Turma, j. 18/02/2020; STJ, *AgRg no HC 525.652/SP*, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6.a Turma, j. 19.11.2019, v.u.; STJ, *AgRg no REsp 1789438/RO*, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6a Turma, j. 06/08/2019; STJ, *AgRg na Rcl 33.852/SP*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, j. 22/11/2017.

de 4 a 12 anos, ou ainda nas hipóteses daqueles apenados que já estão cumprindo pena no regime aberto, devido à progressão⁶⁸.

Friamente, questiona-se: seria a simples recusa do condenado por tais crimes a participar do procedimento de coleta de material genético uma causa suficiente e proporcional a determinar a sua regressão de regime?

Não se pode negar que perdura um intenso movimento de transformar a pena em uma arma estatal apontada para a sociedade, subvertendo a lógica das suas funções para avançar mais ainda em uma construção do terror penal. MIR PUIG alerta que, no seio do Estado Democrático de Direito, deve-se evitar que a pena esteja a serviço de interesses inconvenientes para a maioria dos cidadãos ou que se abandonem os limites intransponíveis de respeito ao cidadão⁶⁹.

6. Duas décadas para a exclusão do perfil genético

A nova redação do artigo 7-A da Lei 12.037/2009, proporcionada pela Lei 13.964/2019, é outra questão que se soma ao problema da falta grave aos condenados e divide opiniões. Até 2019, a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados – quando realizada para fins de identificação criminal – ocorria com o término do prazo estabelecido em lei prescrição do delito. Em relação aos apenados, a lei não previa expressamente um prazo para a eliminação desses perfis, sendo uma das factíveis e fortes críticas apresentadas na repercussão geral do Recurso Extraordinário n.º 937.837⁷⁰.

Sem data para o julgamento de tal recurso, as mudanças proporcionadas pela Lei n.º 13.964/2019, mais uma vez, contribuíram por agravar uma problemática já existente. Agora, há duas situações para a exclusão dos perfis genéticos: i) na identificação criminal, quando ocorrer a absolvição do acusado (art. 7-A, *caput*, inciso I da Lei 12.037/2009); ii) em relação aos condenados, somente após decorridos 20 anos do cumprimento de pena (art. 7-A, *caput*, inciso II da Lei 12.037/2009).

⁶⁸ Vide nota de rodapé anterior.

⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 104.

⁷⁰ Na identificação criminal, a investigação deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se a medida é “essencial às investigações” (art. 3.º, IV, combinado com art. 5.º, parágrafo único). Os dados poderão ser eliminados “no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”. Os dados dos condenados, por outro lado, serão coletados como consequência da condenação. Não há previsão de eliminação de perfis”. Voto Min. Marco Aurélio. STF, *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 973837*, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23/06/2016.

Sobre a primeira situação (art. 7-A, *caput*, inciso I da Lei 12.037/2009), cabe apontar que, mais uma vez, mantendo o problema originário da Lei n.º 12.654/2012, o legislador não previu a possibilidade de exclusão nas hipóteses de arquivamento definitivo do inquérito ou do não oferecimento e rejeição da denúncia, que por respeito à isonomia, também deveriam autorizar tal retirada. Imaginemos que um sujeito investigado por estupro, submetido à coleta, venha a não ser denunciado pelo Ministério Público, já que se descobriu, pela própria confrontação biológica e demais elementos informativos, que ele não foi o provável autor do delito. A reiterada omissão legislativa permitirá que informações dessa pessoa continuem na referida base de dados, já que o art. 7-A, *caput*, inciso II somente autoriza a exclusão dos dados “no caso de absolvição do acusado” no seio do processo. Para sanar a questão, defende-se ser possível a aplicação analógica do disposto no artigo 7.º da Lei n.º 12.037/2009, sendo este o posicionamento de LOPES JÚNIOR e VASCONCELLOS⁷¹.

Embora a segunda hipótese tenha sido apontada por TAVARES e SANTORO como a “única inovação positiva”⁷², defende-se que a mera criação de uma delimitação temporal de 20 (vinte) anos de retenção dos dados é incipiente aos problemas já postos sobre a temática, como também acende um debate sobre o limite em que o Estado pode dispor de dados pessoais e íntimos do indivíduo.

Forçoso reconhecer que essa manutenção ultrapassa – de forma extremamente dura e irresponsável – as consequências da imposição da pena, vez que há absoluta violação ao princípio da individualização e proporcionalidade: assim como na falta grave dada a recusa da coleta, para todos os crimes, o tempo de manutenção no banco genético será exatamente igual, independentemente da gravidade em concreto ou da pena aplicada.

Com base nesse critério, estaremos diante de situações díspares, mas com consequências absolutamente semelhantes, em que o autor do crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3.º do CP) terá o mesmo tempo de retenção de informações genéticas que o autor do homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio (art. 121, § 6.º do CP).

⁷¹ VASCONCELLOS, Vinicius de. *Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal*, op. cit.; LOPES JÚNIOR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 236, p. 5–6, jul. 2012.

⁷² TAVARES, Natália Lucero Frias; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Os impactos do pacote anticrime no Banco Nacional de Perfis Genéticos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 28, n. 330, p. 26–29, mai. 2020.

Para além disso, a segunda hipótese (art. 7-A, *caput*, inciso II da Lei 12.037/2009) mantém um caráter facultativo da medida, isto é, a retirada somente se realizaria “mediante requerimento” do interessado, e não de ofício, assim que o tempo se esgotasse. Trata-se de uma desconsideração importante do direito à intimidade genética como um direito fundamental do indivíduo⁷³, lamentavelmente ignorado pela própria Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/18), que não se aplica para fins de segurança pública (art. 4.º, *caput*, inciso II, “a”) e nem mesmo para atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4.º, *caput*, inciso II, “d”)⁷⁴.

Não é possível olvidar de que todos os cidadãos têm direito à autodeterminação informativa, isto é, poder de ter controle e transparência sobre a destinação dada aos seus dados pessoais, já que a intimidade é um valor fundante em nosso Estado de Direito. Condicionar a retirada das informações após requerimento do indivíduo é desprezar que milhares de brasileiros vulneráveis, em geral pobres, negros e periféricos, que compõem a grande maioria do sistema prisional brasileiro⁷⁵, sequer têm o conhecimento de que suas informações genéticas podem estar armazenadas em uma base de dados.

Dessa forma, em paralelo à ameaça de punição diante da recusa no fornecimento de seu material genético, há também uma abstenção na exclusão justamente deixando claro que o desejo é manter o maior número possível de perfis genéticos, expandindo assim o controle estatal.

A própria transparência dos bancos e a prestação de contas pelo Estado à sociedade civil organizada (*accountability*) será um grande desafio a ser enfrentado. Não há nenhuma garantia que os perfis genéticos serão efetivamente apagados, já que não há, até o momento, uma agência

⁷³ SILVA, Mariana Lins de Carli. Capital genético da miséria: a proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 326, p. 13-16, jan. 2020.

⁷⁴ Cabe ressaltar que tramita no Congresso Nacional a PEC 17/2019, que objetiva a inclusão da proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e a fixação da competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Ademais, em 05 de novembro de 2020, uma comissão de juristas entregou à Câmara dos Deputados o anteprojeto de legislação específica para o tratamento de dados pessoais no âmbito de segurança pública, investigações penais e repressão de crimes. O referido projeto, no entanto, igualmente se silenciou quanto à temática.

⁷⁵ BRASIL. Ministério da Justiça (Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* de 2019. Brasília: DEPEN, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/33cJDHi>. Acesso em: 3 mai. 2021.

independente ou órgão regulador brasileiro que monitore e confirme a retirada dessas informações. Países como a Alemanha⁷⁶ e Reino Unido já estão enfrentando problemas semelhantes, pois o banco está se tornando um potencial instrumento para armazenar dados de grupos inteiros da população e sem o devido respeito às ordens de exclusão destas informações.

Cabe imaginar como isso se dará no Brasil, contexto em que a Lei de Acesso à Informação ainda sofre grandes obstáculos de aplicação, somado à insegurança e indefinição da proteção de dados no Brasil.

Em tempos em que a informação significa a manutenção de poder, o controle de informações pelo Estado e a vigilância exagerada sobre o indivíduo devem ser imperativamente limitados, sob pena de rumarmos mais vez rápido à distopia narrada por George Orwell no livro “1984”, autor da máxima “Quem controla o passado, controla o futuro; quem controla o presente, controla o passado”, pedra de toque à expansão do Banco Nacional de Perfis Genéticos.

7. Conclusões

O presente artigo se propôs a tensionar as principais questões oriundas do Pacote Anticrime com relação à prova genética no âmbito do Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal, todos solidamente calcados na Constituição da República de 1988. A complexidade do tema em constante mutação é inegável⁷⁷, sendo que a proposta foi exatamente buscar suscitar o debate mediante a elaboração de novas perguntas, a fim de iluminar os principais pontos de colisão entre a alteração na Lei de Execução Penal e de Identificação Criminal com o arcabouço legal existente.

Com isso, as conclusões do presente artigo são as seguintes:

1. não é de hoje que se aponta a falta de racionalidade e eficiência na investigação criminal no Brasil, em especial quanto à baixa elucidação

⁷⁶ SCHULTZ, Susanne. “Stop the DNA Collection Frenzy!”: Expansion of Germany’s DNA Database. *Forensic Genetics Policy Initiative*, [s.i]. Disponível em: <https://bit.ly/32KImI1>. Acesso em: 3 mai. 2021.

⁷⁷ O tema está ainda em plena discussão. Cabe asseverar que durante o processo de submissão do presente artigo, o Congresso Nacional derrubou todos os vetos do Pacote Anticrime, retirando a coleta compulsória para os crimes hediondos. Ademais, cumpre lembrar que se encontra pendente o julgamento do Recurso Extraordinário 973.837/MG pelo Supremo Tribunal Federal, o qual trará balizas importantes sobre o tema.

dos crimes violentos. Diante desse fenômeno, formou-se a crença que o banco de dados genéticos será um componente essencial de melhoria à identificação dos autores de delitos;

2. os testes de DNA alcançaram um grau muito elevado de força científica nos últimos anos, sendo essa uma constatação inegável. Há que se combater, no entanto, a confiança plena na prova pericial científica, já que inúmeros erros podem ser cometidos, se não houver a preservação adequada da cadeia de custódia, o que fatalmente afetará o resultado do futuro processo;

3. com base na concepção racionalista da prova, os operadores do direito devem entender a produção da prova técnica, para que assim possam adequadamente confrontar e compreender os seus resultados;

4. a prova por DNA também não autoriza a imediata conclusão acerca da culpabilidade de um suspeito apenas pelo fato de seu material genético ter sido encontrado na cena do crime, sendo fundamental que a sua análise seja efetivada em cotejo com os demais elementos probatórios;

5. a utilização de informações genéticas do ser humano nos sistemas europeus de justiça criminal é uma realidade há décadas. É salutar a incorporação da compreensão reforçada pelo TEDH de equilíbrio entre finalidade da medida e direitos fundamentais afastados para tanto;

6. a Lei n.º 12.654/2012, estabeleceu duas modalidades de extração de material genético: a) durante a investigação ou ação penal, para servir de prova em um caso aberto; b) depois de uma condenação definitiva, para servir de parâmetro em investigações futuras;

7. merece aplausos a tentativa de atualização do processo penal às novas tecnologias, mas ficou clara a inexistência de harmonia entre as inovações e os direitos e garantias fundamentais;

8. o ponto de contato entre o fornecimento de material genético e a possível violação ao *nemo tenetur* consiste em um dos pontos de tensão quanto ao tema posto, sendo importante observarmos a questão a partir de outros prismas;

9. a coleta de material genético pode ser compreendida como um efeito extrapenal da condenação criminal, ainda que inexista previsão legal expressa nesse sentido;

10. há total descompasso na inserção do procedimento de identificação do perfil genético na Lei de Execução Penal, uma vez que não existe qualquer relação entre o condenado se submeter à coleta de material genético com seus deveres previstos em lei;

11. o legislador rompeu a sistematicidade da Lei de Execução ao estabelecer nova hipótese de falta grave ao apenado quando se recusa em se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético, conforme o inciso VIII do artigo 50 da LEP;

12. a desproporcionalidade em estabelecer como grave a negativa do condenado em fornecer material genético ao Estado é evidente, posto que ignorado o escalonamento nas condutas atentatórias aos deveres do condenado em faltas leves, médias e graves;

13. para agravar a situação da imposição de falta grave, a Lei de identificação Criminal estabeleceu duas situações para a exclusão dos perfis genéticos: a) na identificação criminal, quando ocorrer a absolvição do acusado; b) em relação aos condenados, somente após decorridos 20 anos do cumprimento de pena (art. 7-A, *caput*, incisos I e II, da Lei n.º 12.037/2009);

14. o legislador não previu a possibilidade de exclusão nas hipóteses de arquivamento definitivo do inquérito, o não oferecimento e rejeição da denúncia, que, por respeito à isonomia, também deveriam autorizar tal retirada, motivo pelo qual se propõe a aplicação analógica do artigo 7.º da Lei n.º 12.037/2009;

15. a retenção das informações genéticas por 20 anos ultrapassa os limites da imposição da pena, vez que há absoluta violação ao princípio da individualização e da proporcionalidade;

16. em paralelo à ameaça de punição diante da recusa no fornecimento de seu material genético, há também uma abstenção na exclusão, justamente deixando claro que o desejo estatal é a manutenção do maior número possível de perfis genéticos;

17. em março de 2021, o Banco Nacional atingiu a marca de 100 mil perfis genéticos, crescimento exponencial que denota a existência de uma política estatal comprometida com a expansão da vigilância;

18. a própria transparência do banco genético e a prestação de contas pelo Estado à sociedade civil organizada (*accountability*) será um grande desafio a ser enfrentado, já que pouco se sabe como se dará o processo de retirada de tais informações.

Referências

ARTHANARI, Abirami; DOGALLI Nagabhushana; PATIL, Karthikeya; SHANKAR, Jai; VIDHYA, A. Bite mark: Is it still valid?. *International Journal of Forensic Odontologic*, v. 4, p. 14-20, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público (CNMP). *Estratégia Nacional de Segurança Pública, Meta 2: A impunidade como alvo-Diagnóstico*

da investigação de homicídios do Brasil. Brasília: CNMP, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/3iX28pc>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Banco de perfis genéticos*. Base de dados com período referência até junho/2020. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3ahkSMT>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

CANLE, Inés Iglesias. Intervenciones corporales y prueba de ADN: livre valoración probatória y argumentacion jurídica. In: GARCIA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coord.). *Prueba y razonamiento probatório em el derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014.

CARRACEDO ÁLVAREZ, Angel. *La valoración de la prueba criminalística*. Madri: CCPJ. 1996.

FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. vol. I. Barcelona: Editorial Labor, 1952.

FONSECA, Claudia. Paternidade brasileira na era do DNA: a certeza que pariu a dúvida. *Cuadernos de Antropología Social*, Buenos Aires, n. 22, 2005, p. 27-51.

GARRIDO, Rodrigo. TAVARES, Natalia Lucero Frias. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: uma análise do art. 9-A da lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 4, n. 45, p. 207-226, fev. 2017.

GARLAND, David. Penal Power in America: Forms, Functions and Foundations. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 129, p. 217-256, 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. La prueba de ADN. In: GOMEZ COLOMER, Juan-Luis (Coord.). *La prueba de ADN en el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2014.

GOV UK. *National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017-2018*. United Kingdom: National Police Chief's Council, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/34q3epA>>. Acesso em: 03 mai. 2021.

HAMMERSCHIMDT, Denise. Perfil genético como forma de identificação criminal e banco de dados de DNAs de criminosos: Art. 9o-A da LEP. In: PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHIMDT, Denise; MARANHÃO, Douglas; COIMBRA, Mario (Coord.). *Direito de Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

HERDY, Rachel; KUNNI, Paulo Akira; BRUNI, Aline Thaís. O que podemos aprender com os erros periciais? *CONJUR*, 20 nov. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3sGvw7O>>. Acesso em: 03. mai. 2021.

HERDY, Rachel; DIAS, Juliana Melo. Devemos admitir provas periciais de baixa fiabilidade epistêmica?. *CONJUR*, 5 mar. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/2SfC8gA>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

INNOCENCE PROJECT. *DNA Exonerations in the United States*. Disponível em: <<https://bit.ly/3ja6dWX>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

ISHIDA, Valter Kenji. *Prática jurídica da execução penal*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

KADER, M.; LING, S. T. W.; LI, S. K. L. The use of DNA forensic evidence in criminal justice. *Singapore Law Review*, v. 35, p. 35-52, 2011.

LE MOS, Clécio; PEIXOTO JÚNIOR, Hélio. A prisão pública e a privada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 248, p. 15-16, jul. 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 236, p. 5-6, jul. 2012.

LOPEZVALERA, Manuel. *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*. Madrid: Librería Dykinson, 2019.

MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Ônus de fornecer a fonte real pericial versus o direito de não produzir prova contra si mesmo. In: SALGADO, Daniel Resende, KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Coords). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F, 2013.

MORO DEFENDE banco de DNA ampliado. *Correio Brasiliense*, Brasília, 21 abr. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2EmHPmw>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan; ARIANO, Raul Abramo. O acordo de barganha e o inexorável avanço da justiça consensual. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 321, p. 16-18, ago. 2019.

MOURA, Maria Thereza de Assis. *A prova por indício no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NICOLITT, André Luiz; BENEVITES, Lucas da Cruz. Identificação criminal e as alterações introduzidas pela Lei 13.964: A coleta de material genético à luz do sistema de direitos e garantias fundamentais. In: FELIX, Yuri; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de (Coord). *Pacote Anticrime: Reformas Processuais*. Florianópolis: Editora EMais. 2020.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 21, n. 250, p. 7, set. 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de Execução Penal*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SCHULTZ, Susanne. “Stop the DNA Collection Frenzy!”: Expansion of Germany’s DNA Database. *Forensic Genetics Policy Initiative*, [s.i]. Disponível em: <<https://bit.ly/32KImI1>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

SILVA, Mariana Lins de Carli. Capital genético da miséria: a proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 326, p. 13-16, jan. 2020.

SOLETO MUNOZ, Helena; FIODOROVA, Anna. DNA and Law Enforcement in the European Union: Tools and Human Rights Protection. *Utrecht Law Review*, Utrech, v. 1, issue 1, p. 149-162, jan. 2014.

SOUZA, Rosane Feitosa de; SOUZA, Hudson Fernandes de. Da (in)constitucionalidade do Banco de Dados com Perfil Genético de condenados no processo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 165, n. 165, p. 159-185, mar. 2020.

SUXBERG, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai/ago. 2018.

TAVARES, Natália Lucero Frias; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Os impactos do pacote anticrime no Banco Nacional de Perfis Genéticos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 28, n. 330, p. 26-29, mai. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 329-366, set/out. 2014.

VÁZQUEZ, Carmen. El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. *Revista Discusiones 24*, Buenos Aires, v. 1, p. 29-60, set. 2020.

VERVAELE, John, DE GRAAF, F.C.W. e TIELEMANS, N. El enfoque neerlandés em el tratamiento del ADN em el sistema de justicia penal. *In:*

GOMEZ COLOMER, Juan-Luis (Coord.). *La prueba de ADN en el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2014.

Agradecimentos

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

LINHA EDITORIAL

A RICP tem o objetivo de estimular o compartilhamento democrático de estudos em matéria de Ciências Penais, promovendo e fomentando o debate qualificado em Direito Penal, Direito Processual Penal, Política Criminal e Criminologia, bem como o diálogo com outros campos do saber jurídico e mesmo investigações inter e transdisciplinares, envolvendo outras áreas do conhecimento como a Economia, a Administração, a Psicologia, a Sociologia, a Medicina, a Filosofia, dentre outras.

DIRETRIZES ÉTICAS

A Revista do Instituto de Ciências Penais - RICP se orienta, eticamente, no processo de editoração e publicação, nas recomendações do “Comitê de Ética em Publicações” (Committee on Publication Ethics - COPE), bem como nas diretrizes básicas formuladas pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). O periódico se compromete com a celeridade do processo editorial, com o objetivo de proporcionar a divulgação ágil e de qualidade do conhecimento científico.

Em linha com o espírito e objetivos do acesso livre ao conteúdo editorial, o acesso à RICP é oferecido aos leitores e acadêmicos em caráter gratuito, sendo autorizada a sua reprodução, no todo ou em parte, desde que unicamente para fins educacionais e científicos, e se realizada a citação completa da fonte e de créditos de autoria. A Revista adota a licença “Creative Commons Atribuição – Não Comercial 4.0 Internacional”.

1. Deveres do Conselho Editorial

1.1. Procedimento de avaliação dos artigos

1.1.1 Os artigos são inicialmente submetidos à análise prévia de adequação formal (*desk review*), empreendida pela equipe editorial, verificando-se o atendimento aos requisitos formais de submissão, sua adequação à política editorial da Revista e sua viabilidade para publicação.

1.1.2 Em sequência, os artigos são remetidos a dois pareceristas para a avaliação do conteúdo, nos termos do sistema de pareceres *double-blind peer-review*.

1.1.3 Toda a atuação da Revista do Instituto de Ciências Penais é pautada pela excelência no conteúdo dos manuscritos e pela liberdade de expressão, vedada a censura ou restrições baseadas na vinculação política ou ideológica dos autores, ou qualquer outra razão discriminatória,

ressalvada a vedação de discursos ou conteúdos que fundamentem, divulguem ou incitem a discriminação étnica, racial, de gênero, de orientação sexual ou de crença.

1.2. Decisões sobre publicação

1.2.1 A par do sistema de pareceres *double-blind peer-review*, em casos excepcionais, a Diretoria da Revista poderá aceitar trabalhos de autores convidados quando considerar sua contribuição científica de grande relevância para o tema em questão.

1.3. Confidencialidade

1.3.1 O Editor-Chefe, os membros do Conselho Editorial e todos os demais membros da organização da Revista zelam pela confidencialidade e sigilo das informações acerca da submissão dos artigos, compartilhando-a apenas com o(s) próprio(s) autor(es), revisores, potenciais revisores, membros do Conselho Editorial e da Editoria da RICP, além de agências externas de controle de qualidade, por ocasião de autoria.

1.3.2 É vedado o uso de informações privilegiadas ou ideias obtidas por intermédio do processo de submissão dos manuscritos, não podendo os editores utilizá-las para proveito pessoal ou de terceiros.

1.4. Correção de erros

O Editor ou membro do Conselho Editorial que constatar, por qualquer fonte, a existência de erros significativos nos manuscritos, assume o compromisso de sinalizar a questão para que possa ser efetuada a retratação e/ou correção do artigo.

2. Deveres dos autores

2.1. Autoria e Coautoria

2.1.1 A identificação do(s) autor(es), bem como as informações sobre financiamentos, honorários ou outros benefícios recebidos para a pesquisa ou elaboração do texto devem ser consignados no texto, ainda que em nota de rodapé. Esses elementos, contudo, assim como eventuais agradecimentos que venham ser agregados ao corpo do texto, quando da submissão deverão constar tão somente no corpo do e-mail enviado

e na folha de rosto do artigo. Assim, garante-se que os pareceristas não identifiquem a autoria dos textos.

2.1.2 Considera-se autor aquele que participou do trabalho, responsabilizando-se publicamente pelo seu conteúdo. A participação engloba: a redação do trabalho ou a revisão com crítica no decorrer do texto; a concepção, delineamento ou reestruturação das ideias, bem como na análise e interpretação dos dados coletados.

2.1.3 Todos que tiverem contribuído significativamente para o trabalho devem ser listados como coautores. Assim, quando a publicação versar sobre resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso que sejam certificados a contribuição e consentimento de todos os colaboradores.

2.1.4 A simples coleta de dados, assim como a mera cessão de recursos financeiros e de infraestrutura, não legitima a autoria. Contudo, a participação e auxílio em momentos relevantes da pesquisa deve ser devidamente indicada, preferencialmente em nota de rodapé de agradecimento.

2.2. Referências, fontes e dados

2.2.1 Os autores devem indicar todas as referências que tenham influenciado o seu trabalho. As referências (legislativas, doutrinárias, jurisprudenciais etc.) devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização, possibilitando que terceiros possam replicar os passos tomados pelo(s) autor(es). Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link* e a data de acesso.

2.2.2 Informações obtidas reservadamente, tais como em conversas pessoais, correspondência ou discussões com terceiros não devem ser utilizadas ou transcritas, ressalvadas aquelas autorizadas pelas fontes correspondentes, exigindo-se consentimento por escrito – o qual deve ser enviado em conjunto com o trabalho submetido.

2.2.3 Todas as fontes de financiamento da pesquisa devem ser informadas e quaisquer conflitos de interesses existentes que possam influenciar na pesquisa devem ser divulgados.

2.2.4 Toda e qualquer manipulação e/ou modulação dos dados, mesmo os métodos de correção estatísticas, devem ser identificados e justificados.

2.3. Publicações anteriores, simultâneas ou posteriores

2.3.1 Trabalhos publicados anteriormente em anais de eventos científicos serão considerados inéditos desde que apresentem aprimoramentos efetivos a partir dos debates desenvolvidos. Esses aprimoramentos devem ser destacados no corpo do e-mail de submissão à equipe editorial.

2.3.2 É vedada a submissão simultânea do mesmo artigo a outra revista científica, durante o processo de avaliação pela RICP.

2.3.3 Após a publicação original na RICP, desde que autorizado pela Equipe Editorial e feita a devida referência à publicação original, o mesmo artigo poderá ser publicado em outros veículos de informação.

2.4. Eventuais conflitos de interesses e erros

2.4.1 Todos os autores devem informar à Equipe Editorial eventuais conflitos de interesses que possam ter influenciado nos resultados e na interpretação dos dados.

2.4.2 Caso o(s) autor(es) tome(m) conhecimento de algum erro significativo em seu artigo deve(m) notificar imediatamente a Equipe Editorial da RICP.

2.5. Direitos autorais, plágio e autoplágio

2.5.1. Plágio

É vedado o uso de frases, citações ou conceitos de outros autores, de qualquer origem, sem a atribuição dos devidos créditos, não se excluindo os casos nos quais se tratar de domínio público. Assim, quando uma ideia for utilizada no trabalho, esta deve ser expressamente creditada, sob pena de plágio.

2.5.2. Autoplágio

É vedado o uso de frases, trechos de textos, argumentos ou conclusões que o autor já tenha publicado em outros veículos de comunicação escrita, ainda que em outro idioma, sem declarar expressamente no texto a referência da obra anterior. Ressalvados os casos em que os textos sejam de domínio público, caracterizar-se-á o autoplágio.

2.5.3. Direitos autorais

2.5.3.1. Violação dos direitos autorais de terceiros

Os autores, ao submeterem seus artigos, assumem a responsabilidade integral pelo seu conteúdo. A Equipe Editorial da RICP se isenta de qualquer responsabilidade sobre o conteúdo desses trabalhos (bem como opiniões, transcrições, fontes e dados apresentados), obrigando-se a parte que submeteu o manuscrito, anuindo com os termos e políticas editoriais da RICP, a indenizar os editores e terceiros por eventuais danos materiais e morais causados em virtude de violação de direitos de autor, plágio, indicação contraditória de autoria e condutas inadequadas de pesquisa científica.

2.5.3.2. Direitos sobre os artigos

Todo o material submetido para avaliação e publicação, bem como os direitos patrimoniais de autor a eles vinculados serão transferidos para a RICP.

Após a primeira publicação, os autores poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações, indicando claramente ter sido este periódico o meio da publicação original.

3. Deveres dos pareceristas

3.1. *Double-blind peer-review*

3.1.1 Em respeito ao sistema de avaliação *double-blind peer-review*, a revisão dos artigos é feita por pares, os quais desconhecem tanto o autor do manuscrito quanto o outro parecerista que faz a dupla, ou trio, de análise.

3.1.2 Os pareceres poderão conter correções de ordem técnica e conceitual, sugestões de argumentos, de acréscimo ou subtração de dados, de mudança na estrutura e formatação do texto; e mesmo indicações bibliográficas, quando indispensáveis à atualização e confiabilidade do trabalho; poderão conter críticas ou elogios; bem como quaisquer orientações pertinentes para a adequação do trabalho aos critérios definidos neste edital.

3.1.3 As alterações poderão ser propostas em caráter de mera sugestão ou de condição para a publicação. Neste último caso, conforme a natureza da condição imposta e eventuais justificativas do autor, seu atendimento poderá ser dispensado pela Equipe Editorial.

3.2. Disponibilidade dos pareceristas

3.2.1 Todos os pareceristas têm o dever de cumprir os prazos estabelecidos para leitura, análise e emissão de parecer sobre o(s) artigo(s) recebido(s). Caso o parecerista não tenha disponibilidade para tal ato, deverá informar o Editor-Chefe ou a Equipe Editorial tão logo receba a solicitação.

3.2.2 Qualquer avaliador que for selecionado e não se sentir à vontade para avaliar determinado artigo, seja por não se sentir qualificado para analisá-lo ou por outro motivo pessoal ou técnico, deverá informar o Editor-Chefe ou a Equipe Editorial tão logo receba a solicitação.

3.3. Confidencialidade

3.3.1 Todos os trabalhos recebidos para análise devem ser tratados como documentos confidenciais, não devendo ser mostrados ou discutidos com terceiros, tampouco utilizados para proveito pessoal, o que se estende a quaisquer informações e ideias obtidas através do processo de avaliação.

3.4. Objetividade

Os pareceristas devem conduzir as avaliações de forma objetiva, expressando seus apontamentos de maneira clara, e com justificativas suficientes e razoáveis. Veda-se, portanto, o uso de críticas excessivas, que transcendam a obra para atingir o decoro do autor.

3.5. Avaliação das fontes

3.5.1 Os pareceristas podem, se necessário para a completude e confiabilidade do artigo avaliado, identificar trabalhos relevantes ao tema que não foram citados pelos autores e indicá-los para citação. Toda afirmação previamente existente na literatura deve ser acompanhada por citação pertinente e relevante.

3.5.2 O parecerista deve sempre alertar a Equipe Editorial quanto a semelhanças substanciais ou sobreposições entre o artigo e qualquer outra publicação de que tenha conhecimento, assim como quanto a quaisquer outras possíveis violações de direitos autorais.

3.6. Conflito de Interesses

Os pareceristas não devem avaliar manuscritos em que tenham conflitos de interesse resultantes de competição, colaboração ou outras ligações.

4. Recomendações para autores e pareceristas

4.1 Leitura das diretrizes básicas formuladas pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e das recomendações do “Comitê de Ética em Publicações” (*Committee on Publication Ethics - COPE*) sobre o processo de editoração e publicação.

4.2 Acesso aos recursos e ao conteúdo do portal *Researcher Academy*, para capacitação.

NORMAS DE SUBMISSÃO

1. Das diretrizes para submissão e publicação dos manuscritos

1.1. Os artigos científicos submetidos para avaliação deverão ser enviados em formato word/docx, para o endereço eletrônico ricp@icp.org.br.

1.2. Os textos enviados para a Revista do Instituto de Ciências Penais deverão ser inéditos no Brasil, levando em consideração qualquer forma de publicação impressa e/ou digital, sendo vedado o seu encaminhamento simultâneo a outras revistas.

1.2.1. Trabalhos publicados anteriormente em anais de eventos científicos serão considerados inéditos desde que apresentem aprimoramentos efetivos a partir dos debates desenvolvidos. Esses aprimoramentos devem ser destacados no corpo do e-mail de submissão à equipe editorial.

1.2.2. Serão publicados artigos de até três autores, com titulação mínima de mestre. Serão aceitos, contudo, artigos publicados em coautoria com mestrandos graduados em curso superior e devidamente matriculados em programas autorizados de Pós-Graduação.

1.3. Serão publicados trabalhos nos seguintes idiomas: português, espanhol, inglês, italiano, alemão ou francês.

1.4. Os artigos deverão ser enviados com uma folha de rosto na qual constem os dados pessoais do autor. Os dados exigidos são: nome completo; CPF; qualificação (incluindo a universidade, instituto ou fundação ao qual o autor está vinculado); telefone; endereço completo; endereço eletrônico; link para o currículo Lattes.

1.5. Os artigos devem ser enviados até o fim do prazo estabelecido neste edital. Entretanto, aqueles que forem enviados posteriormente a esta data, caso aprovados, serão submetidos à edição seguinte da RICP.

1.6. O título do artigo deverá ser no idioma de redação do texto e em inglês (se o título e o resumo estiverem redigidos em língua inglesa, ele deverá obrigatoriamente conter um título em um dos outros idiomas da RICP). O título deverá constar em fonte Times New Roman (TNR), tamanho 12, negrito, letras em caixa alta, texto centralizado.

1.7. O resumo deverá ser escrito na língua de redação e em inglês, devendo conter entre 100 e 200 palavras. Não deve o resumo repetir trechos da introdução. Serão até 5 palavras chave, separadas por ponto e vírgula. Fonte TNR, tamanho 12, texto justificado, entrelinhas 1,0 e entre parágrafos 0 pts.

1.8. Antes da introdução e após os resumos, os artigos deverão conter um sumário com todos os itens e subitens no mesmo parágrafo, separados por ponto e vírgula, numerados em arábico, em fonte TNR, tamanho 12, entrelinhas 1,0 pt, texto justificado e entre parágrafos 0 pts.

1.9. Os artigos deverão conter itens específicos para introdução e conclusão e referências. Este último item será dispensável quando as notas de rodapé trouxerem referências completas às fontes citadas e consultadas.

1.10. A íntegra dos artigos submetidos deve, preferencialmente, apresentar extensão de 15 a 30 páginas. Deverão ser utilizados a fonte TNR, tamanho 12, no corpo do texto, e espaçamento entrelinhas de 1,5, com margens direita e inferior de 2,0 cm e esquerda e superior de 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deverá ser A4 e o texto deverá estar justificado. Quanto ao espaçamento do texto, deverá ser observado entre parágrafos 0 pts; e no início do parágrafo, recuo de 1,5 cm; entre título e texto ou texto e título, uma linha de espaço. Citações de até 3 linhas devem ser realizadas no corpo do texto, entre aspas, com formatação semelhante à do corpo do texto. As citações com entrada (que ultrapassam 3 linhas) devem ser formatadas em TNR, tamanho 10, 4,0 cm de recuo e entrelinhas 1,0. As notas de rodapé devem estar em TNR, tamanho 10 e entrelinhas 1,0.

1.11. As referências bibliográficas deverão ser apresentadas em nota de rodapé e / ou após a conclusão, em ordem alfabética, com alinhamento justificado, em fonte Times New Roman 12, espaçamento entrelinhas 1,5, com uma linha de espaço entre cada referência.

1.12. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). Há preferência por textos que utilizem referências em formato completo em notas de rodapé ao final de cada página. Contudo, também são aceitas referências em formato autor-data.

1.13. As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o link e a data de acesso.

1.14. Caso o autor queira dar destaque ao texto, deverá utilizar itálico e não negrito ou sublinhado. O uso de negrito ou itálico para outras finalidades, como identificação de idioma estrangeiro ou destaque a título de obra citada, devem seguir a NBR 6023/2002 da ABNT. O uso de aspas deverá ser feito para a citação direta de outros autores.

1.15. Serão publicados comentários sobre decisões/acórdãos/sentenças dos tribunais nacionais e internacionais, bem como resenhas de obras que possuam interesse jurídico e científico e compatibilidade com a linha editorial da RICP.

1.15.1. Os textos de resenha de obra ou de comentários sobre decisões/acórdãos/sentenças dos tribunais nacionais e internacionais sobre temas da linha editorial da Revista não podem ultrapassar 10 (dez) mil caracteres (com os espaços) e devem observar, no que aplicáveis, as mesmas regras para a formatação dos artigos.

1.15.2. O manuscrito da resenha deve conter a indicação completa/referência da obra resenhada.

1.15.3. O manuscrito dos comentários deverá estar acompanhado do texto formatado da decisão ou acórdão no idioma original, não superando 30.000 (trinta mil) caracteres com espaços, ou a indicação de página web na qual a decisão ou acórdão comentado possa ser acessado na íntegra e livremente.

1.16. A inobservância das normas deste Edital e das políticas editoriais da Revista poderá resultar na rejeição do artigo.

1.17. Todo o material submetido para avaliação e publicação, bem como os direitos patrimoniais de autor a eles vinculados serão transferidos para a RICP.

1.18. Em linha com o espírito e objetivos do acesso livre ao conteúdo editorial, o acesso à RICP é oferecido aos leitores e acadêmicos em caráter gratuito, sendo autorizada a sua reprodução, no todo ou em parte, desde que unicamente para fins educacionais e científicos e se realizada a citação completa da fonte e de créditos de autoria. A Revista do Instituto de Ciências Penais adota a licença “Creative Commons Atribuição – Não Comercial 4.0 Internacional”.

2. Processo de avaliação e seleção dos trabalhos

2.1. Os artigos serão submetidos à análise prévia de adequação formal da equipe editorial, sendo imediatamente enviados a dois pareceristas “*ad hoc*” anônimos para avaliação do conteúdo. A avaliação será realizada pelo sistema de pareceres *double-blind peer-review*. Os pareceristas poderão aprovar o texto, não aprovar ou aprovar com ressalvas.

2.2. A identificação do (s) autor (es) deverá ser apenas feita no corpo do e-mail enviado (bem como qualquer agradecimento que eventualmente seria agregado ao corpo do texto ou informações sobre financiamentos) e na folha de rosto, conforme item 1.4, garantindo assim, que os pareceristas não tenham contato com os autores dos textos.

2.3. Em documentos do Microsoft Office, a identificação do autor deve ser removida das propriedades do documento (no menu Arquivo > Propriedades), iniciando em Arquivo, no menu principal, e clicando na sequência: Arquivo > Salvar como... > Ferramentas (ou Opções no Mac) > Opções de segurança... > Remover informações pessoais do arquivo ao salvar > OK > Salvar.

2.4. Em caso de um parecer de aprovação e outro de reprovação, o artigo será submetido a um terceiro parecerista.

2.5. Em caso de reprovação do manuscrito, serão encaminhadas justificativas resumidas ao autor, mantendo-se a integral confidencialidade dos avaliadores.

2.6. Os pareceres poderão conter correções de ordem técnica e conceitual, sugestões de argumentos, de acréscimo ou subtração de dados, de mudança na estrutura e formatação do texto; e mesmo indicações bibliográficas, quando indispensáveis a atualização e confiabilidade do trabalho; poderão conter críticas ou elogios; bem como quaisquer orientações pertinentes para a adequação do trabalho aos critérios definidos neste edital. As alterações poderão ser propostas em caráter de mera sugestão ou de condição para a publicação. Neste último caso, conforme a natureza da condição imposta e eventuais justificativas do autor, seu atendimento poderá ser dispensado pelo Conselho Editorial.

2.7. A par do sistema de pareceres *double-blind peer-review*, em casos excepcionais, a Diretoria da Revista poderá aceitar trabalhos de autores convidados quando considerar sua contribuição científica de grande relevância para o tema em questão.

2.8. A Equipe Editorial divulgará o resultado da avaliação via e-mail, por meio de mensagem particular aos autores.

3. Da política de privacidade

3.1. Os autores que submeterem seus artigos assumem a responsabilidade integral pelo seu conteúdo. A Equipe Editorial da RICP se isenta de qualquer responsabilidade sobre o conteúdo desses trabalhos (bem como opiniões, transcrições, fontes e dados apresentados), obrigando-se a parte que submeteu o manuscrito e que aceitou os termos e políticas editoriais da RICP a indenizar os editores e terceiros por eventuais danos materiais e morais causados em virtude de violação de direitos de autor, plágio, indicação contraditória de autoria e condutas inadequadas de pesquisa científica.

3.2. Em caso de demandas de readequação do formato e dimensão dos números da Revista, a Equipe editorial reserva-se o direito de publicar artigos submetidos no presente edital nas próximas edições da Revista, condicionada à da autorização pelo autor.

3.3. Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.



Belo Horizonte Av. Brasil, 1843, Savassi, Belo Horizonte, MG Tel.: 31 3261 2801 CEP 30140-007	São Paulo Av. Paulista, 2444, 8º andar, cj 82 Bela Vista – São Paulo, SP CEP 01310-933
--	---

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2021, Editora D'Plácido.
Copyright © 2021, Os Autores.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Letícia Robini

Diagramação Letícia Robini

Revisão Marina Medrado de Correia

Esta revista foi impressa em papel Off-Set 75g,
com tipografia Bembo Std 12/14.

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé





ISSN: 2675-5874

DOI: 10.46274/1809-192XRICP