

# TEMAS CONTEMPORÂNEOS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

COORDENADORES  
FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO  
PEDRO IVO DE SOUSA  
TARCÍSIO JOSÉ SOUSA BONFIM

AUTORES: ALESSANDRO SAMARTIN DE GOUVEIA • ANA ADELAIDE BRASIL SÁ CAYE • ANALÚ LIBRELATO LONGO  
CRISTINA SCHMITT ROSA • DIEGO GOMES CASTILHO • DOUGLAS FISCHER FERNANDA DA SILVA SOARES  
GUSTAVO SENNA • HELAINE DA SILVA PIMENTEL PEREIRA • KLEDSON DIONYSIO DE OLIVEIRA  
LEONARDO AUGUSTO DE ANDRADE CEZAR DOS SANTOS • MARCELLE RODRIGUES DA COSTA E FARIA  
MARIANA DIAS MARIANO • MARIANA SEIFERT BAZZO • OCTAHYDES BALLAN JUNIOR • PAULO CÉSAR BUSATO  
PATRÍCIA CUNHA • PRISCILLA RAMINELI LEITE PEREIRA • RENEE DO Ó SOUZA • RODRIGO CHEMIM  
RODRIGO MONTEIRO • SELMA PEREIRA DE SANTANA • TARCILA TEIXEIRA • TÁSSIA LOUISE DE MORAES OLIVEIRA

# TEMAS CONTEMPORÂNEOS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

## Coordenadores:

Fábio Roque Sbardelotto, Pedro Ivo de Sousa e  
Tarcísio José Sousa Bonfim

## Autores:

Alessandro Samartin de Gouveia, Ana Adelaide Brasil Sá Caye,  
Analú Librelato Longo, Cristina Schmitt Rosa, Diego Gomes Castilho,  
Douglas Fischer, Fernanda da Silva Soares, Gustavo Senna, Helaine da  
Silva Pimentel Pereira, Kledson Dionysio de Oliveira, Leonardo Augusto de  
Andrade Cezar dos Santos, Marcelle Rodrigues da Costa e Faria, Mariana  
Dias Mariano, Mariana Seifert Bazzo, Octahydes Ballan Junior, Patrícia  
Cunha, Paulo César Busato, Pedro Ivo de Sousa, Priscilla Ramineli Leite  
Pereira, Renee do Ó Souza, Rodrigo Chemim, Rodrigo Monteiro, Selma  
Pereira de Santana, Tarcísio José Sousa Bonfim e Tássia Louise de Moraes  
Oliveira



Porto Alegre, 2024

**Fundação Escola Superior do Ministério  
Público do Rio Grande do Sul**

**CONSELHO ADMINISTRATIVO**

**Presidente**

Fábio Roque Sbardellotto

**Vice-Presidente**

Luciano de Faria Brasil

**Secretário**

Josiane Superti Brasil Camejo

**Representante Do Corpo Docente**

Alexandre Lipp João

**FACULDADE DE DIREITO**

**Diretor**

Mauro Luis Silva de Souza

**Coordenadora do Curso de Graduação**  
Joseane Schuck

**Coordenador do Curso de Mestrado**  
Anizio Pires Gavião Filho

**EDITORA DA FMP**

**Diretor**

Gilberto Thums

**Vice-Diretor**

Fábio Roque Sbardellotto

**Conselho Editorial**

Ana Carolina da Costa e Fonseca

Anizio Pires Gavião Filho

Bianca Pazzini

Carla Carrion Frós

Fábio Roque Sbardellotto

Francisco José Borges Motta

Gilberto Thums

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Renata Maria Dotta

Copyright © 2024 by Editora da FMP

**DIAGRAMAÇÃO**

Niura Fernanda

**CAPA**

Marketing FMP

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
CIP-Brasil. Catalogação na fonte  
Bibliotecária Responsável: Cristini Fernandes Borth Klippel - CRB 10/2649

---

T278

Temas contemporâneos de ciências criminais. [recurso eletrônico] / Coordenadores: Fábio Roque Sbardellotto, Pedro Ivo de Sousa e Tarcísio José Sousa Bonfim. – Porto Alegre: Editora da FMP, 2024.  
Recurso online (452 p. : il.)

Modo de acesso: <https://editora.fmp.edu.br/index.php/efmp/catalog>  
ISBN n° 978-65-89997-67-2

Ciências criminais. 2. Temas contemporâneos. I. Sbardellotto, Fábio Roque. II. Sousa, Pedro Ivo de. III. Bonfim, Tarcísio José Sousa. IV. Título.

CDU: 343.2

---

**EDITORA DA FMP**

Rua Cel. Genuino, 421 – Centro 90010-350. Porto Alegre, RS, Brasil.  
(51) 3027-6581 | [editorafmp@fmp.com.br](mailto:editorafmp@fmp.com.br)

## SUMÁRIO

Apresentação.....	5
<i>Tarcísio José Sousa Bonfim</i>	
A inovadora ley general de victimas mexicana e suas contribuições para a proteção da vítima na ordem jurídica brasileira .....	6
<i>Tarcísio José Sousa Bonfim, Pedro Ivo de Sousa</i>	
A justiça negocial brasileira como instrumento de desenvolvimento do criminal compliance .....	20
<i>Fernanda da Silva Soares</i>	
A justiça penal negociada no Brasil: breves considerações sobre a habitualidade criminosa como vedação ao acordo de não persecução penal.....	50
<i>Ana Adelaide Brasil Sá Caye, Patrícia Cunha</i>	
A malversação de dinheiro público misturado em conta corrente municipal e a investigação criminal pelo Ministério Público Estadual .....	66
<i>Alessandro Samartin de Gouveia</i>	
A nova redação do art. 40-A da lei Maria da Penha e sua aplicação para o sujeito ativo mulher .....	92
<i>Mariana Seifert Bazzo, Mariana Dias Mariano</i>	
A reparação do dano moral coletivo como condição necessária à celebração do acordo de não persecução penal no tráfico privilegiado.....	103
<i>Leonardo Augusto de Andrade Cezar dos Santos, Rodrigo Monteiro</i>	
A responsabilidade penal dos dirigentes da pessoa jurídica no crime de lavagem de capitais.....	124
<i>Renee do Ó Souza</i>	
Análise acerca da lei Mariana Ferrer, nº 14.245/21, e a sua importância no combate a violência institucional contra as mulheres no Brasil .....	136
<i>Helaine da Silva Pimentel Pereira</i>	
Compliance criminal como forma de prevenção criminal: por uma atuação contemporânea do ministério público .....	152
<i>Gustavo Senna</i>	
Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação .....	176
<i>Paulo César Busato</i>	

Crianças e adolescentes vítimas de violência sexual: a importância de falar e a arte de ouvir .....	206
<i>Tarcila Teixeira</i>	
Dano ao projeto de vida como consequência do crime a ser considerado na aplicação da pena e na fixação da indenização das vítimas e seus familiares .....	221
<i>Marcelle Rodrigues da Costa e Faria</i>	
Em que medida as práticas restaurativas podem (ou não) contribuir para que o sistema de justiça atenda de forma mais eficiente às necessidades das mulheres vítimas de violência doméstica? .....	236
<i>Cristina Schmitt Rosa</i>	
Encarceramento em massa ou criminalidade em massa – fatos, direito e realidade .....	251
<i>Diego Gomes Castilho</i>	
Evolução da tortura: de prática permitida à cruel violação da dignidade da pessoa humana.....	275
<i>Priscilla Ramineli Leite Pereira</i>	
Falsas memórias e a urgência de se repensar a forma e a credibilidade do testemunho colhido na investigação criminal .....	294
<i>Rodrigo Chemim</i>	
Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência.....	330
<i>Tássia Louise de Moraes Oliveira, Selma Pereira de Santana</i>	
Limites cognitivos para a igualdade de gênero intraprocessual no processo penal.....	355
<i>Octaydes Ballan Junior</i>	
Limitações internacionais à competência da justiça militar: controle de convencionalidade sobre a competência da justiça militar para julgar violações criminosas contra direitos humanos e fundamentais de vítimas civis.....	376
<i>Kledson Dionysio de Oliveira</i>	
Recursos procrastinatórios e multa por violação da boa-fé objetiva no processo penal.....	405
<i>Douglas Fischer</i>	
Revisitando gary becker – teoria econômica e teoria do crime: um diálogo eficiente .....	435
<i>Anahí Librelato Longo</i>	

## APRESENTAÇÃO

De forma muito honrosa, registro o início de uma importante parceria entre a Associação Nacional do Ministério Público (CONAMP) e a Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), com o objetivo de fortalecer conjuntamente o trabalho dessas duas entidades.

Nesse contexto, diversas iniciativas foram planejadas, e é com grande entusiasmo que apresentamos a primeira delas: o lançamento da presente obra simbolizando o marco inaugural desta colaboração.

Trata-se do início de uma jornada que, sem dúvida, trará significativos frutos para os membros da instituição.

O livro “Temas Contemporâneos das Ciências Criminais” reúne uma série de discussões relevantes, abordando questões que estão no centro das reflexões mais urgentes sobre o presente e o futuro das ciências criminais no Brasil e no mundo.

Com contribuições de membros do Ministério Público brasileiro, a obra explora temas como direito das vítimas, a consensualidade e o uso dos instrumentos legais de composição, tecnologia disruptiva e inovação, combate a criminalidade e a violência, novamente a de gênero, dentre outros. Esses textos refletem a tradição de vanguarda do Ministério Público brasileiro, cujas instituições e membros têm, historicamente, demonstrado compromisso com a construção de um sistema de justiça penal mais justo, efetivo e equilibrado.

Com imensa satisfação, registro aqui estas breves palavras, na expectativa de que elas inspirem o leitor a se engajar em uma análise cuidadosa e crítica dos textos apresentados. Que essa obra estimule o diálogo reflexivo com seus autores e contribua para a constante evolução do nosso sistema de justiça penal.

Que esta parceria entre CONAMP e FMP seja apenas o início de uma longa e produtiva trajetória, fomentando debates cada vez mais profundos e qualificados sobre as ciências criminais no Brasil e, com isso, contribuindo para o aperfeiçoamento da nossa atuação.

Boa leitura!

Tarcísio Bonfim  
Presidente da CONAMP

# A INOVADORA *LEY GENERAL DE VICTIMAS* MEXICANA E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A PROTEÇÃO DA VÍTIMA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Tarcísio José Sousa Bonfim<sup>1</sup>  
Pedro Ivo de Sousa<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar os principais aspectos da *Ley General de Víctimas* do México, perquirindo se e em que medida esta legislação pode contribuir para o avanço do debate quanto ao papel da vítima no ordenamento brasileiro. Partindo do exame de bibliografia especializada e de textos legislativos, realizando uma análise qualitativa do material pesquisado, buscou-se entender o modo como estruturada a legislação mexicana, com vistas a dela extrair contribuições ao atual cenário nacional, em que se encontra em discussão projeto de lei destinado à criação do Estatuto da Vítima, marco regulatório de grande relevância no contexto brasileiro, no qual aqueles que diretamente sofrem danos das mais variadas espécies e proporções são alijados do efetivo tratamento do conflito e, em muitos casos, não têm seus direitos mais elementares tutelados.

**Palavras-Chave:** Estatuto da Vítima; Vitimologia; *Ley General de Víctimas* do México;

## 1 INTRODUÇÃO

O tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico às vítimas mostra-se variável conforme mostrem-se distintos os cortes temporais e espaciais sob exame, sendo a relevância do estudo e do debate sobre esta temática, por certo, crescente. Voltando-se o olhar para a realidade do sistema de justiça brasileiro e de seus resultados em relação às vítimas dos mais diversos fatos danosos, emergem não poucos cenários problemáticos.

Não obstante se possa falar em algum avanço legislativo e na formulação de políticas relacionadas à atenção conferida àqueles que suportaram os danos físicos, patrimoniais, psicológicos ou morais oriundos da prática delitativa, de desastres naturais ou de outras diversas violações de direitos fundamentais, observa-se que há um longo caminho a ser percorrido. Isso porque, ao se analisar a ordem jurídica brasileira, vê-se o tímido espaço concedido à tutela de direitos das vítimas.

Este reduzido espaço pode ser notado na ausência de compreensão de quem é a vítima, de qual a extensão deste conceito, que, hoje, já não se restringe ao sujeito passivo de uma prática criminosa, tendo a vitimologia avançado no estudo da matéria e viabilizado uma compreensão

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no MPMA. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina e em Direito Constitucional Aplicado pelo Centro Universitário do Maranhã. Presidente da CONAMP.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça no MPES. Doutor em Direito Constitucional pela Roma-Tre, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV e Especialista em Direitos e Garantias Constitucionais pela FDV. Professor do Curso de Direito na UFES e na Escola Superior do Ministério Público/AESMP.

a ultrapassar o quanto construído no âmbito do Direito Penal. Ademais, muito há que se discutir acerca das diversas espécies de danos sofridos por pessoas vitimadas, bem como sobre o alcance desses danos, em seus mais variados caracteres, com aptidão para atingir a esfera de direitos de indivíduos que não apenas a vítima direta.

Especialmente da análise do direito e do processo penal, observa-se a necessidade de ampliação do espaço de atuação viabilizado às vítimas, as quais, no contexto atual, acabam, em grande medida, alijadas do conflito com o qual estão diretamente envolvidas. Sem voz e participação de relevo no âmbito processual, as vítimas (em acepção ampla) têm seus direitos fortemente atingidos, deixando de receber o tratamento adequado com vistas à superação ou ao abrandamento dos efeitos danosos por elas suportados.

Como mencionado anteriormente, certo avanço legislativo pode ser observado nas últimas décadas, podendo ser citadas as Leis nº 9.099/1995 e 13.964/2019, as quais, no campo processual penal, concederam à vítima um papel de maior destaque, seja viabilizando a composição civil entre esta e o suposto infrator como o faz a primeira legislação mencionada, seja abrindo espaço à reparação do dano causado pela prática criminosa.

Ampliando o espectro de proteção às vítimas, a Resolução nº 243/2021 do Conselho Nacional do Ministério Público cria a Polícia Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e de Apoio às Vítimas, sendo estas consideradas não apenas na seara das infrações penais, como também na dos atos infracionais, dos desastres naturais, das calamidades públicas e das graves violações a direitos humanos. Assim, para além de incrementar a compreensão do fato vitimizador, a referida Resolução ainda dispõe sobre as espécies de vítima, os direitos a serem protegidos e as medidas de justiça restaurativa e de caráter preventivo e difuso.

Com o fim de expandir o tratamento dedicado à matéria no ordenamento jurídico brasileiro, decerto merece destaque o Projeto de Lei nº 3.890/2020, em trâmite na Câmara dos Deputados. Trata-se de proposta de criação do Estatuto da Vítima, a demandar profundo debate e participação dos mais diversos grupos e instituições nacionais, com vistas à elaboração de um corpo normativo com aptidão a, efetivamente, tutelar estes sujeitos de direito que, constantemente, veem-se violados em diversos aspectos de sua existência<sup>3</sup>.

Neste debate, o conhecimento quanto à experiência no tratamento das vítimas por outros países pode mostrar-se valioso, servindo as previsões legais estrangeiras como contribuição para a construção de instrumentos normativos sobre a matéria no Brasil. Com o fim de averiguar esta possível contribuição, propõe-se, nesse estudo, a análise específica quanto à Ley

---

<sup>3</sup> Importante ressaltar que o PL nº 5.230/20, de autoria do deputado federal Eduardo da Fonte está apensado ao PL nº 3.890/2020, propondo também a criação do estatuto em defesa da vítima. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265503>. Acesso em: 10 nov. 2024.



General de Víctimas do México. Promulgada em 2013 e contando com mais de 180 artigos, a legislação em comento confere extenso tratamento à figura da vítima, de modo que o exame de seus principais caracteres se mostra recomendável para a compreensão da temática e para sua aplicação no Brasil.

Questiona-se, portanto, se a legislação mexicana supramencionada possui contribuições para a construção de um arcabouço normativo brasileiro voltado à tutela dos direitos da vítima e em que medida essas eventuais contribuições podem alcançar o cenário brasileiro.

Sem a pretensão de esgotar a análise da Ley General de Víctimas do México, este estudo teve por objetivo compreender os aspectos gerais da disciplina normativa por esta inaugurada, o caminho até sua construção, os principais resultados de sua aplicação no cenário mexicano, bem como, em cotejo com a atual proposta de Estatuto das Vítimas no Congresso Nacional brasileiro, compreender como aquela lei pode contribuir para novas perspectivas na proteção de direitos de pessoas alcançadas por fatos vitimizantes.

Quadra registrar que, para tanto, a presente pesquisa foi realizada, notadamente, a partir da revisão da literatura jurídica especializada sobre a matéria, sendo adotada uma abordagem qualitativa durante a análise da bibliografia selecionada e dos atos legislativos relacionados ao problema proposto, visando ao aprofundamento quanto aos temas a este vinculados.

## **2 DO CAMINHO PARA ELABORAÇÃO DA LEI MEXICANA**

### **2.1 BREVE APANHADO HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DA PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO GARANTISTA MEXICANA**

Advinda de um período pós-revolucionário, a Carta Constitucional mexicana de 1917 foi influenciada pelo pensamento de jovens que se insurgiram contra a ditadura de Porfirio Díaz, então presidente do País. O grupo, intitulado Regeneración, reunia intelectuais com ideais progressistas, que estiveram à frente do manifesto lançado em 1906, sendo este o principal arquétipo sob o qual a Constituição Mexicana se debruçou.

As propostas vislumbradas no manifesto geraram alta repercussão por incluírem pautas nunca antes questionadas publicamente, como a proibição de sucessivas reeleições presidenciais, ruptura da influência religiosa sobre o Estado, garantia de direitos e liberdades individuais aos opositores do governo, reforma agrária, ampliação do sistema de educação pública e assistência aos trabalhadores assalariados.

Diante desse contexto, com a deposição de Porfirio Díaz em 1911, dá-se início à ruptura de um sistema autoritário, chegando ao poder uma nova tendência liberal. Assim, em outubro de 1916 diversas facções se reuniram no Congresso Constituinte, com o propósito

de estudar as reformas que integrariam a nova Carta Magna, a qual iria reger a nova ordem constitucional.

Para tanto, foram eleitos 219 deputados, representando cada estado, com o objetivo de interceder pelas demandas de cada grupo ali indicado. As convocatórias para a Assembleia Constituinte reuniram uma pluralidade de opiniões, que, rapidamente, se dividiram política e ideologicamente entre esquerda progressista e direita moderada. Isso porque, na esfera dos acalorados debates e efervescência coletiva, as diferenças afluíam, deixando claro quais classes desejavam manter a estrutura da constituição passada, outorgada em 1857, e quais queriam a ruptura total com aquele modelo governamental. Nesse viés, foram colocados em pauta os chamados *Puntos Constitucionales*, que definiram os tópicos centrais a serem analisados pelo Congresso e submeteram à apuração as considerações feitas pelos deputados participantes daquela comissão.

Em uma perspectiva geral, a massa que compunha a maioria da Assembleia chegou livre de partidarismos e formou um equilíbrio entre os extremos, fazendo com que a redação do texto constitucional incorporasse diversas correntes revolucionárias. Dentre as mudanças discutidas e aprovadas, observam-se artigos que resultaram em alterações de impacto significativo na busca por direitos coletivos e proteção àqueles antes desamparados frente a práticas criminosas no geral.

Evidencia-se que, pela primeira vez, a Constituição incorporou garantias sociais em favor dos segmentos mais vulneráveis, assegurando-lhes o texto normativo como instrumento para a efetivação desses direitos inaugurados.

À vista disso, face às mudanças empreendidas, pode-se galgar lentamente até o diploma normativo principal a ser discutido no presente estudo: a Ley General de Víctimas do México, promulgada em 2013.

## 2.2 DO CONTEXTO HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA *LEY GENERAL DE VICTIMAS*

Sob a perspectiva da formação constitucional supracitada, o cenário político-normativo mexicano evoluiu à medida que incorporou em suas provisões legislativas dispositivos que assegurassem os direitos individuais frente à ascensão de violência e criminalidade instaurada na República.

Nesse espeque, o crime organizado teceu uma escalada endêmica de violência, dilatando todos os indicadores de criminalidade, como sequestro, extorsão, estupro, roubo, furto de carro, assalto a residências e em especial o número de assassinatos na região, fazendo com que esse índice disparasse em um ranking perturbador. O Instituto Nacional de Estatística e Geografia

(INEGI)<sup>4</sup> registrou um aumento de quase 40% na taxa de incidência delitiva entre os anos de 2010 e 2013, sendo o último o ano em que foi positivada a lei em questão.

O corrente cenário sobreveio de uma onda de violência sob a qual padece o País e foi marcado pelo clamor popular em tom de protesto frente às entidades públicas. O período se destaca pelo abandono e corrupção das instituições de apoio à vítima, insurgindo o sentimento coletivo de impunidade, abuso de poder e violação dos direitos humanos. Diante disso, em maio de 2011, emerge o movimento da Caminhada pela Paz (*Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad*), a qual reuniu milhares de manifestantes pressionando o silente poderio governamental em busca de visibilidade para os casos.

A manifestação, que se transformou em um movimento social, inquiriu o governo a tratar de pautas sensíveis, tendo como destaque três pontos principais: modificar a estratégia de segurança nacional, esclarecer a dezena de homicídios e desaparecimentos e garantir justiça e acesso aos direitos às vítimas.

Dentre as conclusões obtidas com este protesto, observou-se que a partir do momento em que as vítimas eram tidas como sujeitos sociais e jurídicos, constatava-se que o Estado estava falhando no exercício de proteção dos direitos individuais inerentes aos seus governados. Frente a isso, os líderes do movimento se organizaram, dando início a um diálogo com as esferas de poder em um módulo pendular, o qual relacionava-se simultaneamente com o legislativo e o judiciário.

Nesse contexto, o então presidente à época, Felipe Calderón, ficou-se inerte quanto às demandas pleiteadas, enquanto o Poder Legislativo buscou meios para integrar a proteção dos direitos das vítimas em seu rol normativo. Para tanto, foram convocados membros da sociedade civil, organizações sociais, acadêmicos e especialistas, com o fito de instaurar este marco legal. A partir dessa mobilização, nasceu a “*Ley General de Víctimas*”, que posteriormente foi vetada e reformada por Calderón, como forma de obstaculizar a entrada do diploma em vigor.

A Lei, publicada em 9 de janeiro de 2013, foi vista como um passo adiante na busca pelas garantias antes previstas apenas na Constituição. Entretanto, em que pese sua publicação, o clamor popular não foi inteiramente atendido, haja vista que ainda existia o temor e a desconfiança das instituições públicas, enquanto o governo almejava dar como concluída a violência intrínseca à formação da sociedade mexicana. Sob tal ponto de vista, tem-se o depoimento de uma jovem estudante, que presenciou o momento em que a lei foi promulgada:

---

<sup>4</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. *Seguridad pública y justicia: Incidencia delictiva*. Disponível em: <https://www.inegi.org.mx/temas/incidencia/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

Una estudiante de la Universidad de Guadalajara, que acompañó a las víctimas el día de la promulgación de la ley, comentó, afuera de la residencia oficial de Los Pinos, que no había observado alegría entre las víctimas al momento de escuchar el anuncio del presidente de la república. Coincidió con ella. La más valiosa aportación del movimiento de víctimas que encabeza Javier Sicilia es que con su acción es probable que, un día, algunas de ellas encuentren justicia. Pero se trata de vidas partidas, de tragedias sin consuelo, que a pesar del dolor que cargan ayudan al país a pensar la guerra y detener la violencia.<sup>5</sup>

Assim, tem-se que a sociedade mexicana, mesmo avançando lentamente em direção à construção de uma sociedade mais justa e igualitária, se encontra asfixiada pela corrupção e criminalidade, sob a qual se desenvolveram índices gritantes de violência.

### **3 IMPACTOS DA PROMULGAÇÃO DA LEY GENERAL DE VICTIMAS**

Por conta de uma súplica coletiva, a Ley General de Víctimas foi promulgada e posta à disposição das demandas populares. Todavia, embora representasse um avanço na busca por direitos, a junção de uma sociedade deficitária, no âmbito de políticas públicas de prevenção primária, com lei mais rigorosas culminou no que o professor Luiz Flávio Gomes<sup>6</sup> definiu como “adulação da vontade popular”. Isso porque, a criação normativa funcionou como uma saída mais barata do que o investimento em reformas socioeconômicas e educacionais, de forma que retirou do foco a origem do problema, gerando uma distração para as camadas vindicantes.

Não obstante a estratégia governamental, os comandos normativos da nova lei geraram impactos na realidade do país, tendo em vista que foram consagrados princípios fundamentais para o desenvolvimento de uma estrutura de suporte e assistência à vítima. Nesse aspecto, o enredo da lei teve como parâmetro as seguintes diretrizes: ajuda, assistência e reparação integral dos danos causados; presunção de boa-fé das vítimas; interpretação conforme os preceitos constitucionais e acordos internacionais, dos quais o México faz parte, prezando sempre pelo dispositivo mais benéfico à vítima; dignidade da pessoa humana; enfoque diferenciado e especializado no atendimento ao cidadão; nenhuma criminalização secundária, ou seja, providenciar auxílio sem levar em conta características particulares do indivíduo para negar-lhe a qualidade de vítima; gratuidade, entre outros.

A referida disposição normativa também prevê a qualificação do tipo de vítima, compreendendo-a como: “pessoa física que direta ou indiretamente sofreu dano ou comprometimento de seus direitos, resultado de uma violação de direitos humanos ou da prática de um crime<sup>7</sup>”

<sup>5</sup> VAZQUEZ, Eduardo. *Letras Libres: Aprobación de la Ley de Víctimas*. Disponível em: <https://letraslibres.com/revista-mexico/aprobacion-de-la-ley-de-victimas>. Acesso em: 10 nov. 2024.

<sup>6</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Populismo penal legislativo*. 2.Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

<sup>7</sup> MÉXICO. *Ley General de Víctimas*, de 9 de janeiro de 2013. Reformado em 28 de abril de 2022. Disponível em: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/html/wo83189.htm>. Acesso em: 10 nov. 2024.

(tradução nossa). A divisão regula como o dano pode atingir três diferentes esferas, abrangendo os sujeitos de maneira direta ou não, bem como os potenciais envolvidos no fato lesivo.

Tal divisão é imprescindível no âmbito dos efeitos jurídicos, uma vez que passa a perceber como vítima não só aqueles que tiveram seus direitos ofendidos, mas inclui uma gama da sociedade antes negligenciada. A exemplo daqueles cuja integridade física e mental poderia ser ameaçada por prestar suporte à vítima, se tornando alvo de possíveis retaliações. Como consequência, a inclusão de outros conjuntos no raio de proteção aos sujeitos ofendidos, permitiu que se resguardasse os direitos de grupos antes fora da ótica das autoridades.

Destaca-se como mecanismo empenhado para prestar auxílio direto à comunidade, a Comissão Executiva de Atenção às Vítimas, a qual instalou um Sistema Nacional de Atenção à Vítima, conferindo a estas uma rede organizacional, munida de assessoria jurídica, registro de ocorrências e um fundo para reparação integral dos danos sofridos.

A Comissão Executiva, em conjunto com o conselho diretivo, tem como premissa a reparação integral do status quo aferido pela vítima antes do ato delitivo. Com esse propósito, tais órgãos buscam: restabelecer o estado das coisas ante à consumação do delito ou da violação de algum direito; restituir aqueles bens ou valores que puderem ser recuperados pelas autoridades, incluindo seus frutos e acessórios caso não seja possível a recuperação do bem no seu estado original; reparar o dano moral sofrido pelas pessoas atingidas pela infração.

Em uma perspectiva prática, destaca-se, como um êxito do sistema empreendido, a assessoria jurídica federal gratuita, compreendida pelo artigo 42 da Ley General de Víctimas, que prevê a seguinte disposição:

As autoridades da ordem federal, dos entes federativos e dos municípios fornecerão de imediato às vítimas informações e assessoria completa e clara sobre recursos e procedimentos judiciais, administrativos ou de outra natureza, os quais tenham direito para a melhor defesa de seus interesses e satisfação de suas necessidades, bem como sobre o conjunto de direitos daqueles que são titulares em sua condição de vítima. O Comitê Executivo garantirá o disposto neste artigo por meio do Departamento Jurídico Federal ou dos estados, nos termos do título correspondente. (tradução nossa)

Em vista do exposto, denota-se a imediatez prevista no atendimento às vítimas, fornecendo a elas acesso à justiça e orientação jurisdicional de forma clara, compreensível e oportuna, seja no âmbito do direito penal, civil, familiar, administrativo ou trabalhista. Nesta oportunidade, o assessor também é responsável por informar seu assistido a respeito dos trâmites e medidas de proteção pretendidas, instruir e assessorar também seus familiares acerca dos serviços à disposição para prestar-lhes assistência, monitorar a atuação do Ministério Público em todas as etapas do processo penal, entre outros.

Nesse viés, a gravidade do dano sofrido determinará a prioridade na obtenção de assistência e prestação de serviços para acolhimento da vítima. Assim, a assessoria apontada pelo artigo

42 da Ley General de Víctimas, pressupõe a avaliação de critérios subjetivos dos indivíduos assistidos, como as condições de vulnerabilidade do grupo em que se está inserido, suas características e necessidades especiais, sempre priorizando grupos expostos a um risco maior, como as crianças, adolescentes, pessoas com algum tipo de incapacidade, imigrantes e indígenas.

No que pese os avanços empreendidos, o referido diploma normativo encontra deficiências notáveis em alguns de seus pilares, tendo como alvo de críticas o tratamento insuficiente à temática do deslocamento forçado. Questiona-se em que grau estaria o programa de proteção em face dos indivíduos que sofrem com a mazela do êxodo compulsório, decorrente do narcotráfico. Isso porque, essas pessoas, ainda que lesadas abruptamente pela violência e pelos riscos de conviver em zonas contíguas ao crime, não são consideradas vítimas por não terem sido lesadas diretamente de maneira física ou psicológica pela ação delitiva, mas sim pela criminalidade em geral.

Desse modo, a norma se demonstra falha ao não abarcar em seu texto normativo os migrantes, tendo como filtro para o reconhecimento da qualidade de vítima critérios que não contemplam a violência indireta e o risco prévio de determinadas situações. Tais pessoas, portanto, não chegam a sequer apresentar queixas, tendo em vista que temem por sua integridade física, frente a esta chaga que já é de conhecimento público por décadas.

Ademais, é possível depreender que os problemas que causam e afetam as vítimas são decorrentes de uma sociedade modulada ao redor de um cenário de extrema violência, com um problema socioeconômico sistêmico. A partir disso, a Ley General de Víctimas propõe medidas que, desvinculadas de reformas sociais e confronto direto com as variáveis arraigadas no país, não detém força para conceber mudanças no âmbito penal ou qualquer outro. Ainda que a norma tenha aberto o diálogo com as instituições penais acusatórias, apenas a positivação de direitos não dá autonomia suficiente para que se altere o atual cenário em sua integralidade.

#### **4 UMA CONTRIBUIÇÃO AO MODELO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO ÀS VÍTIMAS**

Por certo, muito há que se avançar na proteção e na reparação da **vítima no ordenamento** jurídico brasileiro. Especialmente no âmbito criminal, vê-se que a apropriação do conflito pelo ente estatal afastou a vítima da centralidade em seu tratamento, não obstante se trate da pessoa mais atingida pela conduta criminoso.<sup>8</sup> Mister tem em conta, porém, que, apesar de o incremento do investimento em estruturas para a disponibilização de serviços de apoio, proteção e reparação das vítimas ser essencial, a construção normativa a esse respeito e o debate acadêmi-

---

<sup>8</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. Funcionalismo e Vítima: de figurante à protagonista. *Caderno de Relações Internacionais*, Recife, v. 12, n. 22, p. 285-308, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1840/1326>. Acesso em: 10 nov. 2024.

co, social e político sobre matéria mostram-se de extrema relevância para o avanço pretendido.

Neste movimento de “redescobrimto” da vítima no âmbito legislativo, o aporte oriundo de previsões normativas estrangeiras mostra-se de grande valor. Na espécie, o trajeto percorrido para a elaboração da *Ley General de Víctimas* do México e os seus impactos, anteriormente abordados, servem, em certa medida, como indicadores para o contexto brasileiro. De igual forma, a estruturação e o conteúdo da lei mexicana podem figurar como parâmetro ou inspiração na construção do Estatuto da Vítima atualmente em debate na Câmara dos Deputados.

Alcançando, para além das vítimas diretas e indiretas (também mencionadas no Projeto de Lei nº 3.890/20), as vítimas potenciais, sendo estas entendidas como pessoas naturais que, por prestarem auxílio à vítima direta, tem sua integridade física ou seus direitos colocados em perigo (art. 4º), a *Ley General de Victimias* traz ampla disciplina da matéria ora analisada, estruturando seu tratamento de forma concatenada e minudente. Neste ponto, ausente no projeto de lei brasileiro, tem-se a definição do objeto da lei mexicana (art. 2º), bem como a delimitação de conceitos essenciais para a compreensão do texto normativo e o estabelecimento de princípios para a concepção, a implementação e a avaliação dos mecanismos, medidas e procedimentos instituídos por aquela lei (art. 5º).

Em uma reflexão apressada, estas previsões podem se caracterizar como dispensáveis. No entanto, a delimitação do objeto da lei, bem como dos princípios aplicáveis às suas demais previsões constitui-se medida sobremodo elogiável, pois, especialmente ao se considerarem o pouco espaço conferido ao tratamento da vítima no atual ordenamento jurídico e a amplitude do estudo da Vitimologia, com diversos campos e níveis de atuação, variadas finalidades e com alcance de múltiplos ramos do conhecimento,<sup>9</sup> necessário sejam exaustiva e adequadamente descritos e delimitados os termos em que se dará a proteção a estes sujeitos de direito.

De igual modo, podem ser apontadas as relevantes contribuições da legislação mexicana quanto aos direitos das vítimas especialmente no âmbito do processo penal, o que, notadamente, é objeto de grande celeuma na ordem jurídica brasileira. De forma pormenorizada e diversa do que faz o Projeto de Lei nº 3.890/20, a *Ley General de Victimias*, em seus arts. 11-17 elenca diversos direitos das pessoas vitimadas no âmbito da justiça criminal.

O que se observa, a bem da verdade, é uma efetiva inserção da vítima na resolução do conflito sob julgamento, não assumindo aquela apenas o papel de telespectadora do embate judicial. Atribui-se a estas pessoas o caráter de sujeitos processuais, como dispõe o art. 14 da supracitada lei. Reconduz-se a vítima à possibilidade de um tratamento adequado: de uma vítima concreta comumente suprimida do contexto do conflito, passa-se a cogitar, com

---

<sup>9</sup> MOTA, Indaiá Lima. Breves linhas sobre vitimologia, redescobrimto da vítima e suas várias faces: algumas questões relevantes. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, n. 101, out. 2011/ jan. 2012, p. 635.

maior amplitude não apenas uma ordem protetora de objetos jurídicos, mas de sujeitos.<sup>10</sup>

Desse modo, o direito e o processo penal, que, em grande medida, direcionaram seu foco ao sujeito ativo do crime, passam a conceder maior atenção à vítima, sem necessariamente excluir ou reduzir direitos do acusado ou levar ao recrudescimento de políticas criminais.<sup>11</sup> No ponto, destacam-se as medidas de caráter autocompositivo, como a mediação e a conciliação, que, segundo o art. 17 da lei mexicana, constituem-se como opções da vítima para a solução do conflito, viabilizando-se, ainda, processos de justiça restaurativa, aptos a beneficiarem os efetivos protagonistas do fato criminoso: a sociedade, o agente infrator e a vítima.<sup>12</sup>

Se, de um lado, voltando-se os olhos para o Direito Civil e os conflitos que o integram, observa-se maior espaço para que as partes neles envolvidas participem de forma mais ativa de sua resolução – ainda que esta seja alcançada pela via adjudicatória –, de outro, ao se observar o conflito penal, a suplantação das pessoas diretamente afetadas é evidente. Como bem delimitado por Nils Christie,<sup>13</sup> a vítima é nulificada e o ofensor reduzido a coisa, dando-se o processo penal não entre partes concretas, mas sim entre uma das partes e o Estado.

Seguindo nesta linha, Christie<sup>14</sup> expõe a captura do conflito pelo ente estatal, o qual, monopolizando sua abordagem e propondo-se a representar a vítima, acaba por empurrá-la para fora do debate, negando-lhe sua efetiva participação no tratamento dispensado ao crime. Na linha do quanto afirmado por este autor, compreende-se que se trata de uma perda não apenas para a vítima, mas para a sociedade, eis que não são aproveitadas oportunidades pedagógicas, de esclarecimento de normas e de discussão permanente sobre o que representa o Direito.<sup>15</sup> Adequada, portanto, a ampliação da discussão sobre esse ponto para a construção de um marco legal brasileiro voltado à proteção da vítima que, efetivamente, atente-se aos interesses e direitos desta.

Noutro giro, necessário destacar o tratamento dispensado pela *Ley General de Víctimas à* experiência educacional das pessoas vitimadas, a qual merece maior reflexão para a construção

---

<sup>10</sup> GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene de. Princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o princípio da proteção eficiente*. São Paulo: ALmedina, 2016, p. 175-176.

<sup>11</sup> MOTA, Indaiá Lima. Breves linhas sobre vitimologia, redescobrimto da vítima e suas várias faces: algumas questões relevantes. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, n. 101, out. 2011/ jan. 2012, p. 635.

<sup>12</sup> DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros; FONSECA, Ana Clara Montenegro. O papel da vítima e o estudo da vitimologia em um direito penal axiologicamente orientado por princípios de política criminal. In: AVILA, Gustavo Noronha de; ROSSI, Maria Paula Cassone. *Criminologias e política criminal I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 175.

<sup>13</sup> CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977, p. 3 e 5.

<sup>14</sup> CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977, p. 3.

<sup>15</sup> CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977, p. 8.



de marcos regulatórios sobre a matéria no Brasil. Entre seus arts. 47 e 54, a lei em comento estabelece políticas e ações direcionadas ao acesso e à permanência das vítimas no sistema educacional caso, em função do ato vitimizador (crime ou outra violação de direitos), os estudos tenham sido interrompidos (art. 47). Viabiliza-se, assim, que as vítimas (diretas, indiretas ou potenciais) sejam reinseridas na sociedade, com aptidão a desenvolver determinada atividade produtiva (art. 48).

Ao prever tais medidas de assistência e descrever seu modo de implementação, a legislação mexicana toca em questão crucial no âmbito da proteção e da reparação das vítimas, bem como da prevenção à revitimização. Isso porque, especialmente ao se analisarem conflitos em âmbito doméstico e familiar, vê-se o grave risco de “transmissão intergeracional da violência”,<sup>16</sup> ante a realidade vivenciada pelas vítimas diretas e indiretas, como filhos menores que presenciam atos violentos. Exsurge, notadamente nesse cenário, a relevância do papel da educação das vítimas, seja para contornar eventual evasão decorrente da situação vitimizadora, seja para a superação das pautas de violência a que submetidos estes sujeitos de direito.

Deve-se, nesse sentido, compreender o estado de vulnerabilidade da vítima, entender a necessidade de que esta receba o devido amparo estatal, a fim de que as graves sequelas do fato vitimizador não paralitem o exercício e o desenvolvimento de suas potencialidades, o que pode ser alcançado mediante o amparo para sua inserção e sua manutenção do sistema educacional. Ainda voltando o olhar sobre crianças e adolescentes que figuram como vítimas diretas, indiretas ou potenciais de determinada conduta criminosa ou de outro fato violador de direitos, não se pode ignorar que a estes sujeitos devem ser direcionados especiais cuidados tanto pela sociedade, como pelo Estado, pela família e instituições de controle social. A estes incumbe a proteção integral de tais vítimas, atingidas em seu desenvolvimento tanto físico, como psíquico.<sup>17</sup>

A instituição de medidas e de ações destinadas a garantir o efetivo acesso ao sistema educacional e, assim, promover empoderamento das vítimas e sua reinserção no ambiente social, revela-se, portanto, como essencial para o seu adequado tratamento, ampliando sua proteção e sua reparação, servindo, ainda, para prevenir a revitimização e a manutenção do cenário de violência.

Da análise da *Ley General de Victimias*, merece menção, de igual modo, a extensa disciplina conferida à busca pela reparação integral da pessoa vitimada, sendo previstas no Título Quinto medidas de restituição, de reabilitação, de compensação, de satisfação e de não repetição.

---

<sup>16</sup> GONÇALVES, Vanessa Chiari. Violência contra a mulher: contribuições da vitimologia. *Sistema penal e violência*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 38-52, jan/jun. 2016, esp. p. 42.

<sup>17</sup> ARAÚJO, Juliana Moyses Nepomuceno; DEMERCIAN, Pedro Henrique. O depoimento especial e a prevenção à revitimização. *Revista Jurídica do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 19, p. 128-159, 2021, esp. p. 143.

Elencadas em rol não taxativo, essas ações demonstram efetiva compreensão do amplo alcance da situação danosa sobre as vítimas, o que, por conseguinte, permite sejam pensados caminhos para ampará-las de maneira eficaz e abrangente.

A partir de seu art. 61, a lei mexicana descreve as medidas acima mencionadas, as quais se inserem no âmbito das liberdades, da assistência jurídica, da identidade da vítima, de sua unidade familiar, de seus direitos políticos e sociais, com a previsão de sua inclusão em serviços de atenção médica, psicológica e psiquiátrica e em programas de educação e capacitação profissional. Por esse caminho, visa-se à reintegração da vítima à comunidade e à realização de seu projeto de vida, de modo a ser possível notar sua percepção enquanto pessoa humana, com potencialidades e interesses a serem preservados e incentivados, em superação ao dano que lhe fora causado pelo fato vitimizador.

Decerto, as medidas de não repetição também não podem ser ignoradas em uma reflexão que se propõe a pensar caminhos ao desenvolvimento da legislação brasileira na proteção e no amparo às vítimas. Disciplinadas pelos arts. 74 a 78, estas medidas se voltam a prevenir novas violações de direitos, revelando-se necessário para sua efetivação o envolvimento e empenho de autoridades, instituições e de toda a sociedade, com a constante revisitação e a recorrente expansão dos mecanismos de prevenção e tratamento de conflitos.

Por fim e sem ignorar tantas outras contribuições que podem ser extraídas da *Ley General de Víctimas* do México, importa destacar as disposições verificadas a partir do art. 158 do mencionado texto normativo, a disciplinar a capacitação, formação, atualização e especialização de profissionais com atuação junto às vítimas. Previsão em sentido similar pode ser notada no art. 20 do Projeto de Lei nº 3.890/2020, o qual se volta à formação de profissionais de saúde e de segurança pública, cuja capacitação especializada tem o condão de sensibilizá-los quanto à situação experimentada pelas vítimas, as suas necessidades, aos seus sofrimentos e aos seus interesses.

Trata-se de questão de ímpar relevância para a efetivação das demais disposições voltadas à defesa, à proteção e ao amparo das vítimas, as quais, recebendo acolhimento profissional e humanizado, terão aumentadas suas chances de superação da situação danosa e de reinserção na sociedade, afastando-se, ainda, a possibilidade de sobrevivitização – ou vitimização secundária – não rara durante as apurações de práticas violadoras de direitos.<sup>18</sup>

Destarte, a legislação analisada e seus desdobramentos se revelam de grande relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, influenciando na construção de uma estrutura multidisci-

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Ricardo Vaz de. Mudanças administrativas: o Decreto Federal 7.958 e a colaboração dos profissionais de saúde com o sistema de justiça criminal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 100.

plinar que alcance a vítima e seus familiares em todos os setores, provendo amparo médico, jurídico, psicológico e social.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho elucidou, através da ótica sistêmica do regime jurisdicional mexicano, a projeção de uma estrutura que comporta mecanismos para defesa e assistência das vítimas, inseridas majoritariamente em conjuntos de vulnerabilidade e desamparo social. O contexto abordado apresenta a realidade de um país que, assim como a República brasileira, se ergueu em um contexto de políticas públicas escassas e de extrema desigualdade, formando um sistema adverso àqueles que padecem nesta trajetória.

Nota-se que as ações que deram início à revisão no tratamento da vítima e a subsequente criação da *Ley General de Víctimas* decorreram de um chamado popular que demandava não apenas a positivação de mais um texto normativo, mas também a incorporação destes preceitos na dimensão prática das garantias conquistadas. O dispositivo em tela se destacou por introduzir implicações práticas no assessoramento das vítimas, que foram além de meros ritos processuais, trazendo, em conjunto com o texto, institutos de atenção e auxílio aos atingidos pelos atos infracionais.

Sob a perspectiva do regime brasileiro, depreende-se que a referida norma pode contribuir para a reflexão e aprofundamento na discussão sobre os direitos das vítimas, visto que foram inauguradas resoluções oportunas para complementar as balizas nacionais sobre o tema. Observa-se de antemão a necessidade de que, na construção de um arcabouço legal sobre o tratamento a ser conferido à vítima, esta seja colocada em uma posição de proteção e amparo. Assim, buscar-se-á preservar não somente o julgamento justo, mas disponibilizar ferramentas para que se tente recuperar o estado das coisas antes do ato lesivo.

Apesar dos avanços verificados no cenário brasileiro e partindo das contribuições da realidade mexicana, depreende-se que, ao se pensar em um marco regulatório para o país, é necessário um amplo e profundo debate, a fim de que as disposições legais não se constituam apenas como “adulação da vontade popular”, mas como efetivo compromisso com o combate à violência e com a atenção concedida às pessoas vitimadas. Trata-se, pois, de compromisso este a ser refletido em um corpo normativo coeso e abrangente e na adoção de medidas por autoridades e instituições visando à sua efetivação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Juliana Moyzés Nepomuceno; DEMERCIAN, Pedro Henrique. O depoimento especial e a prevenção à revitimização. *Revista Jurídica do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 19, p.

128-159, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.890, de 21 de julho de 2020*. Institui o Estatuto da Vítima. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2258347>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 dez. 2019.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros; FONSECA, Ana Clara Montenegro. O papel da vítima e o estudo da vitimologia em um direito penal axiologicamente orientado por princípios de política criminal. In: AVILA, Gustavo Noronha de; ROSSI, Maria Paula Cassone. *Criminologias e política criminal I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Populismo penal legislativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. Violência contra a mulher: contribuições da vitimologia. *Sistema penal e violência*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 38-52, jan/jun. 2016.

GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene de. Princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. *Seguridad pública y justicia: Incidencia delictiva*. Disponível em: <https://www.inegi.org.mx/temas/incidencia/>. Acesso em 10 nov. 2024.

MÉXICO. *Ley General de Víctimas*, de 9 de janeiro de 2013. Reformado em 28 de abril de 2022. Disponível em <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/html/wo83189.htm>. Acesso em 10 nov. 2024.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Funcionalismo e Vítima: de figurante à protagonista. *Caderno de Relações Internacionais*, Recife, v. 12, n. 22, p. 285-308, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1840/1326>. Acesso em 10 nov. 2024.

MOTA, Indaiá Lima. Breves linhas sobre vitimologia, redescobrimto da vítima e suas várias faces: algumas questões relevantes. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, n. 101, out. 2011/ jan. 2012.

OLIVEIRA, Ricardo Vaz de. Mudanças administrativas: o Decreto Federal 7.958 e a colaboração dos profissionais de saúde com o sistema de justiça criminal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017.

VAZQUEZ, Eduardo. Letras Libres: *Aprobación de la Ley de Víctimas*. Disponível em: <https://letraslibres.com/revista-mexico/aprobacion-de-la-ley-de-victimas>. Acesso em 10 nov. 2024.

# A JUSTIÇA NEGOCIAL BRASILEIRA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DO *CRIMINAL COMPLIANCE*

Fernanda da Silva Soares<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a justiça negocial como instrumento de promoção dos mecanismos de *criminal compliance*. A problemática da pesquisa constituiu-se mediante o seguinte questionamento: quais as consequências decorrentes do *criminal compliance* entabulado como condição nos instrumentos de justiça negocial? A partir daí, discorreu-se sobre lacunas e consequências diagnosticadas, as quais, se não forem suprimidas e/ou mais bem delineadas, podem comprometer a estratégia em comento. Em relação a estas, propostas de soluções foram apresentadas. Em suma, espera-se a partir dessas contribuir para a consolidação do instrumento no ordenamento jurídico nacional.

**Palavras-Chave:** Justiça negocial. Direito penal econômico. Criminalidade econômica empresarial. Empresa. *Criminal compliance*.

## 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Na sociedade globalizada e pós-moderna, onde impera o dinamismo das relações sociais, não cabe mais a lentidão e a burocracia judicial de outrora. Tal cenário tem contribuído para uma mudança de paradigma no âmbito da tutela penal, a qual tem se mostrado insuficiente e pouco resolutive na solução dos atuais conflitos.

Na busca pela celeridade e resultados mais eficientes, a expansão dos espaços de consenso no mundo todo, permeados pela possibilidade de convergência entre as partes, caracteriza uma opção à clássica solução penal.

E, no horizonte do processo penal brasileiro, não foi diferente. A justiça negocial foi inaugurada com a previsão de um microssistema consensual a partir da edição da Lei nº 9.099/95 (composto pela composição civil, transação penal e a suspensão condicional do processo). No entanto, a ampliação significativa das soluções processuais, ocorreu por meio do acordo de leniência, com a colaboração premiada e mais, recentemente, com o acordo de não persecução penal, incluído no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019. Negociações estas as quais possibilitaram que instrumentos reservados em momento anterior para a pequena criminalidade, configurassem, atualmente, uma alternativa para os mais diversos crimes.

As características da sociedade contemporânea contribuíram, igualmente, para a promoção do desenvolvimento substancial de uma delinquência de altíssima potencialidade lesiva, qual

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Palestrante. Professora de Processo Penal da Escola da Magistratura do Paraná. E-mail: fssoares@mppr.mp.br;

seja, a criminalidade econômica. Delinquência esta, em um conceito de fácil compreensão, utilizado para nortear o presente artigo, a compreender toda a conduta ilícita prejudicial à ordem econômica – praticada por pessoas de alto nível socioeconômico no exercício de sua atividade profissional<sup>2</sup> e, ainda, no mesmo contexto, a criminalidade de empresa, aquela levada a efeito por intermédio de uma pessoa jurídica ou em seu benefício<sup>3</sup>.

Caracterizada por estratégias que envolvem organizações e circulação de capitais em prol da obtenção de lucros exorbitantes<sup>4</sup> e por sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mudanças sociais, tecnológicas e políticas, as quais as tornam quase impermeáveis as técnicas tradicionais de investigação. Configuram uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada pela dimensão dos danos materiais, sociais e morais por ela provocados<sup>5</sup>.

*À vista disso, as políticas criminais globais reconheceram a necessidade de mudanças quanto às estratégias direcionadas ao enfrentamento dessa criminalidade, que de forma essencial deveriam priorizar a cooperação e a prevenção. Desse modo, sob essa ótica, ganha revelo a figura do *compliance* – mecanismo inicialmente desenvolvido como ferramenta auxiliar ao combate à corrupção e que, diante da sua reconhecida capacidade preventiva e repressiva de ilícitos, em especial a criminalidade econômica empresarial, se encontra atualmente difundido a nível mundial.*

No Brasil, igualmente, estimulado pelos tratados internacionais dos quais o país é signatário, o *compliance* tem feito parte da agenda, encontrando-se em expansão. Nesse contexto, a Lei nº 12.846/13 procura estimular, ainda que timidamente, a criação de programas de *compliance*, prevendo a concessão de alguns benefícios legais – tal qual, eventual abrandamento das sanções aplicadas em decorrência da prática de ilícito civil ou administrativo – para entidades corporativas, nas quais um efetivo instrumento de *compliance* faça-se contemplado em sua estrutura.

Contudo, para além de inexistir previsão legal de benefícios criminais, os quais poderiam contribuir de sobremaneira para a confirmação e disseminação dessa ferramenta no ordenamento jurídico brasileiro, aqueles serão concedidos apenas em casos nos quais o instrumento preventivo for implementado antes da conduta ilícita.

---

<sup>2</sup> “(...) lesivas del orden económico, cometidas por personas de alto nivel socioeconómico em el desarrollo de su actividad profesional”. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 29.

<sup>3</sup> A qual não se confunde com a criminalidade da empresa (Betriebskriminalität), isto é, os crimes cometidos dentro ou contra a própria empresa. SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidade de empresa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 41, n. 2, p. 529-558, maio/ago. 1988. p. 529-531.

<sup>4</sup> FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 37.

<sup>5</sup> DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Económico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 65.

Diante da incerteza, se os benefícios (legalmente previstos na Lei nº 12846/13), por si só, configuram um real e eficiente estímulo para os entes morais implementarem programas de *compliance*, tem-se reconhecido, nos mecanismos negociais de resolução de conflito, um ambiente propício para a disseminação dessa cultura.

Frente à conjuntura descrita, o Estado brasileiro voltou o olhar para o direito internacional e inspirou-se em práticas previamente adotadas, mais especificamente na sistemática empregada na experiência norte-americana (ordenamento jurídico caracterizado pela adoção de acordos, técnicas premiais e estímulo concomitante à implementação de programas de *compliance*). Diante disso, nos últimos anos, tem-se verificado no Brasil, ainda que de forma embrionária, a utilização da justiça negocial no âmbito da criminalidade como forma de *law enforcement*, e, concomitantemente, como meio de promoção do *compliance*.

Nesse contexto, trata-se de estratégia orientada, ainda, a romper com um histórico de leniência com a criminalidade mencionada, a qual, ao longo dos anos, tem sido beneficiada com interpretações casuísticas conferidas pelos tribunais.

Assim, o ponto sob o qual debruça-se a investigação deste artigo centra-se na: previsão de programas de *compliance* como condição nos institutos inerentes ao processo penal negocial. Para tanto, mostra-se fundamental pontuar que, no contexto do presente, estar-se-á diante de um programa de *criminal compliance*, isto é, de um instrumento de política criminal de prevenção (aperfeiçoado em medidas de controle e vigilância de riscos<sup>6</sup> os quais podem culminar na responsabilidade penal<sup>7</sup>) a previsão do aspecto em análise.

O instituto citado será estabelecido após a prática delitiva, objetivando, para além de cessar a atividade delitiva, promover o caráter preventivo, pois, ao implementar o programa de *criminal compliance*, a parte imputada comprometer-se-á a adotar procedimentos com a finalidade precípua de evitar a repetição da conduta criminosa futuramente.

Porém, não se pode perder de vista que a busca pela efetividade da persecução penal, mediante a adoção de práticas oriundas de outros sistemas jurídicos, torna-se possível, desde que se encontre em harmonia como ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, tem-se a seguinte

---

<sup>6</sup> RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. *Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n.114, p. 341-375, maio/jun. 2015. p. 348. e ainda RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. *Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do whistleblowing*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 137, p. 89-123, 2017. p. 99.

Rios e Antonietto advertem que o *criminal compliance* não se trata, de um tópico da dogmática penal, devendo a demanda da antecipação da responsabilidade ser considerada como critério de regulação, sendo a dogmática chamada apenas depois para solucionar questões relativas à imputação. RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Op. cit., p. 346.

<sup>7</sup> ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, v. 49, n. 1, p. 1-11, jan. 2012. p. 4.

situação: se a política criminal é o fomento do *criminal compliance* através das soluções negociais, mostra-se imprescindível analisar como essa realizar-se-á.

A partir dessas premissas, estrutura-se o presente artigo, cujo objetivo geral caracteriza-se por identificar as consequências dessa prática recém incorporada ao arcabouço jurídico nacional. Nesse caminho, a pergunta que se pretende responder é: (i) Quais as consequências decorrentes do *criminal compliance* estruturado a partir das ferramentas negociais processuais penais?

A preocupação por essa problemática justifica-se, não só pela sua atualidade, mas, sobretudo, pela novidade incidente sob a matéria que, carente de regras estruturantes, é permeada por lacunas, as quais de modo eventual podem comprometer a estratégia.

Ao final, apresentar-se-ão algumas considerações gerais as quais, sem pretender esgotar o assunto, intentam contribuir para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa a partir dos programas de *criminal compliance*, estes implementados após a prática de delitiva, porquanto, a abordagem, aqui, trazida não foi tratada de modo suficiente pela doutrina pátria.

Neste contexto, identificou-se que a tutela penal não pode mais ser simbólica, prescindindo de modificações. Devendo, pois, ser orientada por um viés preventivo ao invés de um exclusivamente repressivo.

## 2 REFORMULAÇÃO DA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em função do exposto, fez-se premente também a reformulação da atuação institucional do Ministério Público, de modo a compatibilizá-la com os novos tempos, nos quais, não cabe mais exercer suas funções como o fazia. Tampouco, a partir do mesmo perfil de outrora.

Aliás, sobre este, a Constituição Federal de 1988 lhe conferiu, em seu artigo 127, um perfil social, pelo qual, é devida a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais. De maneira que, para possibilitar a concretização de uma adequada persecução penal, sua atuação deve ser consentânea as novas demandas sociais.

Na linha citada, Senna pondera que:

Não cabe ao Ministério Público atuar desconsiderando a necessidade cada vez maior de se buscar uma atuação preventiva e resolutive, inclusive na esfera criminal, que não pode ser mais olhada apenas sob o viés puramente repressivo e punitivista, como se o Ministério Público fosse um mero acusador sistemático e cego de tempos pretéritos e sombrios, ou um personagem que representa a encarnação do mal, como se vê na literatura<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> SENNA, Gustavo. Compliance criminal como forma de prevenção criminal: por uma atuação contemporânea do Ministério Público. In: SCNEIDER, Alexandre. ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova versão da gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 241-268, p. 244.



Dentre as soluções possíveis, uma delas consiste na utilização dos mecanismos negociais, orientados a partir de uma dinâmica colaborativa, também, para o enfrentamento da criminalidade econômica empresarial. Paradigma que se alinha com as práticas atuais exercidas no contexto global.

A par de críticas, identificou-se nos acordos, um caminho, a possibilitar uma resposta estatal capaz de concretizar os princípios constitucionais da supremacia do interesse público, da eficiência e da vedação da proteção penal insuficiente. Pois, se de um lado confere efetividade à prevenção delitiva com resultados mais eficientes com redução de custos (tempo e recursos públicos, os quais poderão ser direcionados para a investigação de outros delitos), por outro lado tem-se o indispensável atendimento da sanção, ainda que premial, para oferecer resposta aos crimes os quais se quer desencorajar. Contudo, a opção eleita não se resume a aplicação da justiça negocial.

Reconhecendo, ainda, que o direito penal sozinho não é mais capaz, se é que um dia foi, de prevenir os novos riscos que caracterizam a criminalidade atual, e, ainda, ambicionando dar concretude ao seu perfil social, o Ministério Público optou por uma estratégia que não restringisse sua atuação na esfera penal à responsabilização do autor do fato criminoso, mas, igualmente, se orientasse pela resolução do conflito social gerado pelo crime e sua prevenção. O que somente é possível, a partir do ataque às suas origens, causas e formas de propagação.

Em sede de criminalidade econômica empresarial, essas, sabidamente, são corroboradas pelo ambiente corporativo. De maneira que, para alcançar aquela, essencial uma mudança de comportamento por parte das empresas, resgatando-se valores como a ética e a probidade. Mudanças essas a serem incentivadas mediante o poder do Ministério Público de realizar uma política-criminal.

Sobre este, oportunas as considerações de Busato para quem:

(...) a eleição de diretrizes político-criminais referentes à atuação do Ministério Público têm, necessariamente, grande influência nos rumos que seguirá o direito penal brasileiro, tanto no estudo da dogmática, da Política Criminal, como no desenvolvimento de uma necessária linguagem própria que corresponda aos objetivos visados pelo Estado com a aplicação das consequências jurídicas do delito. Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político-criminal cotidiana, ao decidir, a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnico-jurídico (...). Assim, é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do direito penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro filtro das questões que doravante tendem a ser postas em discussão<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 69-70.

A partir deste diagnóstico, o órgão de persecução penal passou a priorizar a repressão e o fomento à prevenção a partir da reprogramação cultural. Desse modo, direcionou sua atenção de maneira a conferir coerência entre o que almeja e o que executa.

## OS ACORDOS COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO AO *CRIMINAL COMPLIANCE*

À vista do exposto, inspirado no modelo estadunidense e nos seus resultados, os quais são direcionados à resposta estatal, a recuperação de valores e a inserção de medidas de controle e prevenção, o Ministério Público passou a utilizar-se dos acordos para veicular uma política-criminal preventiva, estipulando assim, dentre as obrigações negociais a serem cumpridas, a estruturação de programas de *criminal compliance*.

Estratégia a qual para além das considerações anteriormente exaradas, se fundamenta na reconhecida coincidência de objetivos preventivos e investigativos, inerentes aos acordos e ao *criminal compliance*, os quais representam uma ampliação da atuação estatal a partir da colaboração empresarial na prevenção delitiva<sup>10</sup>.

E que além disso, confere concretude à missão de agente colaborador do Ministério Público na indução de políticas criminais<sup>11</sup>. Enredo este, o qual encontrou eco em posicionamentos recentes da doutrina brasileira.

Lamy, em importante estudo sobre *compliance e law enforcement*, identifica nas ferramentas alternativas ao processo penal um importante aliado na indução dessa prática. Nas palavras da autora:

Em um país em que não é habitual que empresas optem voluntariamente por investir em *compliance*, sua previsão como requisito de sanção premial pode alavancar a popularidade da ferramenta. (...) Nessa situação, a utilização do *compliance* como requisito de cumprimento do acordo fomenta sua introjeção como ferramenta de controle, ainda, serve como instrumento preventivo à consumação de ilícitos (...) servindo o Ministério Público como porta voz desse mecanismo<sup>12</sup>.

Pensamento este que dialoga com o saber de Scandelari, para quem essa previsão consiste em um meio de fazer o que a lei não se propõe a fazer com maior proficuidade, visto que a essa, caberia este mister<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A colaboração premiada e o acordo de leniência como incentivos aos programas de *compliance*. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de *compliance* e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 167.

<sup>11</sup> Previstas inclusive nos compromissos internacionais pelos quais o Brasil se comprometeu a incentivar o comportamento ético, probo e preventivo no ambiente empresarial, materializado nos programas de *compliance*. CARLI, Carla Verissimo de. ***Compliance, incentivo à adoção de medidas anticorrupção***. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 341-342.

<sup>12</sup> LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit., p. 189-190.

<sup>13</sup> SCANDELARI, Gustavo Brita. ***Compliance e Law Enforcement: proposta para o aperfeiçoamento da preven-***

Brandalise, com o mesmo entendimento, destaca que os objetivos inerentes ao *compliance* encontram, nas exigências de cessação do envolvimento em infrações penais e administrativas dos acordos de colaboração premiada, e, do acordo de não persecução penal e de leniência, um importante instrumento para sua promoção<sup>14</sup>.

Assim, nos últimos anos, independentemente de vários desafios e reflexões a serem enfrentados<sup>15</sup> (que decorrem da evidente necessidade de que a importação de soluções seja dirigida pela obediência à Constituição Federal<sup>16</sup>), a previsão de estruturação de programas de *criminal compliance* como cláusula nos processos colaborativos celebrados no âmbito da criminalidade empresarial tornou-se realidade<sup>17</sup>.

Realidade evidenciada a partir dos acordos de leniência celebrados a contar da promulgação Lei nº 12846/13, mais especificamente em sede da Operação Lava Jato. E, a qual, desde então, propagou-se nacionalmente, inclusive nas avenças criminais, ainda que, de modo um pouco mais tímido.

A cautela na esfera penal pode ser atribuída a ausência de dogmática de responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, exceto para crimes ambientais, o que poderia configurar um aparente entrave<sup>18</sup>.

---

ção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 52.

<sup>14</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Op. cit., p. 167.

<sup>15</sup> AZEVEDO, Marcelo André. O Ministério Público e os Programas de *Compliance*. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 68.

<sup>16</sup> A qual consoante bem observado por Rodrigo Chemin e Sarah Ribeiro, traz uma dupla baliza, a proibição do excesso e proibição da proteção insuficiente. RIBEIRO, Sarah; CHEMIM, Rodrigo. O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 835-872, maio/ago. 2020.

<sup>17</sup> A título de exemplo podemos citar Acordo de leniência celebrado no âmbito da operação Lava Jato com a empresa Odebrecht, devidamente homologado em dezembro 2016. Como resultado do acordo, além das demais condições fixadas, as quais não cabem na presente descrição, a empresa comprometeu-se, consoante extraiu-se da cláusula 6ª, inciso VIII do termo de acordo, implementar programas de integridade nos termos dos artigos 41 e 42 do Decreto nº 8420/15, e, assim, propor atenção em prol de melhores práticas; a ser iniciado no prazo de noventa dias da homologação do acordo de leniência, cabendo à colaboradora apresentar ao Ministério Público Federal o cronograma de implementação do programa no prazo de cento e vinte dias. Outro caso, foi o Acordo de colaboração premiada celebrado no âmbito da operação Lava Jato com o empreiteiro Ricardo Ribeiro Pessoa, no qual restou-se estabelecido, dentre outras condições, a implementação de um sistema de *compliance* e governança na UTC. Este a ser fiscalizado de forma semestral por empresa independente de auditoria externa, durante o período de cumprimento da pena, e, ainda, com acompanhamento e comunicação ao juízo e ao Ministério Público Federal pelo período de dois anos no mínimo, e, no máximo, de três anos. E ainda, acordo de não persecução penal celebrado pelo Ministério Público do Estado do Paraná com empresário/s, no qual estabeleceu-se, para além do recolhimento do valor de R\$ 4,5 milhões para obras sociais, o compromisso de implementação do programa de *compliance* na(s) empresa(s) envolvidas no ilícito. Restou-se entabulado, ainda, que aqueles teriam o prazo de até 2 (dois) anos, a contar da homologação realizada em meados de 2020, para obter a certificação ISO NBR 37001:2017 (Sistema de Gestão Antissuborno), a ser emitida por organismo acreditado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO).

<sup>18</sup> Canestraro e Januário, por exemplo, entendem nesse sentido. De modo que suas reflexões se referem exclusivamente ao ANPP nos delitos ambientais praticados por pessoa jurídica. CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO,

Explica-se: o encargo adicional deve ser proporcional e compatível com a infração penal praticada. Ou seja, deve manter vínculo com a gravidade do injusto e a culpabilidade do agente, devendo haver uma relação finalística entre o crime e a medida objeto de proposta<sup>19</sup>.

Lado outro, quando se reporta ao *criminal compliance*, sua relevância recai, sobretudo, como instrumento estratégico à delinquência cometida a partir de uma empresa. Pois, a finalidade que lhe direciona centra-se na evitação da reincidência<sup>20</sup> a partir de uma reprogramação cultural<sup>21</sup> e da restauração empresarial.

Não por outro motivo, trata-se de cláusula a qual faz todo sentido quando se pensa em prevenção, pois, mediante a introjeção de uma ferramenta de controle, reconhecida por sua real capacidade preventiva, destina-se ao mesmo delito cuja reincidência se quer evitar<sup>22</sup>. E, ainda, passível de gerar efeito dissuasório nas demais organizações empresariais, a fim de que também adotem as medidas necessárias à evitação de riscos e das práticas criminais.

Assim, assente nos objetivos e, de modo a guardar simetria entre a infração praticada e as cláusulas pactuadas em processo de matriz colaborativa, é de rigor que a conduta ilícita que se pretende remediar tenha sido praticada em benefício ou interesse da entidade empresarial.

À vista disso, poder-se-ia intuir que somente seria possível conexionar o *criminal compliance* nos delitos praticados pela própria pessoa jurídica. E, diante da ausência de dogmática desse sentido descrito no Brasil, afora em sede delitos ambientais<sup>23</sup>, restaria, pois, tal solução inviabilizada.

Contudo, este não é o entendimento apresentado no ordenamento jurídico brasileiro. No qual, tem-se reconhecido que nos ajustes processuais penais celebrados com pessoa física (em virtude de conduta criminosa praticada em nome ou em benefício da empresa) restaria possível, senão, recomendável, a fixação da implementação dos programas de *criminal compliance* como condição da avença.

---

RIO, Túlio Felipe Xavier. Op. cit.

<sup>19</sup> CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 142.

<sup>20</sup> ATHAYDE, Amanda; FRAZÃO, Ana. Leniência, *compliance* e o paradoxo do ovo ou da galinha: do *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 297-314. p. 309.

<sup>21</sup> De modo que sua estrutura organizacional será pautada a partir de então, da delimitação de funções e competências, com o objetivo de se diminuir a possibilidade de uma irresponsabilidade coletiva. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A colaboração premiada e o acordo de leniência como incentivos aos programas de *compliance*. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 164.

<sup>22</sup> LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit., p. 200.

<sup>23</sup> Nesta temática, inclusive, Canestraro e Januário, defendem o ANPP como instrumento de promoção do *compliance*. Contudo, não deixam de questionar “se, em se tratando o réu de um grande agente econômico – tal como boa parte das pessoas jurídicas –, e a depender da gravidade dos danos causados pelo ilícito, o oferecimento do acordo seria necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, tal como exigido pelo Artigo 28-A do Código de Processo Penal. CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Op. cit.

Neste caminho, é a orientação conjunta nº 01/2018 exarada pelas Segunda e Quinta Câmaras Criminais de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal que estabelecem diretrizes para guiar a celebração do acordo de colaboração premiada<sup>24</sup>, conforme segue:

Artigo 32. Nos crimes perpetrados em benefício ou interesse de pessoa jurídica, o acordo de colaboração premiada poderá prever obrigações acessórias, como a interdição de direitos, adequadas ao caso concreto, a depender da situação societária ou da profissão do colaborador, vedada a imposição de restrições por prazo indeterminado e observada a proporcionalidade.

32.1 Nos casos em que o colaborador for o titular do controle societário de pessoa jurídica envolvida nos atos, é recomendável e podem ser incluídas nos acordos de colaboração, obrigações de governança corporativa e *compliance*, inclusive nas demais empresas por ele controladas direta ou indiretamente, emissão de relatórios periódicos de atividades, afastamento das atividades empresariais por período certo, assim como o monitoramento e auditorias externas aprovadas pelo Ministério Público Federal, às expensas do colaborador<sup>25</sup>. (grifos nossos).

Da análise do artigo citado é possível extrair uma preocupação com a legitimidade na celebração da avença. Não por acaso, a normativa mencionada reconhece a essencialidade que o agente (sob o qual imputa-se a conduta contrária à norma penal e, por conseguinte, beneficiado pela solução negocial) seja o titular do controle societário. Trabalha, portanto, na perspectiva da pessoa jurídica na qual o sujeito detém o poder diretivo e sobre a qual ele detém o controle e a vigilância.

Para tanto, torna-se necessário determinar quem dentro da empresa tem capacidade para exercer os atos de gestão e atuar em nome desta perante terceiro<sup>26</sup>. Em regra, os habilitados são os empresários/administradores da sociedade sob os quais poderão recair os deveres originários de vigilância.

No sentido supracitado, observa-se que os garantidores originários de vigilância na entidade corporativa “serão os integrantes de órgãos de administração que tenham uma relação juridicamente fundada de controle, ainda que parcial, sobre a empresa e que o tenham assumido faticamente”<sup>27</sup>.

Com efeito, trata-se de uma situação de fácil constatação em uma Empresa Individual de

<sup>24</sup> Entendimento este, que por analogia, tem sido replicado na esfera dos acordos de não persecução penal, nos casos em que os requisitos do artigo 28-A do Código de Processo Penal se façam presentes.

<sup>25</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta nº 1/2018**. Brasília, 23 maio 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

<sup>26</sup> ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedade anônimas limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 174.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 134.

Responsabilidade Ltda (EIRELI) pessoa jurídica, constituída por uma única pessoa e titular do capital social o qual lhe foi estipulado em cem salários-mínimos vigentes à época da sua constituição e que limita a responsabilidade do titular<sup>28</sup>.

Ou mesmo, numa sociedade por quotas de responsabilidade limitada – na qual, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social<sup>29</sup>. Nestas a administração pode competir aos sócios ou não, sendo que suas decisões serão tomadas por maioria<sup>30</sup>. No caso de a administração ser exercida pelos sócios, diante de serem dotados do poder de gestão e da execução de suas atividades, seu feixe de deveres é mais amplo do que quando a administração é exercida por não sócio – assim, incumbindo a todos os exercícios de vigilância e supervisão recíproca<sup>31</sup>.

Entretanto, eventualmente, pode não ser da mesma forma, justamente, nas realidades societárias nas quais os mecanismos de *criminal compliance* figuram como essenciais em virtude dos vultuosos empreendimentos que habitam essas estruturas, sobretudo, as sociedades anônimas<sup>32</sup>. Pois, nestas inexistente a figura do empresário individual, amplamente responsável, ou mesmo, de um órgão único a quem incumbe a administração<sup>33</sup>.

Em linhas gerais, na maioria das sociedades anônimas, existe uma dupla administração, a qual compete, em regime de cooperação, à diretoria e ao conselho da administração<sup>34</sup>. O que por si só, perfaz-se em desafios mais complexos e, por conseguinte, demandam uma análise mais profunda do que nas sociedades nas quais a administração incumbe tão somente a um órgão societário<sup>35</sup>.

A Lei das Sociedades Anônimas disciplina em seu artigo 144 que a responsabilidade pela gestão e representação da companhia cabe à diretoria. Atribuição essa que torna seus membros

---

<sup>28</sup> Artigo 980 do Código Civil. Instituída por meio da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011. *Vide* GONÇALVES, Oksandro. EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP, tomo IV**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

<sup>29</sup> Artigo 1052 do Código Civil Brasileiro. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República: Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 11 fev. 2022.

<sup>30</sup> Artigo 1013 do Código Civil Brasileiro. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República: Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 11 fev. 2022.

<sup>31</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 230.

<sup>32</sup> A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Artigo 1º da Lei das Sociedades Anônimas.

<sup>33</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 230.

<sup>34</sup> Artigo 138 da Lei das Sociedades Anônimas. Podendo também ser exercida exclusivamente pela diretoria, a depender do estatuto da empresa.

<sup>35</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 176.

os garantidores originários de vigilância por excelência<sup>36</sup>.

O conselho de administração, por sua vez, trata-se de um órgão colegiado, cuja atuação é orientada para a estratégia geral da companhia, não se envolvendo na administração diária, tampouco, na gestão direta dos negócios empresariais<sup>37</sup>. Porquanto, seus poderes e atribuições dependerão em grande medida das disposições do estatuto.

A considerar que em virtude de ser um órgão colegiado, sua vontade resulta da conjunção dos conselheiros, inexistindo consenso quanto à possibilidade de que seus membros possam ocupar posição de garantidores<sup>38</sup>. Contudo, regra geral, tem-se que os membros do conselho de administração são garantidores originários de vigilância e recebem competências diretamente atreladas ao cargo exercido dentro do órgão<sup>39</sup>.

Apesar da Lei das Sociedades Anônimas disciplinar em linhas gerais, a atribuição da diretoria e do conselho de administração concede margem para a autorregulação empresarial. De maneira que, somente no caso concreto será possível a análise das consequências das funções atribuídas, a fim de verificar a quem incumbe efetivamente o dever originário de vigilância<sup>40</sup>.

Reconhecido o dever de vigilância e, em caso de celebração de processo colaborativo, faz-se necessário, ainda, examinar em que medida seu beneficiário detém poderes e prerrogativas para instituir um programa de *criminal compliance*.

Confia-se que, por se tratar de cláusula estabelecida em sede de atuação consensual, a qual pressupõe bilateralidade, voluntariedade, e negociação entre os celebrantes, o conteúdo daquela insere-se no âmbito da discricionariedade das partes, resguardados os limites previstos em lei<sup>41</sup>. Motivo pelo qual, não haveria impedimentos para a celebração da avença, ainda que ausente o poder diretivo para tanto, desde que ao ser clausulado, conte com a adesão da estrutura corporativa. De igual forma, em caso de extensão material do acordo para as demais sociedades do grupo controladas, direta ou indiretamente, pelo autor da conduta contrária à norma.

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>37</sup> Artigo 14 da Lei das Sociedades Anônimas disciplina a competência do conselho de administração. BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Presidência da República: Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm). Acesso em: 11 fev. 2022.

<sup>38</sup> ESTELITTA, Heloisa. Op. cit., p. 181.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 174-179.

<sup>41</sup> Para a análise, partiu-se do pressuposto que o negócio jurídico processual é orientado pelas garantias constitucionais. O que exclui muitas das críticas apresentadas no capítulo um ao ordenamento referencial, no qual, aquelas recaem, sobretudo, nas elevadas penas e exacerbado poder do promotor, que diferentemente do modelo brasileiro, pode barganhar inclusive a imputação penal. Lado outro, por não fazer parte da presente pesquisa, as preocupações doutrinárias e jurisprudenciais que circundam a temática da prisão cautelar e sua eventual relação com a ausência de voluntariedade para a celebração de uma solução negocial, a qual demanda uma pesquisa própria, também não foram consideradas.

Com as apropriadas modificações, trata-se da mesma interpretação conferida por Rodrigo Leite Ferreira Cabral ao analisar o acordo de não persecução penal a ser celebrado com pessoa jurídica responsável por delito ambiental. O autor destaca a necessidade de que o representante legal tenha poderes específicos para a celebração da avença, com a finalidade de se evitar futuros questionamentos<sup>42</sup>.

Neste cenário, apresenta-se essencial a verificação do poder diretivo, não sendo facultado condicionar algo inalcançável – ciente da ausência de poder diretivo. À vista de tratar-se de um tema em ascensão no ordenamento jurídico pátrio, seu emprego exige maior responsabilidade dos operadores do direito, sendo defeso clausulá-lo apenas simbolicamente, subjugando-o sob pena da estratégia cair em descrédito<sup>43</sup>.

### **3 AS CONSEQUÊNCIAS DO *CRIMINAL COMPLIANCE* ENTABULADO COMO CONDIÇÃO NOS PROCESSOS COLABORATIVOS**

Estabelecida a interseção entre a justiça negocial e os programas de *compliance* torna-se possível pensar o problema proposto, qual seja, as consequências do *criminal compliance* entabulado como condição nos processos colaborativos.

No momento das primeiras leituras, a atenção voltou-se para a constatação de ampla assimetria informacional na delimitação da cláusula de implementação do *criminal compliance*, a qual pode favorecer o oportunismo, assim como gerar insegurança e, por conseguinte, comprometer a credibilidade do instituto, desestimulando sua adoção mediante condição nos instrumentos negociais.

A incoerência na moldura valorativa por parte das autoridades celebrantes, por vezes antagônicas, restou-se diagnosticada de modo principal nas: i) condições gerais (prazos e cronogramas); ii) requisitos essenciais do programa de *criminal compliance* a ser implementado; iii) supervisores externos; iv) acompanhamento pelo juiz e pelo Ministério Público; v) efetividade do *criminal compliance* como condição para o reconhecimento do adimplemento da avença; e vi) em novo delito durante o período de prova e o reconhecimento da ineficiência do programa.

Poder-se-ia afirmar, em uma análise apressada, que inexistem relevância nas arestas e divergências constatadas, visto que se fazem validadas pela colaboração e consenso que orientam a alternativa. Entretanto, ainda que não se discorde que a livre manifestação de vontade deva ser respeitada, entende-se inarredável que os acordos sejam subordinados ao princípio da segurança jurídica.

<sup>42</sup> CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 192.

<sup>43</sup> LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit., p. 199-205.



A permanecer ao panorama, abrir-se-ão espaços passíveis de comprometer os acordos e/ou judicializá-los, bem como desacreditar-se-á a relação público-privada voltada a prevenção da criminalidade a qual se pretende estimular. Aliás, tal qual ocorrera no ordenamento paradigma.

À vista disso, a construção de diretivas e capacitação no âmbito do órgão de persecução penal, de maneira a conferir, a partir de um mesmo modelo de atuação, segurança e transparência, faz-se essencial.

Neste contexto, a revisão teórica e a pesquisa comparada propiciaram, sem a menor pretensão de ser assertiva, apenas para contribuir com a debate e para o desenvolvimento da estratégia em construção, apresentar soluções, as quais, em síntese recaem na proposta de uma certa padronização na elaboração de diretrizes essenciais, cabendo as partes envolvidas complementá-las de modo adequado ao caso concreto.

Lado outro, há que se atentar para que os instrumentos negociais não sejam utilizados como uma solução de oportunidade e, que se concerne, justamente, no fato de que o criminoso econômico se encontra protegido por uma empresa próspera e lucrativa, sob a qual recai o ônus financeiro do ilícito praticado. O que contribui para que a atividade criminosa continue sendo rentável<sup>44</sup>.

Dito de outro maneira, percebeu-se que, não raras vezes, o indivíduo agraciado com a benesse tem seu patrimônio pessoal protegido, não obstante, seu enriquecimento tenha origem na conduta contrária à norma. O que acontece porque o ônus financeiro decorrente da prática delitiva acaba sendo custeado exclusivamente pela empresa ao dispender recursos com o programa de *criminal compliance*. Isso sem mencionar as hipóteses nas quais a pessoa jurídica responsabiliza-se também pelo ressarcimento do dano.

A fim de evitar que a conduta criminosa continue a ser rentável ao agente, evidencia-se fundamental que a condição avençada não se limite apenas a estruturação de um programa de *compliance*. Devendo, pois, ser conexas às outras cláusulas de forma cumulativa.

Além disso, importante reflexão consiste em entender o que significa a presença dessa arquitetura implementada mediante a política dos acordos processuais penais e de suas consequências no âmbito do direito penal empresarial. Dado que, a partir do momento no qual se incentiva o *criminal compliance*, reflexamente outras questões também o serão formuladas.

A título de exemplo, a partir do cenário tratado, questão fundamental diz respeito a eventual consideração do *criminal compliance* originário a partir de uma solução negocial como critério relacionado à responsabilidade penal.

---

<sup>44</sup> Igualmente é o pensamento de Anna Carolina Canestraro e Túlio Felipe Xavier Januário. CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Op. cit., p. 24.

Aqui um parêntese pode ser feito, ater-se-á de modo específico a responsabilidade do empresário, outrora beneficiado com o acordo. Hipótese em que se sustenta a seguinte indagação: reconhecido o adimplemento contratual, caso futuramente haja um novo crime, como o mecanismo será considerado para fins de delimitação da responsabilidade penal em relação ao empresário?

Primeiramente, oportuno destacar que não se pode confundir o *criminal compliance* com uma lei penal corporativa apta a permitir a isenção de responsabilidade de um empresário, de modo geral e irrestrito, pelo simples fato de ter sido o responsável por estruturar um programa a partir de uma solução negocial.

Ou melhor, trata-se de hipótese a qual se quer deveria ser ventilada sob pena de passar uma mensagem equivocada e, assim, estimular mecanismos de *criminal compliance* cujo objetivo consiste na blindagem diante de um crime, ou ainda, na redução dos riscos de sua responsabilização<sup>45</sup>, e não de uma reprogramação da cultura empresarial. Ao tempo em que, transmitir-se-ia a ideia de que o comportamento contrário à norma é tolerado, influenciando negativamente todo o ambiente empresarial<sup>46</sup> – justamente o que se quer evitar.

Por certo, a “existência do mecanismo de *criminal compliance* não deve ser desprezada, posto tratar-se de uma boa prática”<sup>47</sup>. Contudo, constata-se distinto admitir a sua interferência na imputação das pessoas físicas.

Como bem observado por Busato, “seria um desequilíbrio a favor dos poderosos”<sup>48</sup>, (...) um privilégio que pessoas comuns não teriam<sup>49</sup>. E, mais, “se transformaria num instrumento na mão dos administradores para aumentar seu poder nas empresas”<sup>50</sup>.

Dito de outra maneira, e partindo de um exemplo desenvolvido pelo citado autor, o qual desde logo, pede-se vênua para uma releitura aqui necessária, do mesmo modo que a realização de cursos de reabilitação para condutores decorrente de condição estipulada em ambiente de matriz penal negocial em virtude da prática de crime de trânsito, não permite que diante de nova conduta criminosa, seu autor tenha a responsabilidade penal excluída<sup>51</sup> ou que este figure como

---

<sup>45</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidade de personas jurídicas**. Valência: Tirant lo blanch, 2019. p. 114.

<sup>46</sup> FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Op. cit., p. 99.

<sup>47</sup> BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). **Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 50.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>50</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 67.

<sup>51</sup> BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). **Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 46-47.

impeditivo de uma ação penal, assim, também deve ser em relação aos delitos empresariais. Não havendo sentido excluir a responsabilidade penal previamente.

Outra perspectiva a causar reflexão, partindo da premissa de que não é comum a prática de novo delito pelo sujeito agraciado com a benesse, refere-se à responsabilidade daquele por omissão, ou mesmo, de sua exclusão.

A partir da literatura revisada e, respeitados os posicionamentos em sentido contrário<sup>52</sup>, a instituição do programa de *criminal compliance*, ainda que decorrente de uma solução processual penal negocial, não tem o condão de afastar previamente a “responsabilidade criminal do empresário que não fez o que lhe era exigível, para evitar a execução de um ato criminoso praticado por um subordinado<sup>53</sup>”.

A base dogmática, para tentar equacionar essa questão, encontra-se no artigo 13 parágrafo 2º, alínea ‘c’ do Código Penal<sup>54</sup>, pelo qual:

[...] a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem(...): c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado<sup>55</sup>.

Em apertada síntese<sup>56</sup>, a presente reflexão norteia-se pelas seguintes diretrizes:

- a. Necessidade inerente da empresa gerir os riscos que produz;
- b. Uma das principais responsabilidades do empresário (administrador/dirigente, entre outros) reside nos deveres de supervisão e vigilância;
- c. O empresário encontra-se em uma posição de garante dos desvios executados por seus subordinados<sup>57</sup>;
- d. A existência do instrumento de *criminal compliance*, principalmente quando estruturado a partir de um acordo, serve para reforçar os ideais de conduta, ainda que certos deveres sejam delegados.

---

<sup>52</sup> Desde logo, destaca-se que diversas teorias se ocupam de tratar da responsabilidade penal por omissão no contexto do *criminal compliance*. Contudo, não cabe no presente uma análise destas. Para tanto: ESTELITTA, Heloisa. *Op. cit.*, 2017.

<sup>53</sup> RAMOS, Enrique Penaranda. Sobre la responsabilidade em la empresa (y em otras organizacionais). *In: VILLAREJO, Julio Díaz-Maroto. Derecho y justicia penal em el siglo XXI: liber amicorum in homenaje al profesor Antonio Gonzales*. Madrid: Colex, 2006. p. 413-430.

<sup>54</sup> Diversas são as teorias sobre a função do garante. Entretanto, por não ser o objeto principal da presente estas não serão abordadas.

<sup>55</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Presidência da República: Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 09 fev. 2022.

<sup>56</sup> Vez que o presente estudo não tem a pretensão de se imiscuir nesta complexa questão. Sob a qual paira grande divergência doutrinária.

<sup>57</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. cit.*, p. 68.

Assim, no contexto examinado, adota-se o entendimento a partir do qual o reconhecimento da figura do garante recai sob aquele que – fazendo o uso de seu direito fundamental do livre exercício da atividade econômica<sup>58</sup> – cria riscos e, por ele, deve ser responsável. Sejam eles produzidos pelas próprias pessoas físicas ou jurídicas, interna ou externamente à atividade empresarial, ante o domínio sobre as fontes de perigo da atividade econômica.

Lado outro, quando se desenha um programa de *criminal compliance*, sobretudo, em razão da reinvenção estrutural e organizativa da atividade empresarial, aliada à relação entre vigilância e *criminal compliance*, alguns deveres do empresário são delegados<sup>59</sup>. O que poderia levar de modo equivocado para a conclusão de que a função de garante também o é. Nada obstante, a delegação no ambiente empresarial carece ser analisada a partir de dois efeitos: o fenômeno de transferência e da transformação<sup>60</sup>.

A partir do fenômeno da transferência, o sujeito delegado fica responsável por controlar os riscos<sup>61</sup> – atribuição originária do delegante. O que, por conseguinte, faz com que o dever de evitar o resultado a ele seja transferido.

Mas não é só, pois, a considerar que nem todos os deveres podem ser delegados, em virtude de serem legalmente inerentes aos detentores da atividade econômica (leia-se lei das S/A, Código Civil, e ainda, dos direitos e deveres decorrentes do estatuto e dos contratos, os quais podem conter deveres intransferíveis), tem-se a presença do segundo fenômeno a orientar a leitura da delegação no ente corporativo, qual seja, a transformação.

Assente na temática citada, o que se verifica são os deveres do delegante que se transformam em um dever de vigilância e supervisão<sup>62</sup>– pelos quais, “ao delegante incumbirá um dever residual de bem eleger o delegado, como de garantir estrutura para que este cumpra sua função, além de vigiar razoavelmente suas atividades”<sup>63</sup>. O que, por sua vez, desaguará no dever de interferir quando da constatação de que o sujeito delegado extrapolou os limites do risco<sup>64</sup>.

Interferência a ser exercida dentro de um espaço de:

<sup>58</sup> Artigo 174 da Constituição Federal.

<sup>59</sup> Neste ponto, Fernández afirma que “a vigilância e o controle de funcionamento do sistema de gestão de cumprimento form para da direção da empresa, embora esta tenha delegado sua execução”. FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. La estandarización alemana de los sistemas de Gestión de cumplimiento. In: SÁNCHEZ, Jesús María Silva; FERNANDEZ, Raquel Montaner (org.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 156.

<sup>60</sup> SANCHEZ, Jesús María Silva. Deberes de los miembros de um Consejo de Administración. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 2, 2011. p. 157.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.* No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

<sup>63</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 301.

<sup>64</sup> SANCHEZ, Jesús María Silva. Deberes de los miembros de um Consejo de Administración. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 2, 2011. p. 158.

[...] razoabilidade, de forma que qualquer ato externo ao âmbito de controle do delegante que não seria perceptível sob por uma prognose objetiva posterior, é estranha à sua capacidade de controle, e a omissão não será relevante”<sup>65</sup>.

Percebe-se, então, que a delegação do dever de controle dos riscos a terceiros não exaure, mas, sim, transforma os deveres do empresário, subsistindo a ele os deveres residuais<sup>66</sup>. A partir dos quais, este deverá velar, agora de “forma diferenciada”<sup>67</sup>, pelo controle dos riscos gerados pela atividade empresarial.

A considerar que a transferência não exonera os administradores, a quem subsistem os deveres de supervisão e vigilância (do contrário, verificar-se-ia o efeito do deslizamento da responsabilidade penal para baixo “*top to down*”<sup>68</sup>) pode-se entender que a delegação da gestão de risco, ainda que a partir de um programa de *criminal compliance*, não tem o condão de exonerar o delegante desde logo.

Soma-se a isso que, enquanto o direito penal orienta-se pelo princípio da confiança<sup>69</sup> – “pelo qual, numa atividade compartilhada, o campo de organização e cuidados de um agente e a execução de seu papel social delimitam-se pelo campo de organização e cuidados incumbido a cada um dos intervenientes”<sup>70</sup> – a doutrina moderna defende, em sede de direito econômico empresarial, que aquele encontra-se mitigado pelo princípio da desconfiança. A partir do qual, o empresário presume que ocorrem falhas comportamentais por parte de seus subordinados<sup>71</sup> (potencializados pelo ambiente empresarial)<sup>72</sup>, as quais demonstram a necessidade de a todo tempo ter que buscar neutralizá-las, adotando uma postura mais ativa de modo a procurar frequentemente os indícios daquelas<sup>73</sup>.

<sup>65</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 279.

<sup>66</sup> SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva**. Madrid: Editorial Reus, 2007. p. 194-197.

<sup>67</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 277.

<sup>68</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>69</sup> Trata-se de princípio cujas origens remontam a jurisprudência alemã, a partir de crimes culposos de trânsito. Atualmente, transcende o campo citado. Dentro os diversos papéis que ocupa no direito penal, um deles, recai no auxílio dos crimes omissivos, sejam eles dolosos ou culposos. Para uma análise detalhada, *Vide*: JESCHECK, Hans-Heirich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. v. 2. Barcelona: Bosch, 1981. p. 801.

<sup>70</sup> GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-94. p. 80.

<sup>71</sup> Desvios cognitivos mencionados nos capítulos um e dois.

<sup>72</sup> “Derivados do anonimato, concepções erradas de lealdade e solidariedade, cegueira quanto às consequências quando se trata de execução de ordens. SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. MonteVideo: BdeF, 2013. p. 170-171.

<sup>73</sup> SCANDELARI, Gustavo de Brita. As posições de garante na empresa e o criminal *compliance* no Brasil: primeira abordagem. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 178.

A justificativa é ancorada no fato de o empresário ser remunerado pelo risco. Em contrapartida à liberdade exercida mediante o estabelecimento da empresa, seus deveres não podem ser iguallados aos dos demais trabalhadores<sup>74</sup>. Isso faz com que sob ele recaia um dever de vigilância sobre quem vai realizar as atividades, mesmo que o programa de *criminal compliance* objetive restabelecer aquela.

Constata-se que as ideias citadas se afinam com o pensamento de Guaragni:

Ao invés de valerem-se de um princípio de confiança quanto aos empregados que desempenham tarefas na empresa, devem trocá-los por um princípio da desconfiança. Afinal, para além de auferirem lucro com a geração de riscos para terceiros, tem-se que tais riscos são reforçados por afetarem a autorresponsabilidade do executor de cada papel na empresa. Daí avultarem os papéis de controle e vigilância dos órgãos empresariais em posição de comando<sup>75</sup>.

À medida que se adota o um programa de *criminal compliance* de modo minimamente seguro, os vieses cognitivos vão sendo neutralizados e, por conseguinte, a confiança passa a ser restaurada de forma gradativa<sup>76</sup>.

Não obstante, para a restauração da confiança a partir do programa de *criminal compliance*, Guaragni adverte a necessidade da presença de diversas condições, dentre as quais, essencialmente contemplam-se: que o programa não faça pesar sobre terceiros encargos definidos pelo marco regulatório externo à empresa como exclusivos dos órgãos em posição de vértice da organização; que o empresário realize certa vigilância residual sobre o próprio programa de *compliance* por ele instituído, verificando seu funcionamento periodicamente; que o empresário não deposite a confiança no funcionamento do programa quando evidências concretas patentearrem sua ineficácia; e, uma vez detectadas práticas de ilícito penal, o ambiente corporativo reaja neutralizando-os<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento (“*compliance officer*”) ante el derecho penal. In: SANCHEZ, Jesús Maria Silva; FERNANDEZ, Raquel Montaner (org.). **Criminalidad de empresa y *compliance***. Barcelona: Atelier: 2013. p. 322.

<sup>75</sup> GUARAGNI, Fábio André. Desvios Cognitivos e Volitivos nas atividades empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de *criminal compliance* como mecânica de controle. In: ARAUJO NETO, Feliz; GIACOIA, Gilberto; MAISONNAVE, Germán Alberto Aller. **Direito Penal e Constituição II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 219.

<sup>76</sup> SCANDELARI, Gustavo de Brita. As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 178. No mesmo sentido: SANCHEZ, Jesus Maria Silva. Deberes de vigilância y *compliance*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría Del Derecho Penal**. 9 ed. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 103.

<sup>77</sup> GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-94. p. 87-91.

À vista disso, não se trata de afirmar que o empresário deve figurar de forma obrigatória no polo passivo. Na verdade, quando o programa é gerido e atualizado corretamente, é provável que o empresário consiga demonstrar ter tomado todos os cuidados necessários ao encarregar seu representante delegado de tarefas, desde o processo de sua seleção até o seu treinamento contínuo<sup>78</sup>. De modo que ele pode se eximir de responsabilidade, diante da própria inexistência de uma situação típica que lhe impusesse o dever de agir, ou se beneficiar de menor reprovabilidade<sup>79</sup>.

O que não se entende como possível, ante as ponderações apresentadas, é conferir ao *criminal compliance* – por ter sido elaborado a partir de um acordo com o Ministério Público – o caráter de preservar o empresário concedendo-lhe, previamente, de modo amplo e irrestrito uma isenção de responsabilidade.

Ademais, não existe margem de negociação para tanto nos acordos. Do contrário, passar-se-ia um cheque em branco aos empresários, estimulando sua estruturação “pura e simplesmente por não sofrer consequência alguma se viesse a praticar algum ilícito”<sup>80</sup>.

Em sentido contrário, pode-se destacar, mais uma vez, a contribuição de Lamy<sup>81</sup> para quem o programa de *criminal compliance* estruturado a partir de solução negocial deve ser considerado uma condição negativa de procedibilidade, afetando, por conseguinte, diretamente a própria admissibilidade da ação penal<sup>82</sup>.

Fundamenta que, se um dos membros da empresa praticar um crime, o Ministério Público não pode investigá-la, tampouco seu administrador, como faria com alguém que não teve esforço de estruturar um programa. E, que se assim o fizesse, trairia a avença desenvolvida e, por conseguinte, desestimularia a consolidação da ferramenta<sup>83</sup>.

Não processar o empresário, segundo o entendimento da autora:

É tratar de valorizá-lo, criar vantagens ao gestor que investe em *compliance*, bem como entender que a existência de tal ferramenta interna deve interferir no órgão acusatório de instaurar ações penais em face do gestor e da organização (aqui já se pensando no momento em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se consolidar no sistema jurídico brasileiro<sup>84</sup>).

<sup>78</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 277.

<sup>79</sup> CAVERO, Percy Garcia. Op. cit., p. 64.

<sup>80</sup> SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 152.

<sup>81</sup> Observa-se que embora outros autores nacionais tenham sido citados ao longo da pesquisa como defensores dessa estratégia no ordenamento brasileiro. Não se encontrou nenhuma literatura destes a respeito de como a condição deve ser redigida, os desafios e as consequências, a não ser, os estudos de Anna Lamy. LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>83</sup> LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit., p. 189.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 185.

Observa de igual forma, que não se trata de dizer que: “o simples diálogo promovido entre o Ministério Público e o beneficiário do acordo para a formatação do *compliance* justifica o afastamento”<sup>85</sup>. Mas, sim, que o “efetivo comprometimento do gestor com as rotinas estabelecidas no programa deve ser suficiente para evitar que ele sofra qualquer afetação em razão do desvio”<sup>86</sup>.

Neste ponto, destaca a omissão legislativa de como deve ser constatado o comprometimento da alta administração, pontuando a dificuldade em se fazê-lo. Sugerindo a elaboração de um guia para avaliação do compromisso da alta direção a ser avaliado a partir de sua participação nos treinamentos; da aposição de um compromisso escrito e que está proibido qualquer desvio seja praticado por um membro da diretoria<sup>87</sup>.

Entretanto, de modo respeitoso diante do caráter descritivo do presente, mostra-se necessário estabelecer um contraponto. O referido posicionamento, “lida com um fator de difícil verificação empírica: o nível de compromisso da empresa e dos empresários com a prevenção do ilícito”<sup>88</sup>. Desse modo, um compromisso escrito neste sentido, por si só, não garante efetividade no exercício da função.

Aliás, conforme a literatura revisada, para tal, faz-se necessário um conjunto de ações que o demonstrem. De modo que, para o propósito do instituto, é essencial que estas sejam sentidas e constatadas por todos no ambiente empresarial em que os gestores estão realmente comprometidos na prevenção, identificação e correção das irregularidades<sup>89</sup>.

Outrossim, consoante abordado em outro local de fala, não há pois, como usar dogmaticamente o uso do *criminal compliance* como eixo para justificar a isenção de responsabilidade, tampouco, reconhecer como uma condição negativa de procedibilidade, pelo fato do Ministério Público supostamente ter participado da estruturação do programa de *compliance*, mesmo porque isso não harmoniza com os propósitos da estratégia em comento.

Conforme exposto e à vista de ser repetitiva, a negociação recai de forma exclusiva no delineamento da condição fixada, e não na estruturação do programa em si. Esta, deve ser reservada a quem detém *expertise* para tanto, isto é, ao próprio ente corporativo, devendo ser mapeada de acordo com as peculiaridades de cada pessoa jurídica. Pois, estar em *compliance*, implica no compromisso da empresa em criar um sistema complexo de políticas, controles internos e

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>88</sup> SCANDELARI, Gustavo Brita. ***Compliance e Law Enforcement***: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 136.

<sup>89</sup> PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. Op. cit., p. 2.



procedimentos, os quais demonstrem que se está buscando “garantir”, e, que se mantenha neste estado de *compliance*<sup>90</sup>. Em outros dizeres, é a possibilidade que esta anteveja os riscos de suas atividades, e, assim, oriente-se de modo a obstá-los.

Diga-se de passagem, trata-se inclusive de uma das motivações estatais para o incentivo da autorregulação regulada. Logo, uma coisa é a delimitação da condição (na qual, deve conter prazo de cumprimento; eventual prorrogação do período; acompanhamento por monitores externos ou não; requisitos essenciais; certificação ou não, quais os critérios serão considerados para fins de avaliar a efetividade; causas de revogação; compartilhamento de investigações futuras; entre outros), e outra, é a estruturação do programa, de maneira que não existe, pois, como afirmar que a responsabilização eventual ‘seria trair a avença outrora fixada’.

Aliás, com a devida vênia, corroborar com tal posicionamento é conferir tratamento distinto ao aplicado a outras condições entabuladas. Explica-se: quando o Ministério Público condiciona o adimplemento negocial a prestação de serviço à comunidade, por exemplo, apenas fixa o período de cumprimento e, por vezes, sugere que seja cumprido em estabelecimento que, de algum modo, relacione-se com a prevenção delitiva<sup>91</sup>. Entretanto, ainda que, eventualmente indique o local de prestação do serviço, não disciplina qual o serviço que será executado pelo indiciado. Nem mesmo o magistrado o faz.

Transpondo-se este pensamento para a matéria examinada, para além dos motivos já elencados, não caberia ao Ministério Público disciplinar como deve ser o programa de *compliance*. Se não o faz em outras condições, porque motivo deveria fazê-lo quando se trata de programa de *criminal compliance*?

Ademais, a considerar que os marcos regulatórios variam de acordo com o segmento econômico, do mesmo modo, variará o programa de *criminal compliance* a ser estruturado. Logo, seria inviável, por absoluta ausência de *expertise* para tanto, o Ministério Público, por exemplo, elaborar a análise de risco de determinada empresa, um dos pilares fundamentais de um mecanismo de *compliance*, cuja:

[...] falha em sua identificação expõe não apenas a empresa e seus colaboradores, como terceiros, e, potencialmente toda a sociedade [...] e que exige profundo conhecimento de todas as especificidades do negócio em si e as técnicas de controle mais atuais relativas ao risco econômico explorado pela empresa<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> SAAVEDRA, Giovani A. *Compliance* criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 8, n. 15, p. 239-256, maio/ago. 2016. p. 242.

<sup>91</sup> Por exemplo, num crime de lesão corporal culposa, pode é possível sugerir que a prestação de serviço seja cumprida num pronto atendimento.

<sup>92</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p. 21-23.

O importante é restar delimitado, na ferramenta alternativa, a resolução do conflito como será validado o programa de *compliance* para fins de adimplemento da condição (caso mediante certificação, relatório realizado por monitores externos, entre outros). Situação distinta centra-se em atribuir a responsabilidade ao órgão de persecução penal e em definir como deve ser o instrumento de *criminal compliance* de cada empresa da qual a estruturação daquele faça parte da solução negocial. Isso implicaria em interferir no livre exercício na atividade empresarial, o que não é devido.

Lado outro, tampouco, poder-se-ia justificar a ausência de condição de procedibilidade no fato de que o Ministério Público ao reconhecer o adimplemento da solução negocial considerou o programa de *criminal compliance* efetivo. Logo, diante de um mecanismo de *compliance* reconhecidamente efetivo, o empresário deveria, desde logo, ter sua responsabilidade penal excluída.

Entretanto, do mesmo modo essa ideia não pode prosperar e, o fundamento, para tanto, é extraído dos recentes ensinamentos de Adán Nieto Martín, apresentados em análise de situação semelhante a que aqui se apresenta. Contudo, o fez em sede de responsabilidade penal da pessoa jurídica e que, com as devidas adaptações, podem ser aplicadas aqui<sup>93</sup>.

Entende o autor que: a “valoração de eficácia de um programa é uma atividade que apresenta distinto conteúdo”<sup>94</sup>: em uma apertada síntese, para fins de adimplemento da condição negocial, a análise do instrumento de *compliance* é prospectiva, isto é, mais ampla e cujo olhar direciona-se para a totalidade do programa, assim, orientando-se para o futuro<sup>95</sup>.

Diversamente, diante de um ilícito criminoso, a avaliação agora passa a orientar-se por uma visão retrospectiva, refere-se ao momento dos fatos. E, com o fim descrito, valora-se se o programa dispunha de controles eficazes para evitar o delito na ocasião em que os fatos foram praticados<sup>96</sup>.

A partir disso, tem-se que quando o programa de *criminal compliance* foi valorado pelo Ministério Público, este foi formulado para fins de reconhecimento do cumprimento da avença. De modo que o foi, porque naquele momento apresentava elementos que, *a priori*, pareciam ser dotados de capacidade de evitar condutas criminosas. A partir do momento em que essas ocorrem, devem ser procedidas uma nova análise e, assim, guiada por direção oposta.

---

<sup>93</sup> MARTÍN, Adán Nieto. Como avaliar a eficácia dos programas de cumprimento. In: MARTÍN, Adán Nieto; SA-AD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 7-28. p. 8-10.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>95</sup> MARTÍN, Adán Nieto. Como avaliar a eficácia dos programas de cumprimento. In: MARTÍN, Adán Nieto; SA-AD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 8-10.

<sup>96</sup> *Ibid.*

Dessa forma, não há, pois, como reconhecer previamente que um programa de *compliance* – implementado a partir de solução negociada – ensejará, por conseguinte, na exclusão direta de responsabilidade do empresário. Dessa forma, entender de modo diverso pode, inclusive, implicar em uma ausência de revisão constante e periódica do programa.

Outra consequência que se relaciona de modo fundamental ao fomento dos mecanismos de *criminal compliance* a partir dos institutos processuais penais diz respeito a: “uma atuação estatal em prol da persecução penal, inclusive para o futuro”<sup>97</sup>. Uma vez que possibilitará uma maior participação privada na investigação dos delitos empresariais. E, neste ponto, não se está a referir de modo exclusivo aos crimes praticados em benefício da empresa, mas, igualmente, aqueles praticados dentro de sua estrutura, independentemente se econômicos ou não.

Vivenciada a cultura do *criminal compliance*, diante de uma conduta contrária à norma, “a considerar que o *compliance* **não é só prevenção de risco, mas também a reação as violações existentes**”<sup>98</sup>, surge a necessidade de apuração por parte da sociedade empresária e o compartilhamento das informações levantadas com o Estado<sup>99</sup>. As quais terão destacada relevância para subsidiar eventual inquérito policial ou de procedimento investigatório criminal.

Trata-se da temática, que carente de regulação, propicia diversos questionamentos. Dentre os quais, parte considerável materializa-se, sobretudo, em como aproveitar as provas produzidas no âmbito da investigação privada que está norteada pelos deveres trabalhistas, no seio de uma ação penal, repleta de garantias constitucionais, e, ainda, no dever ou não de comunicação dessas investigações às autoridades de persecução penal.

Por reclamar-se do estudo aprofundado o qual foge aos limites do presente artigo, não cabe caminhar para essas discussões, merecendo nossa atenção apenas o que se relaciona diretamente ao objeto investigado. Em outras palavras, o dever ou não do compartilhamento do resultado dessas investigações com o Ministério Público. Previsão esta que não constou em nenhuma das unidades observadas e que, à vista das divergências doutrinárias, mostra-se de fundamental importância.

---

<sup>97</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A colaboração premiada e o acordo de leniência como incentivos aos programas de *compliance*. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de *compliance* e Ministério Público**: uma nova visão de gestão e atuação institucional. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 166.

<sup>98</sup> CARLI, Carla Veríssimo de. ***Compliance, incentivo à adoção de medidas anticorrupção***. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 350.

<sup>99</sup> Ainda não há unanimidade doutrinária a respeito de ser uma faculdade ou um dever da sociedade empresária o compartilhamento das investigações. Dentre aqueles que corroboram com a necessidade de compartilhamento cita-se: *Ibid.*, p. 91; SCANDELARI, Gustavo Brita. ***Compliance e Law Enforcement***: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 52.

Neste ponto, a considerar que estamos diante de um *criminal compliance ex post* conectado em uma solução negocial, a possibilidade de “preparar não apenas os termos de sua condição, mas, igualmente, de estabelecer uma mais larga e vasta atuação estatal em prol da repressão e da prevenção em si”<sup>100</sup> faz-se presente. Principalmente, porque antes do fato:

[...] as normas de *compliance* consubstanciam-se em regras de conduta, valores, princípios, capacitação, treinamento, denúncias, etc. (...). E, após aquele, elas passam a se referir a consequência do *compliance* como investigação<sup>101</sup>.

Diante disso e de modo a avançar na fronteira do conhecimento, entende-se que na celebração da avença, é essencial para garantir a aplicação efetiva do direito que se objetiva a partir dos programas de *criminal compliance*, estabelecer a necessidade do compartilhamento das futuras investigações relacionadas aos ilícitos criminais, bem como à identificação precisa das investigações as quais devem ser levadas ao conhecimento da autoridade.

Trata-se de consequência natural dessa articulação público-privada que se objetiva com os programas de *compliance*, a qual evidenciará a real intenção colaborativa e de mudança corporativa<sup>102</sup>.

Por fim, à vista de não se pretender exaurir todos os contornos relevantes, mesmo porque sabe-se muito pouco ou quase nada sobre os reais impactos dos programas de *criminal compliance* no ordenamento brasileiro, deixa-se uma última reflexão: há que se ponderar, se a partir dessa estratégia não estar-se-á sufocando a ideia de uma possível responsabilização penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Posto que, a partir daquela, limitar-se-á a uma responsabilização individual e, por conseguinte, a apenas uma responsabilização financeira da pessoa jurídica.

Incentivar o *criminal compliance* é importante. Mas a considerar que o êxito no combate a delinquência empresarial pressupõe a construção de um padrão de *enforcement* para a pessoa jurídica, não dever-se-ia concentrar esforços neste sentido? Ainda mais que, “a exclusiva punição do indivíduo não faz desaparecer a periculosidade do ente coletivo nem protege suficientemente os bens jurídicos em risco”<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A colaboração premiada e o acordo de leniência como incentivos aos programas de *compliance*. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de *compliance* e Ministério Público**: uma nova visão de gestão e atuação institucional. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 168.

<sup>101</sup> SCANDELARI, Gustavo Brita. ***Compliance e Law Enforcement***: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 52.

<sup>102</sup> SCANDELARI, Gustavo Brita. ***Compliance e Law Enforcement***: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 115.

<sup>103</sup> CUEVA, Lorenzo Morillas. **Sistema de Derecho Penal**: Parte General. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2015. p. 195.

Afora isso, mostra-se possível afirmar que, a partir da elaboração de uma dogmática de responsabilidade penal da pessoa jurídica, o *criminal compliance* torna-se de forma natural pauta nas empresas. Pois, ao implementar um programa de *criminal compliance*, esta celebra com o Estado um enlace colaborativo público-privado, pelo qual, compromete-se ao agir em função da prevenção, detecção e apuração dos delitos que desenvolvam, ou que, possam vir a sê-lo dentro de sua estrutura organizacional<sup>104</sup>.

Em contrapartida, é possível ao Estado conferir certos incentivos, e, o instituto poderá funcionar como atenuante genérica por ocasião na medição da pena. E, ainda, como causa de exclusão da culpabilidade, isentando a responsabilidade penal da pessoa jurídica empresária<sup>105</sup> – responsável pelo fato delituoso<sup>106</sup>.

É certo que esta não deve ser a finalidade precípua da empresa. Mas, sim, que o faça motivada pelo cumprimento de diferentes normas e regulações diante da prevenção de ilícitos. Contudo, à vista da possibilidade de se valer dos programas de prevenção e repressão à criminalidade (como meio de defesa apto a minimizar uma sanção), não se pode ignorar que as empresas sentir-se-ão motivadas a adotá-lo<sup>107</sup>.

Reconhecimento este o qual, de certa forma, encontra eco na literatura de Adán Nieto Martín, para quem a ameaça de sanção à empresa é um estímulo aos programas de *compliance*, os quais podem ser mais do que uma intervenção do departamento de marketing<sup>108</sup>.

Em suma, por outro lado, seria anacrônico, no momento em que a democratização gestão de risco faz-se extremamente cotidiana, o órgão de persecução penal abdicar dessa cláusula a qual pode contribuir para a construção de um novo cenário empresarial no ordenamento pátrio. Logo, de qualquer modo, a resposta a esse questionamento tão caro à agenda de direito penal corporativo somente o tempo dirá.

---

<sup>104</sup> SCHÜTT, Júlia Flores. *Compliance* criminal como instrumento da privatização da tutela penal. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de *compliance* e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 325-341. p. 335.

<sup>105</sup> Com o que não se concorda. Mas, não cabe no presente uma análise a esse respeito.

<sup>106</sup> Trata-se de situação identificada em diversos ordenamentos jurídicos. Na Inglaterra, por exemplo, os programas de *compliance* são importantes para evitar a responsabilização criminal. A existência de um programa de *compliance* será um fator a ser considerado para possibilidade de suspensão da ação penal. UNITED KINGDOM. Crime and Courts Act 2013: Chapter 22. 2013. Disponível em: [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/pdfs/ukpga\\_20130022\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/pdfs/ukpga_20130022_en.pdf). Acesso em: 21 out. 2021.

<sup>107</sup> Vide: ENGELHART, Marc. **The nature and basic problems of *compliance* regimes**. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018.

<sup>108</sup> MARTÍN, Adán Nieto. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: um modelo legislativo**. Madrid: Iustel, 2008. p. 62.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos achados de pesquisa, a hipótese inicial de investigação restou confirmada, de modo que é possível a previsão de implementação de um programa de *criminal compliance* como condição nos instrumentos negociais processuais penais celebrados com pessoa física pela prática de crime praticado a favor ou em benefício da pessoa jurídica.

Aqueles, permitiram perceber ainda, que sabemos relativamente pouco ou quase nada sobre os reais impactos dessa estratégia político criminal diante de seu caráter recente no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo possível, neste momento, concluir que é possível entabular a estruturação do programa de *criminal compliance* em acordos celebrados com pessoa física, em virtude de conduta criminosa praticada em nome ou em benefício da empresa. Fazendo-se necessário que o beneficiado pela solução negocial seja o titular do controle societário e/ou detentor do poder diretivo e de vigilância.

Além disso, a interseção com o *criminal compliance* parece ser uma ideia promissora, posto que materializa a mudança de paradigma de atuação jurídica contenciosa para o campo preventivo, propiciando um resultado resolutivo e responsivo. Ao tempo em que propicia o fomento dos programas de *criminal compliance*.

A inexperiência na temática, aliada à ampla discricionariedade das partes carente de balizas, é responsável por situações semelhantes serem contempladas com soluções díspares, o que pode comprometer o sucesso da estratégia. Razão pela qual, evidencia-se essencial a elaboração de diretrizes no âmbito do órgão de persecução penal, não só em relação à redação da cláusula em comento, mas principalmente no que diz respeito ao modo de interpretação dos programas, a fim de propiciar confiabilidade ao avençado;

À vista das considerações articuladas e contempladas no presente artigo, nota-se importante salientar que o *criminal compliance* trata-se de novo saber no ordenamento pátrio a proporcionar um campo fértil para a academia científica, os quais encontram no decurso do tempo, um importante aliado.

## REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda; FRAZÃO, Ana. Leniência, compliance e o paradoxo do ovo ou da galinha: do compliance como instrumento de autorregulação empresarial. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 297-314.

AZEVEDO, Marcelo André. O Ministério Público e os Programas de Compliance. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

- BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.
- BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 1. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A colaboração premiada e o acordo de leniência como incentivos aos programas de compliance. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**. Curitiba: Juruá, 2016.
- BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o criminal compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). **Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018.
- BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas**. Valência: Tirant lo blanch, 2019.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal À luz da Lei 13964/2019**. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal como instrumento de promoção de programas de compliance? **Boletim especial justiça penal negocial**, [S. l.], n. 344, ano 29, p. 23-25, jul. 2021.
- CARLI, Carla Veríssimo de. **Compliance, incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CAVERO, Percy Garcia. **Criminal Compliance**. Lima: Palestra Editores, 2014.
- CUEVA, Lorenzo Morillas. **Sistema de Derecho Penal: Parte General**. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2015.
- DAVID, Décio Franco. Compliance e Corrupção Privada. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Económico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ENGELHART, Marc. **The nature and basic problems of compliance regimes**. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018.
- ESTELITTA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedade anônimas limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns.** Coimbra: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. La estandarización alemana de los sistemas de Gestión de cumplimiento. *In*: SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva; FERNANDEZ, Raquel Montaner (org.). **Criminalidad de empresa y compliance.** Barcelona: Atelier, 2013.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para efetividade dos programas de compliance. *In*: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 71-104.

GONÇALVES, Oksandro. EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP, tomo IV.** 1. ed. São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

GUARAGNI, Fábio André. Desvios Cognitivos e Volitivos nas atividades empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de *criminal compliance* como mecânica de controle. *In*: ARAUJO NETO, Feliz; GIACOIA, Gilberto; MAISONNAVE, Germán Alberto Aller. **Direito Penal e Constituição II.** Florianópolis: CONPEDI, 2016.

GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-94.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **O Criminal Compliance como ferramenta de enforcement anticorrupção.** 2019. 271 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

LEITE FILHO, José Raimundo. **Corrupção Internacional, criminal compliance e investigações internas:** Limites à produção e valoração dos interrogatórios de empregados suspeitos realizados em investigações empresariais no âmbito da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013). 2017. 240 f. Dissertação (Mestrado em ciências jurídico-criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. *In*: DEL DEBBIO, Alessandra *et al.* (coord.). **Temas de anticorrupção e compliance.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARTÍN, Adán Nieto. Como avaliar a eficácia dos programas de cumprimento. *In*: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 7-28.

MARTÍN, Adán Nieto. Introducción. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal em la era de la compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MARTÍN, Adán Nieto. **La responsabilidade penal de las personas jurídicas:** um modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008.

MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. Corporate Compliance Systems: could They make any difference? **Administration & Society**, [S. l.], v. 41, n. 1, p. 3-37, dez. 2008.



- PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento (“*compliance officer*”) ante el derecho penal. *In*: SANCHEZ, Jesús Maria Silva; FERNANDEZ, Raquel Montaner (org.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier: 2013.
- RAMOS, Enrique Penaranda. Sobre la responsabilidade em la empresa (y em otras organizacionais). *In*: VILLAREJO, Julio Díaz-Maroto. **Derecho y justicia penal em el siglo XXI: liber amicorum in homenaje al profesor Antonio Gonzales**. Madrid: Colex, 2006. p. 413-430.
- RIBEIRO, Sarah; CHEMIM, Rodrigo. O caso das Bruxas de Salem e a origem do *plea bargaining* norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 835-872, maio/ago. 2020.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 23, n.114, p. 341-375, maio/jun. 2015.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal econômico: uma política criminal na era compliance**. Coimbra: Almedina, 2019.
- ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, v. 49, n. 1, p. 4-5, jan. 2012.
- SAAVEDRA, Giovani A. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 8, n. 15, p. 239-256, mai./ago. 2016.
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva**. Madrid: Editorial Reus, 2007.
- SANCHEZ, Jesús Maria Silva. Deberes de los miembros de um Consejo de Administración. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 2, 2011.
- SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. Montevideo: BdeF, 2013.
- SANCHEZ, Jesús Maria Silva; VARELLA, Lorena. Responsabilidades individuales em estruturas de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. *In*: SANCHEZ, Jesús Maria Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (coord.). **Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013.
- SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil**. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.
- SCANDELARI, Gustavo de Brita. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.
- SCHÜTT, Júlia Flores. Compliance criminal como instrumento da privatização da tutela penal. *In*: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 325-341.
- SENNA, Gustavo. Compliance criminal como forma de prevenção criminal: por uma atuação contem-

porânea do Ministério Público. *In*: SCNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova versão da gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 241-268.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance em el derecho penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (coord.). **El derecho penal económico em la era de la compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

# **A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A HABITUALIDADE CRIMINOSA COMO VEDAÇÃO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.**

*Ana Adelaide Brasil Sá Caye<sup>1</sup>  
Patricia Cunha<sup>2</sup>*

## **RESUMO**

Após o período embrionário trazido pela Resolução nº 181/2017 (alterada pela Resolução nº 183/2018), a justiça penal negociada foi definitivamente incorporada ao sistema jurídico brasileiro pela Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida por Pacote Anticrime, que dispôs sobre várias alterações nas legislações penais e processuais penais brasileiras. Dentre elas, previu, no artigo 28-A do Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal. A oferta deste acordo está condicionada ao implemento de requisitos, entre os quais se insere a constatação de que o beneficiado/investigado não apresente indicativos de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas. Diante disso, é pertinente investigar sobre os reflexos jurídicos que eventuais registros de atos infracionais e ações criminais possam acarretar ao conceito de habitualidade, para fins de acordo de não persecução penal. Sob este prisma, o presente artigo pretende abordar se os atos infracionais e os crimes, que não caracterizem maus antecedentes e nem reincidência, podem configurar óbice ao acordo de não persecução penal. O método de abordagem é o analítico e a técnica de pesquisa é bibliográfica.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal. Justiça penal negociada. Habitualidade criminosa.

## **1 INTRODUÇÃO**

A complexa gestão de um sistema de justiça criminal assoberbado, que há muito tempo enfrenta o esgotamento de seus recursos materiais e humanos, ensejou a necessidade de buscar-se um novo modelo, apto a responder com mais celeridade e efetividade. Diante da inesgotável demanda de ações penais, uma das estratégias adotadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público deu-se mediante a edição das Resoluções nº 181/2017 e nº 183/2018, que propunham soluções alternativas no âmbito do processo penal. Como consta expresso na própria justificativa de tais atos, o regramento administrativo buscava otimizar os recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário, de modo que tais instituições pudessem concentrar seus esforços no processamento e julgamento dos crimes mais graves. Após o período embri-

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Email: anasacaye@gmail.com.

<sup>2</sup> Promotora de Justiça. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Email: cunhapatricia@hotmail.com

nário, no qual os atos chegaram a ser questionados pela via do controle de constitucionalidade<sup>3</sup>, a adesão do Poder Legislativo às propostas resolutivas foi então materializada na Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), que alterou o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, introduzindo as sugestões do Conselho Nacional do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa segunda fase, normatizou-se a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal para, em contrapartida, fortalecer-se a ideia de uma justiça penal negociada que já fora introduzida, de forma incipiente, por ocasião do advento da Lei n.º 9.099/95.

Os anos de experiência proporcionados pelas transações penais dos juizados especiais criminais, sem dúvida, contribuíram para a concepção e aceitação do acordo de não persecução penal – um instituto que embora tenha sido justificado, em parte, na necessidade do uso estratégico da ação penal, não descuidou do dever de uma justiça penal suficientemente retributiva e preventiva à prática de ilícitos criminais. Nesse aspecto, o acordo de não persecução penal não equivale à autorização irrestrita e totalmente discricionária para que o titular da ação penal disponha de seu poder-dever. Ao contrário, assim como já ocorrera no regramento da transação penal, o instituto abriu a via da negociação, mas fixou requisitos e condições legais, de cunho objetivo e subjetivo, que orientam e limitam esse exercício de discricionariedade regrada.

Nesse sentido, o artigo 28 –A do Código de Processo Penal dispõe, em seu parágrafo 2º, acerca de hipóteses nas quais a pactuação, justamente por não atender aos requisitos de retribuição e prevenção à prática de ilícitos, não se mostra recomendável.

O objetivo do presente estudo está voltado especificamente ao disposto no artigo 28-A, parágrafo 2º, inciso II, do Código de Processo Penal, que determina que tanto a reincidência, como “a existência de *elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*”, obstaculizam a oferta de acordo de não persecução penal, “exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”.

O recorte que se pretende fazer diz respeito à interpretação da presença da habitualidade da conduta criminal, como fator de recusa à oferta da benesse.

Cuida-se de pesquisa que segue o método analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica para apresentar a evolução da justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro, a partir das incipientes medidas despenalizadoras concebidas na Lei n.º 9.099/95 até a recente edição do Pacote Anticrime. Na sequência abordar-se-ão as inovações conferidas pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, por meio da Lei n. 13.964, e seus requisitos. Por fim, analisar-se-á interpretação da habitualidade da conduta criminal, partindo-se da premissa argumentativa de que esse tem

---

<sup>3</sup> ADI 5790-DF, julgada prejudicada em 22.08.2023.

sido um conceito que ainda gera discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial e, por fim, a relação dos registros de atos infracionais e de ações criminosas e seus reflexos na habitualidade.

Finalmente, o artigo demonstra que, a despeito da inexistência de um consenso sobre a habitualidade, as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal permitem a compreensão de que é vedado o acordo de não persecução penal ao investigado que faz da prática criminosa um modo de vida.

## **2 DA LEI N.º 9.099/95 À LEI N.º 13.964/2019: UM RECORTE À EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

É possível assegurar que o crime atinge a esfera de todos os integrantes de uma sociedade e que seus efeitos nocivos ultrapassam a figura da vítima, do agente e dos atores estatais envolvidos na atividade de combatê-lo.

Essa noção é sustentada por Pablos de Molina, que no prólogo da primeira edição do Tratado de Criminologia (PABLOS DE MOLINA, 2014, p. 27) assevera que “el crimen no interesa solo ni fundamentalmente a ciertos estamentos del sistema legal: nos afecta a todos, nos incumbe a todos, nos compromete a todos”<sup>4</sup>. Nesse sentido, em um Estado Democrático e Social de Direito, o Direito Penal deve vincular-se aos valores constitucionais, extraindo-se da hierarquia valorativa contida na Constituição o seu conteúdo material e sua legitimação (SBARDELLOTTI, 2001, p. 82). Sob este prisma, Brandalise (2016) informa que as situações que envolvem o *jus perseguendi*, o *jus puniendi* e o *jus libertatis* podem ser solvidas pelo Estado, no processo penal, por meio de dois caminhos

no primeiro, preservar o caráter formal e burocrático do processo, com a necessidade de incremento de pessoal e de recursos em prol do aparato judiciário, o que refletirá em uma maior destinação de verbas orçamentárias para atendimentos destas necessidades. No segundo, este mesmo Estado pode caminhar em prol do incremento da participação concreta dos envolvidos na resolução do conflito penal, com legitimação do consenso como forma de sua efetivação, e, porque não dizer, de repercussão do próprio sistema de justiça, sem uma desnecessária marcha processual (BRANDALISE, 2016, p. 20).

Essa busca pela participação e legitimação do consenso, conforme destacado pelo autor, vem sendo incrementada no Estado brasileiro muito especialmente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, numa estrada ascendente que ainda se encontra em pavimentação. Ao prever a criação dos juizados especiais, no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, o legislador constituinte deu um passo importante em direção ao compromisso social citado por Pablos de Molina

---

<sup>4</sup> O crime não diz respeito apenas ou fundamentalmente a certas seções do sistema jurídico: afeta a todos nós, diz respeito a todos nós, nos compromete, a todos. (tradução nossa).

(2014), fomentando assim a concepção de que a todos deve interessar o combate e a busca por soluções para a criminalidade. A inovação trazida pelo dispositivo constitucional mencionado também fortaleceu o Estado Democrático e Social de Direito, conforme apregoado por Sbardellotto (2001); incentivando o desenvolvimento de uma cultura voltada à participação dos envolvidos na resolução de conflitos, conforme referido por Brandalise (2016). Por meio dos juizados especiais criminais, o constituinte objetivou a celeridade processual e o incremento de medidas despenalizadoras, além de conferir maior protagonismo e segurança às vítimas (AVENA, 2019).

Com este espírito legislativo inédito, a Lei n.º 9.099/95 contribuiu com inovações consensuais que transformaram a realidade do sistema judicial criminal daquela época, inserindo no ordenamento brasileiro os conceitos da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo. Esses institutos demonstraram ser possível racionalizar o uso da persecução penal, oferecendo tratamento processual distinto aos ilícitos de menor potencial ofensivo, para assim direcionar a atenção e os esforços às condutas praticadas com maior ofensa à sociedade. Para Coutinho e Souza (2024, p.98), o instituto da transação penal foi “um golpe no princípio da obrigatoriedade”, e foi essa mudança de concepção que, aproximadamente três décadas após, permitiu o surgimento da justiça penal negociada com pretensão de atingir a esfera dos crimes de médio potencial ofensivo.

Wedy e Klein (2019) anuem à noção de que a Lei dos Juizados Especiais Criminais consubstancia o marco inicial da justiça consensual brasileira. A partir da segunda metade do século XX, sob a influência de países que já utilizavam a justiça consensual como principal modo de resolução de conflitos, por meio do sistema da *common law*, o Brasil incorporou alternativas diversas ao até então intocável princípio da obrigatoriedade da ação penal, passando a adotar os meios de consenso com o objetivo de alcançar maior celeridade processual e eficiência. De forma muito sintética, essas foram as premissas do nascedouro, no âmbito do direito penal e processual penal, de uma justiça negociada.

Nessa trajetória, a Lei n.º 9.099/95 fundou a inovação do modelo de processo consensual, dispondo, além da transação penal e da possibilidade de conciliação entre as partes, de outras medidas despenalizadoras, a exemplo da suspensão condicional do processo e da representação como condição de procedibilidade para os tipos penais da lesão corporal leve ou culposa (LIMA, 2013).

Segundo Netto, essa lei traz em seu bojo

um sistema do tipo consensual, diverso do sistema clássico, até então em vigor, com diferente filosofia, que determinou uma profunda modificação na sistemática reinante, adequando a ação penal ao princípio da oportunidade, há muito preconizado pelos especialistas da área. O sistema dá ênfase à reparação dos danos sofridos pela vítima e à aplicação de alternativas à prisão (NETTO, 1998, p. 14).

As soluções alternativas focadas no consenso, implementadas no Brasil com a Lei n.º 9.099/95, também significaram a alteração do lugar conferido à vítima, abrindo espaço para que ela começasse a sair do papel de espectadora e ganhasse protagonismo e olhar próprios. Como ressalta Netto (1998), já no século passado os estudos de direito penal começaram a evoluir em direção à vítima e, nessa perspectiva, a Lei do Juizado Especial Criminal implementou modificações concretas à jurisdição, indo ao encontro da mais moderna corrente do pensamento jurídico em matéria de Direito Penal, ampliando o escopo de tutela da vítima, com olhar à justiça penal de maneira mais eficiente – questão que não pode deixar de ser mencionada exatamente porque a vítima deve ser considerada como um figura importante no âmbito da negociação, mas cuja análise não cabe nos limites estreitos do presente trabalho.

Assim é que, desde então, conforme leciona Cabral (2021), o Direito Penal consensual vem ganhando força no sistema jurídico brasileiro, sendo o acordo de não persecução penal sua mais recente evolução. Com o advento da Lei nº 13.964/2019, como destacam COUTINHO e SOUZA (2024), esvaziaram-se as discussões sobre a constitucionalidade das resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público que originalmente disciplinaram a matéria, e contra as quais se argumentava ofenderem ao Princípio da Reserva Legal por exorbitarem o poder regulamentar assegurado ao órgão. Ainda assim, como adverte TREVISAN (2023, p.346), “a justiça penal negocial não vem isenta de críticas e problematizações”, como demonstram as menções feitas pela autora quanto ao choque entre princípios processuais penais e a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal; a necessidade de harmonização do instituto com o direito à ampla defesa e a nova valorização da confissão como instrumento probatório.

De qualquer modo, uma vez superada a questão da constitucionalidade do instituto com a edição da norma, que demonstra ter sido o acordo de não persecução penal acolhido e referendado pelo Poder Legislativo no uso de sua legitimidade e competência para tanto, cumpre agora aos operadores e atores processuais interpretá-lo e utilizá-lo do modo mais favorável à sociedade. Nessa empreitada, fundamental sejam observados os parâmetros constitucionais sobre os quais está sedimentado o acordo de não persecução penal, entre os quais está a noção de que o enfrentamento do ilícito é medida que repercute na esfera coletiva e por isso deve ser compromisso de todos. Para tanto, necessário abordá-lo especificamente.

### **3 A INOVAÇÃO ADVINDA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SEUS REQUISITOS**

Tradicionalmente, a categoria do negócio jurídico, que se trata de subdivisão do ato jurídico *lato sensu*, está ligada à noção de ato bilateral que exige sujeito capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei para alcançar validade e eficácia plenas (MELLO, 2022). As legislações pro-

cessuais, mais recentemente, passaram a acolher a ideia de negócios jurídicos processuais. Esse movimento ocorreu na reforma do Código de Processo Civil brasileiro em 2015, e nele também se insere o acordo de não persecução penal, objeto do presente trabalho.

Na seara do direito processual penal, segundo Cabral (2021), a análise da natureza jurídica do acordo de não persecução penal deve ser efetuada sob duas perspectivas: uma que consiste no próprio acordo e outra verificada a partir das condições assumidas na substância do acordo de não persecução penal. Em relação ao próprio acordo, reforça que a natureza jurídica é a de negócio jurídico, por meio da política criminal (eleição de prioridades) veiculada pelo Ministério Público e regradada no Código de Processo Penal, em seu artigo 28-A.

Já no que pertine ao cerne do acordo de não persecução penal, para o autor, “é possível concluir que a natureza jurídica das condições, previstas no acordo de não persecução penal, é de uma obrigação negocial, que se concretiza como um equivalente funcional da pena” (CABRAL, 2021, p. 93).

O acordo de não persecução penal se perfectibiliza antes do ingresso da ação penal, sendo reflexo de política criminal para “evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir” (Nucci, 2021, p. 70). Ao comentar sobre o cabimento do acordo de não persecução penal, Messias (2020) afirma que

os crimes de **média gravidade** passam a representar um largo campo de atuação **estratégica** à disposição do Ministério Público, cuja **resolutividade** pode gerar uma verdadeira **economia de força de trabalho** a ser investida (1) na solução dos temas mais prementes para a sociedade, conforme o **poder de agenda** do *Parquet*, e (2) na suavização da **morosidade processual** que assola o Poder Judiciário (MESSIAS, 2020, p. 15) – grifos no original.

LOPES e VASCONCELOS (2024) definem o acordo de não persecução penal como “*um negócio jurídico processual*” onde o Ministério Público, na condição de titular da ação penal, atua na proteção de interesses sociais e estatais relacionados à persecução criminal. Do outro lado da relação processual está o indiciado, ao qual são assegurados direitos fundamentais que devem ser respeitados. Se, ao titular da ação penal, a justiça consensualizada autorizou que mitigue o antes inviolável princípio da obrigatoriedade, por outro lado, como advertem os autores, os limites de sua autonomia e discricionariedade estão fixados pelos pressupostos de cabimento do acordo de não persecução penal.

De fato, a novel sistemática “representa o avanço sobre um paradigma cultural jurídico fortemente resistente à justiça negocial penal” (SOUZA, 2021, p. 141). Essa evolução, todavia, é restringida por fronteiras devidamente estabelecidas e delimitadas de modo expreso nos dispositivos que modificaram a legislação, muito especialmente o Código de Processo Penal, com o acréscimo do artigo 28-A. Na forma do normatizado,



não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativamente e alternativamente [...] (BRASIL, 2019).

Nucci (2021) discorre que a legislação brasileira, com a inserção do artigo 28-A do Código de Processo Penal, atenuou, ainda mais, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada e, segundo Messias (2021), as condições do acordo de não persecução penal são livremente ajustadas entre o Ministério Público, o investigado/acordante e o seu defensor. Mas esse ajuste está norteado pelo rol de alternativas apresentadas pelo próprio legislador, já que o alcance dos objetivos aos quais se propõe o instituto dependem de sua correta aplicação, seja quanto ao conteúdo (atinentes às condições alternativas e cumulativas previstas nos incisos I a V do artigo 28-A), seja quanto à forma (prevista nos parágrafos 3º e 4º do artigo 28-A), com atenção e cuidado para que não se desvirtue.

As condições para celebração do acordo devem prestar-se à “prevenção e retribuição do direito penal, bem como a tutela do bem jurídico violado pelo crime” (SOUZA, 2021, p. 148). Atenta-se à observância destacada pelo autor, de que o acordo de não persecução penal decorre de um processo de negociação entre as partes e que deve contemplar os seus interesses, visando à imperiosa

necessidade de as condições serem ajustadas, isto é, estabelecidas em meio a um processo de negociação informação e transparente entre as partes, de modo a colmatar seus interesses à casa uma das medidas previstas na lei, tais como, sua extensão, beneficiários, periodicidade, etc. Aliás, é do ajuste que brota a força vinculante do acordo, apta a produzir os efeitos jurídicos anunciados pela lei, razão pela qual a lei prevê que ele deve ser escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e pelo seu defensor (SOUZA, 2021, p. 148-149).

Não se pode olvidar, entretanto, da necessidade de observância aos interesses postos em causa. Em matéria de direito penal, dada a natureza do bem jurídico tutelado e seus reflexos sobre toda a sociedade, a liberdade dos atores processuais não se faz irrestrita, sendo parametrizada pelas hipóteses de incidência estabelecidas pelo legislador. Nesse sentido, alguns pressupostos são taxativos e peremptórios, enquanto outros admitem maior dilação interpretativa.

Dispõe o artigo 28-A do Código de Processo Penal que, nas infrações penais cometidas sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, em não se tratando de hipótese de arquivamento, e desde que cumprido o requisito da confissão formal e circunstanciada, “o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Premissa básica do acordo é a existência de elementos mínimos que demonstrem a prática de conduta típica e a existência de justa causa para o oferecimento de denúncia. Como sustenta

TREVISAN (2023, p.351), a inserção da expressão “não sendo caso de arquivamento” deve ser interpretada no sentido de que o ajuste somente é viável se “os elementos até então conhecidos pelo órgão acusatório tornarem possível a deflagração da ação penal”.

Quando da pactuação do acordo de não persecução penal, se deve atentar às seguintes condições, de forma alternativa ou cumulativa,

- I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III – prestar serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indiciada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 2019).

Por outro lado, os óbices à aplicação do instituto encontram-se previstos no parágrafo 2º do artigo 28-A:

- § 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
  - II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
  - III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
  - IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Se a averiguação da pena cominada ao delito imputado é critério de fácil aferição, assim como a análise do recebimento de benefícios despenalizadores no período quinquenal que antecedeu o cometimento da infração, o mesmo não ocorre com o conceito aberto da habitualidade na conduta delitiva, que não foi pormenorizado na redação do artigo 28-A. Sendo ela obstáculo para a proposta do acordo, necessário investigar-se a interpretação que a habitualidade vem recebendo dos tribunais.

#### **4 DA INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE HABITUALIDADE CONFERIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES COMO ÓBICE AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Para a proposta de acordo de não persecução penal, a habitualidade constitui um requisito negativo, pois, uma vez constatada, configura impeditivo à oferta do benefício. E é exatamente pela ausência de uma definição própria e pela importante consequência que traz à acusação e à defesa que sua conceituação ganha relevância e merece maior atenção.

A redação ampla e passível de interpretação alargada adotada pelo legislador ao requisito negativo da habitualidade encontra críticas e até questionamentos sobre sua constitucionalidade, sob o argumento de que poderia ofender ao princípio da legalidade, em razão da indefinição do conceito de habitualidade, assim como pretensamente poderia violar o princípio da presunção de inocência, pois vedaria o instituto para indivíduos primários (SOUZA e VASCONCELOS, p.539) e permitiria punição por crimes que “nem mesmo estariam suficientemente provados” (TREVISAN, 2023, p.354). É preciso lembrar que o acordo de não persecução penal, acertadamente, conferiu ao titular da ação penal elementos para o exercício de uma escolha motivada sobre a oferta, ou não, do instituto. A margem dessa discricionariedade regrada torna-se relevante, especialmente, porque o acordo de não persecução penal flexibiliza um princípio importante do microsistema do processo penal, qual seja, a obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada.

É pertinente salientar que o instituto despenalizador do acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do indiciado, consoante posição já consolidada no Supremo Tribunal Federal (LOPES e VASCONCELOS, 2024, p.190). Nessa medida, ao contrário das críticas antes mencionadas, trata-se de verdadeiro benefício a ser gozado pelo acusado, que não pode ser equiparado à categoria da punição. Não se vislumbra, assim, qualquer inconstitucionalidade ou, em especial, ofensa à presunção de inocência, que fica obviamente afastada a partir de uma condição cujo implemento antecede à análise dos demais requisitos, qual seja, a confissão que deve ser realizada por aquele que pretenda se beneficiar do negócio jurídico processual em questão.

Destaca-se, também, que as críticas ao requisito negativo da habitualidade muitas vezes invocam a Súmula nº 444 do Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup> como fundamento. Tais questões não se confundem com o reconhecimento da habitualidade para fins de negativa do acordo de não persecução penal, pois a súmula diz respeito exclusivamente à dosimetria da pena, enquanto este requisito negativo de oferta da benesse refere-se à pactuação ao ajuste benéfico ao investigado.

---

<sup>5</sup> “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula 444, Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)”.

Não se desconhece que a configuração da habitualidade delitiva continua sujeita a interpretações, até porque, segundo alguns entendimentos do Superior Tribunal de Justiça (2024, A), dependeria da análise do conteúdo fático probatório, o que acaba limitando a aferição por parte dos tribunais superiores. Todavia, em recentes decisões, os tribunais vêm consolidando e sedimentando entendimentos que podem servir de parâmetro e auxílio aos operadores do Direito para compreensão da definição de habitualidade delitiva.

Como destaca GABRIEL (2019, p.269):

Não pode a magistratura, atenta à criminalidade profissional que assola a pátria, equiparar pessoas que nunca responderam e não respondem a nenhum processo criminal a outros que registram condenação, ainda que em 1º grau, em sua folha de antecedentes criminais, sob pena de se vilipendiar o direito fundamental de igualdade substancial (art. 5º, CRFB/88) e a garantia constitucional de adequada individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB/88).

De acordo com MEIRELES e OLIVEIRA (2022), em artigo que aborda a possibilidade de acordo de não persecução penal para as hipóteses de crimes continuados e, para tanto, busca diferenciar a habitualidade prevista no artigo 28-A parágrafo 2º, inciso II, do Código de Processo Penal, do instituto da continuidade delitiva, a vedação prevista na Lei 13.964/2019 teria sido importada do “art. 441.1-bis do Código de Processo Penal Italiano (ITÁLIA, 1988). Destacam os autores que o conceito de habitualidade italiano, todavia, possui previsão legal expressa que define tais termos (art. 102, 103 e 105 do Código Penal Italiano), tratando-os como situações mais gravosas do que a reincidência e em nada possuindo relação com a ideia de crime continuado, que está previsto no art. 81 do Código Penal”. SOUZA e VASCONCELOS (2024, p. 539) acrescentam o tratamento distinto dado à habitualidade pelo sistema penal italiano em relação à lei brasileira, uma vez que, na Itália, “a criminalidade habitual/profissional é um *plus* em relação à reincidência, mas na Lei anticrime se tornou um *minus* e servirá de justificativa para não oferecimento de ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL”.

No Brasil, a figura do criminoso habitual não é nova, pois já foi objeto de previsão legislativa anterior, quando a Lei nº 6.016/73 alterou o Código Penal de 1969, passando a referir expressamente o “criminoso habitual ou por tendência”, sem, contudo, defini-lo. A regra de outrora determinava parâmetros para imposição da pena ao agente.

Ainda que não se disponha de normatização conferindo um conceito preciso à habitualidade, pode-se afirmar que ela está direcionada ao agente, à reprovabilidade social de sua conduta reiterada, bem como à frequência que demonstra ser o crime um modo de vida. A habitualidade não diz respeito à forma como praticado o delito. Neste sentido, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal (2024) aferiu como indicativo de habitualidade delitiva as informações sobre o cotidiano do réu quando da prática da ação criminosa, inserindo no seu modo de vida a ação

criminosa perpetrada. Na mesma linha, hodierna decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (2024) fixou o entendimento de caracterização da habitualidade quando o agente faz da criminalidade o seu meio de subsistência.

De qualquer modo, dada a peculiaridade de cada caso concreto e a impossibilidade de estabelecer-se um critério único para a habitualidade, no âmbito do Ministério Público Federal, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão editou a Orientação nº 48, destacando sobre a necessidade de fundamentação da decisão de negativa de acordo de não persecução penal com base em habitualidade ou reiteração delitiva, sugerindo que, dentro dos limites da independência funcional, frente às dificuldades de averiguação da conduta pretérita do agente, fossem inseridas, no ato de recusa à oferta, “informações mais detalhadas sobre os outros registros criminais existentes em desfavor do investigado, tais como: (a) a data e o resumo dos fatos; (b) o enquadramento jurídico; (c) se foram arquivados ou geraram ações penais; (d) os andamentos atualizados das eventuais ações penais; (e) se houve absolvição ou condenação; e (f) no caso de processo anterior com condenação, assim como informações sobre a pena aplicada, a data do trânsito em julgado e a data da extinção da punibilidade”. A orientação nada mencionou sobre atos infracionais.

A questão da consideração dos antecedentes infracionais costuma ser objeto de divergências, em virtude do sistema de proteção integral conferido à pessoa em desenvolvimento. Todavia, recentes julgamentos vêm reconhecendo que, em determinadas circunstâncias, tais registros merecem ser considerados para análise do risco de reiteração de condutas, o que dialoga diretamente com a questão da habitualidade.

Exemplificativamente, por ocasião do recente julgamento do AG.REG. em HABEAS CORPUS HC 223999 AgR / SP – SÃO PAULO, de relatoria do Ministro ANDRÉ MENDONÇA, em decisão proferida em 22/05/2023, entendeu-se que a existência de atos infracionais pretéritos constitui fundamento válido a indicar o risco de reiteração, configurando elemento apto a justificar a prisão preventiva. No ponto, há que se ponderar que a segregação cautelar é medida muito mais gravosa do que a negativa de oferta do instituto do acordo de não persecução penal.

O Superior Tribunal de Justiça, também em hodierna decisão, manifestou-se sobre a possibilidade de considerar-se os antecedentes infracionais para fins de aferição da habitualidade delitiva, reconhecendo-os como óbice à pactuação do acordo. Neste sentido, a sexta turma (2024, B), em sede de julgamento de agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus, fixou o seguinte entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NÃO OFERECIDO. RECURSO NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO MONOCRÁTICA. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE NÃO ATENDIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. O recurso em habeas corpus não foi conhecido por ausência de impugnação de todos os pontos da decisão recorrida – que se sustentava em dois fundamentos, apenas um deles tratado no apelo. No entanto, foram analisados todos os pontos na decisão monocrática, ao rejeitar também a concessão ex officio da ordem.
2. Agravo regimental que insiste exclusivamente na tese trazida no recurso ordinário e, portanto, na impugnação de apenas um dentre os vários fundamentos da decisão monocrática.
3. Princípio da dialeticidade que exige a impugnação específica de todos os fundamentos da decisão recorrida que se assenta em mais de um, sendo todos suficientes para a sua manutenção. Carência de interesse recursal, sob o aspecto da utilidade, visto que, mesmo que acolhida a pretensão, não restaria infirmada a situação pela persistência dos demais (e não atacados) fundamentos.
4. Incidência analógica das Súmulas n. 182/Superior Tribunal de Justiça e 283 do Supremo Tribunal Federal .
5. Quanto ao mérito, sem razão o agravante, pois, conforme o § 2º, inciso II, do art. 28-A do Código de Processo Penal, a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional é elemento impeditivo à incidência do ANPP e este colegiado tem decidido, por ambas as Turmas, que atos infracionais praticados pelo agente quando adolescente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar, na análise do caso concreto, dedicação a atividades criminosas e, por conseguinte, impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (EDcl no HC n. 717.216/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 23/05/2023, DJe de 26/05/2023).
6. Caso concreto em que, conforme a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias, não houve confissão circunstanciada nem na fase inquisitória nem no curso do processado (que se seguiu), quando do interrogatório do réu. Fundamento não impugnado. Entendimento desta Turma de que A confissão é indispensável à realização do acordo, por ser o que revela o caráter de justiça negocial do ANPP (AgRg no HC n. 879.014/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 22/04/2024, DJe de 25/04/2024).
7. Agravo regimental não conhecido. (grifo nosso)

Ao presente estudo interessa a interpretação conferida pela Corte Superior no sentido de compreender a habitualidade do agente como um todo, com vistas à vedação ao acordo de não persecução penal, não estabelecendo marco temporal divisório nas ações ilícitas praticadas pelo investigado enquanto adolescente infrator e posteriormente como adulto.

O Min. Sebastião Reis Júnior, reportando-se a voto já proferido em sede de *habeas corpus*, assim fundamentou a sua decisão:

Segundo o § 2º, inciso II, do art. 28-A do Código de Processo Penal, a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional é elemento igualmente impeditivo à incidência da benesse. Quanto a tal ponto, este colegiado tem, reiteradamente, decidido, por ambas as Turmas, que atos infracionais praticados pelo agente quando adolescente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar, na análise do caso concreto, dedicação a atividades criminosas e, por conseguinte, impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (EDcl no HC n. 717.216/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 23/05/2023, DJe de 26/05/2023).

A posição sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça vai ao encontro da compreensão da habitualidade criminosa tendo como norte a figura do autor do crime e não a ação criminosa objeto de análise no expediente investigatório. Nesse passo, o agente que ostenta diversos registros de prática de atos infracionais demonstra uma vida voltada à atividade delituosa, situação que não pode ser desconsiderada, sob pena de desvirtuamento do instituto na forma pretendida pelo legislador, em especial quanto ao seu aspecto de instrumento de política criminal, como já foi assentado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>.

Exatamente por se tratar de instrumento relevante na formação de uma política de enfrentamento à criminalidade, o Ministério Público, de posse do inquérito policial ou de peças a ele equivalentes, deverá adotar especial cautela em relação à habitualidade, fazendo constar nos autos as certidões de antecedentes judiciais criminais e infracionais do investigado, para efeito de, uma vez constatada a prática do crime como modo de vida, negar a oferta do acordo de não persecução penal.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O acordo de não persecução penal, disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, por meio da Lei n.º 13.964/2019, consolida um formato de justiça penal negociada no sistema jurídico criminal brasileiro. Fulcrado no objetivo de celeridade e efetividade da resposta penal, dispõe sobre a possibilidade de o Ministério Público pactuar com o investigado condições de não oferecimento da ação penal. Todavia, essa política criminal, que estabelece a possibilidade de mitigação da obrigatoriedade da ação penal, prevê hipóteses em que esse acordo não deva ser perfectibilizado, por não se mostra necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Dentre as limitações de oferta impostas pelo legislador, está prevista, no inciso II, do parágrafo 2º, do citado diploma legal, a impossibilidade de pactuação quando o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta habitual, reiterada ou profissional, salvo insignificantes as infrações penais pretéritas.

Verifica-se que o legislador impôs restrições à negociação penal determinando que o Ministério Público averigue a situação do investigado não só em relação ao delito objeto do pacto, o qual deverá ter a sua prática confessada de modo formal e circunstanciado, mas, sobretudo, no que se refere ao modo como o autor da infração penal conduz a sua vida, vedando a benesse àquele que faz da prática do delito um hábito. Ou seja, uma vez constatada, a habitualidade, revela-se um impeditivo à oferta do benefício do acordo de não persecução penal.

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, cita-se o julgado no RE 14667779 AgR. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 14/02/2024. Publicação: 22/02/2024.

Sob esta perspectiva, o estudo em tela, diante da dificuldade de normatização e de definição doutrinária de conduta habitual ou de habitualidade, propõe que se utilizem os critérios fixados em recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como balizadores para a compreensão e possível reconhecimento da habitualidade delitiva.

Desse modo, partindo-se de premissas estabelecidas pelos Tribunais Superiores em julgamentos do ano de 2024, quando do recebimento do inquérito policial ou das peças de informação a ele equiparadas, deve do Promotor de Justiça empreender a análise do contexto fático dos autos sob o enfoque do investigado, e, constatando a presença de reiteração criminosa que ateste um comportamento frequente de prática de infrações penais, não caracterizadoras de maus antecedentes ou reincidência, recusar a oferta do acordo de não persecução penal ao investigado. Para tanto, quando da análise efetivada, poderão ser considerados até mesmo os atos infracionais perpetrados pelo agente quando adolescente, após análise do caso concreto.

Com efeito, as breves considerações trazidas no presente estudo almejam contribuir para o debate, a fim de que o dispositivo legal preconizado no artigo 28-A, parágrafo 2º, inciso II, do Código de Processo Penal, seja corretamente adotado pelo Ministério Público quando do acordo de não persecução penal. Isso porque o alcance da efetividade da justiça criminal brasileira, alvo da concepção do instituto do acordo de não persecução penal, requer sejam observadas as vedações ao ajuste, de modo que se valorize a pactuação com sujeitos que não fazem da prática delitiva um modo de vida, diferenciando-os daqueles que habitualmente ofendem os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, lesando à sociedade como um todo.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Método, 2019.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cpenal.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cppenal>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodvim, 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução 181/2017. Disponível em: <https://www.cncmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf> Acesso em: 31 out. 2021.

COUTINHO, Camila Mendes de Santana; SOUZA, Renee do Ó. **Reparação de danos e participação da vítima em acordos de não persecução penal: uma análise à luz dos manuais de atuação do**



**Ministério Público Brasileiro.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Nº. 118/2024, p. 97-120. Fev-Mar. 2024.

GABRIEL, Anderson de Paiva. **A Necessária Releitura da Súmula 444 do STJ à Luz da Concepção Atual do Princípio da Presunção de Inocência.** R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 263-282, Maio-Agosto, 2019 \p.269. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Anderson\\_de\\_Paiva\\_Gabriel.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Anderson_de_Paiva_Gabriel.pdf). Acesso em 6 de novembro de 2024.

LIMA, Marcellus Polastri. **Juizados Especiais Criminais: o procedimento sumaríssimo no processo penal.** São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELES, Rafael Ribeiro; OLIVEIRA, Alex Feitosa. **O acordo de não persecução penal e o crime continuado.** BOLETIM IBCCRIM – ANO 30 – N.º 353 – ABRIL DE 2022 – ISSN 1676-3661. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/1456](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1456) Acesso em: 08 nov. 2024.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MESSIAS, Mauro. **O Acordo de Não Persecução Penal: teoria e prática.** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação nº 48.** Disponível em [https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orietacao\\_48\\_2023.pdf](https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orietacao_48_2023.pdf). Acesso em: 05 nov. 2024.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal – modificações da lei dos juizados especiais criminais.** Curitiba: Juruá, 1998.

NUCCI, Guilherme. **Pacote Anticrime Comentado.** 2ª. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PABLOS DE MOLINA, Antonio García. **Tratado de Criminología.** 5ª ed. atual. corr. e aum. Valencia: Titant lo blanch, 2014.

SBARDELLOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, René do Ó. **Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019.** 2ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **A. Tema repetitivo 1218.** Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&sg\\_classe=REsp&num\\_processo\\_classe=2083701](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=2083701) <http://. Acesso em: 07 nov. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **B. Agravo regimental no Habeas Corpus 198245/SP.** Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202401798407&-dt\\_publicacao=09/10/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202401798407&-dt_publicacao=09/10/2024) Acesso em: 07 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 239.116 São Paulo.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=777044105>. Acesso em: 07 nov. 2024.

TREVISAN, Beatriz Massetto. A extensão da participação da vítima no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 9, n. 1, 2023.** DOI: 10.22197/rbdpp.v9i1.763. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPPP/article/view/763..> Acesso em: 6 nov. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo em Execução Penal nº 8001149-63.2024.8.21.0010/RS**. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php) Acesso em: 07 nov. 2024.

WEDY, Miguel Tedesco. KLEIN, Maria Eduarda Vier. **O Futuro do Direito Penal Negocial e o Estado Democrático de Direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 156/2019, p. 279-306. Jun. 2019. DTR\2019\31672.

# A MALVERSAÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO MISTURADO EM CONTA CORRENTE MUNICIPAL E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL<sup>1</sup>

## *MALVERSATION OF MIXED PUBLIC MONEY IN MUNICIPAL CURRENT ACCOUNT AND THE CRIMINAL INVESTIGATION BY STATE PUBLIC MINISTRY*

*Alessandro Samartin de Gouveia<sup>2</sup>*

ÁREA(S): direito administrativo; direito processual penal

### RESUMO

A era digital modifica a forma como a riqueza circula, o dinheiro, antes congruente com o papel-moeda, atualmente se movimenta e se mistura eletronicamente. Os recursos públicos são guardados e mantidos em contas bancárias das entidades públicas, onde são misturados e, eventualmente, desviados ou apropriados. Assim, o presente artigo tem por finalidade examinar se há atribuição para o Ministério Público Estadual para investigar os crimes de malversação de dinheiro público, de origem federal, mesclado em conta corrente municipal sujeita à fiscalização estadual. A pesquisa sobre o tema é relativamente escassa, mas a importância do estudo é de extensão praticamente nacional, afinal de contas há grande possibilidade de o fenômeno estudado se repetir na maioria das cidades do Brasil. A construção teórica aborda o problema a partir de sua realidade criminal com destaque especial para a identificação das vítimas quando há mistura de valores em conta corrente municipal; a fixação da competência do juízo para o processamento e julgamento das ações penais em relação a esses delitos; e a avaliação da atribuição do órgão ministerial legitimado a investigar esses crimes. A pesquisa desenvolve-se a partir de consultas a fontes bibliográficas, documentais e jurisprudenciais e, mesmo tendo por realidade os Municípios do interior do Amazonas, devido à sua importância e abrangência, tem reflexo em todo território nacional, pois as respostas apresentadas ao problema influenciam no aprimoramento do sistema de controle repressivo desses delitos, sobretudo se considerada a realidade contemporânea em que a malversação do dinheiro público não ocorre apenas pela apropriação ou desvio do dinheiro físico, mas também dos numerários existentes nas contas correntes municipais.

**Palavras-chave:** Dinheiro público; Malversação; Investigação; Ministério Público e Atribuição.

### ABSTRACT

The digital age has changed the way wealth circulates, money, once congruent with paper money, now

<sup>1</sup> O presente texto foi originalmente publicado na Revista AJURIS, v. 47, n. 149, ano 2020 e passou por revisão para esta nova publicação.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça do Estado do Amazonas. Doutorando em direito constitucional pela UNIFOR. Mestre em direito constitucional pela UNIFOR. Especialista em Prevenção e Combate à Corrupção pela Universidade Estácio de Sá/CERS. E-mail para contato: [alessandro.samartin@edu.unifor.br](mailto:alessandro.samartin@edu.unifor.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6073709533946820>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-2127-4935>.

circulates and mixes electronically. Public funds are stored and kept in bank accounts, where they are mixed and sometimes diverted or appropriated. Thus, the purpose of this article is to examine whether the Ministry Public of State is assigned to investigate crimes of misappropriation of public money, of federal origin, mixed in municipal account under to state supervision. The research on the subject is relatively scarce, but the importance of the study is of practically national extension, after all there is a great possibility that the studied phenomenon is repeated in most cities of Brazil. The theoretical construction addresses the problem from its criminal reality with special emphasis on the identification of victims when there is a mixture of values in the municipal account bank; the determination of the jurisdiction of the court to process and prosecute criminal offenses in relation to these offenses; and the evaluation of the attribution of the legitimate Ministry Public body to investigate these crimes. The research uses a deductive method and develops from consultations to bibliographic, documentary and jurisprudential sources and, even having in reality the municipalities of the interior of Amazonas, due to its importance and scope is reflected throughout the national territory, because the answers presented to the problem influence the improvement of the repressive control system of these crimes, especially considering the contemporary reality in which the misappropriation of public money occurs not only by the appropriation or deviation of physical money, but also of the existing cash in municipal accounts.

**Keywords:** Public money; Malpractice; Investigation; Prosecution and Attribution.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As vítimas dos crimes de peculato de dinheiro de origens públicas diversas misturados em conta corrente municipal; 2 A fixação da competência para processar e julgar esses crimes; 3 A atribuição do ministério público para investigar a malversação do recurso público mesclado na conta corrente municipal; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** Introduction; 1 The victims of embezzlement of money public miscellaneous origins mixed in municipal checking account; 2 The fixation of competence to process and judge these crimes; 3 The attribution of the public ministry to investigate embezzlement crime when exist money public mixed in checking account municipal; Conclusion; References.

## INTRODUÇÃO

A partir da atuação pragmática na função de membro do Ministério Público do Estado do Amazonas é possível identificar uma forma de prática de crime contra a administração bastante peculiar nos Municípios amazonenses, especialmente nos pequenos interiores do Estado, pois se constata que essas entidades possuem muitas contas correntes vinculadas a vários Cadastros Nacionais de Pessoas Jurídicas – CNPJs da mesma entidade municipal, às vezes numa mesma instituição financeira e noutras vezes em instituições diversas, sendo comum a existência de transferências bancárias de recursos públicos de origens variadas entre essas contas correntes municipais.

Assim, o recurso público depositado na conta corrente municipal destinada a receber os valores do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB, por exemplo, eventualmente é transferido para outras contas correntes da Prefeitura Municipal, misturando-se a outros valores de origens estadual ou municipal. Situação semelhante experimentada pelos recursos oriundos do Fundo Nacional de Saúde – FNS. Ainda que, no plano normativo e con-

tábil essas misturas não sejam previstas, estas ocorrem inexoravelmente na realidade financeira dos municípios.

A existência de várias contas correntes de propriedade da Prefeitura Municipal é uma realidade inafastável no Amazonas e com ela se evidencia o fenômeno da mistura ou mescla de recursos públicos de origem federal com recursos públicos de origem estadual ou municipal em contas correntes municipais, pois nessas contas correntes municipais já existem outros valores provenientes de repasses estaduais do Fundo de Participação dos Municípios, do ICMS, IPTU etc. e esses recursos todos são misturados numa conta corrente, de modo que, em determinadas circunstâncias é impossível definir com exatidão qual a origem do recurso apropriado ou desviado.

Sabe-se que existem recursos, mesmo de origem federal, que incorporam ao patrimônio do Município sem necessidade de prestação de contas a órgãos federais e, por outro lado, há aqueles que não estão sujeitos a essa prestação de contas e essas realidades influenciam diretamente na fixação da competência do órgão jurisdicional para o processamento e julgamento de eventual ação penal, tema que já é consolidado na jurisprudência nacional. Mas a problemática enfrentada neste trabalho se destina não à competência jurisdicional, mas à atribuição investigatória ministerial. Assim, a questão de pesquisa que se pretende responder é: o Ministério Público Estadual tem atribuição para investigar crimes que envolvem o desvio ou a apropriação de recursos públicos de origens federal e estadual ou municipal misturados em conta corrente municipal?

Há duas hipóteses iniciais consideradas neste estudo, que são definidas a partir da identificação da(s) vítima(s) da malversação desses recursos públicos mesclados. A primeira delas é de que o Ministério Público Estadual não tem atribuição para investigar esses crimes, já que ao fim e ao cabo sequer poderia prosseguir com a ação penal na Justiça Federal Comum; e a segunda hipótese, na via inversa, é de que mesmo sendo o juízo competente o Federal, a atribuição do Ministério Público Estadual para investigar os crimes, por ser extrajudicial, não é afetada por isso e, por conseguinte, não há impedimento de o Ministério Público Estadual ajuizar inclusive a ação penal na Justiça Federal.

Então, na primeira seção analisam-se os crimes de peculato e de responsabilidade com destaque especial para a identificação das vítimas quando há mistura de valores em conta corrente municipal; uma vez definida(s) a(s) vítima(s) do delito, na segunda seção, estuda-se a fixação da competência para processar e julgar esses crimes; e, na última seção investiga-se a atribuição do Ministério Público Estadual para apurar os crimes de peculato e de responsabilidade no desvio ou apropriação de dinheiro público misturado em conta corrente municipal, ainda que de origem federal ou de competência da Justiça Federal.

Assim, o objetivo deste trabalho é identificar se o Ministério Público Estadual tem atribuição para investigar a apropriação ou o desvio de dinheiro público de origem federal misturado conta corrente municipal. Para tanto, desenvolve-se a pesquisa com caráter exploratório e expositivo de natureza teórica, em que são estudadas as premissas acima apresentadas e, para a consecução desse objetivo, realizam-se buscas em fontes bibliográficas e documentais em textos legais e atos do Conselho Superior do Ministério Público, decisões judiciais do STJ e do STF e julgados administrativos do Tribunal de Contas da União.

Nesse caso definir a atribuição extrajudicial tem relevo inafastável, pois a investigação conduzida pelo órgão ministerial sem atribuição pode implicar o ajuizamento de medidas cautelares investigativas submetidas a um juízo incompetente e, com isso, abrir-se espaço para discussões sobre nulidades que impedem a justa punição daquele que efetivamente desvia ou se apropria de recurso público. Os resultados esperados para a presente pesquisa são de impacto significativo, pois são consequências de problemáticas fáticas vivenciadas por vários membros dos Ministérios Públicos Estaduais e Federais na investigação desse tipo de crime comumente encontrado nos 5.570 Municípios do país.

## **1 AS VÍTIMAS DOS CRIMES DE PECULATO DE DINHEIRO DE ORIGENS PÚBLICAS DIVERSAS MISTURADOS EM CONTA CORRENTE MUNICIPAL**

Devido à finalidade deste trabalho, não são enfrentadas as questões gerais dos crimes de peculato e de responsabilidade nas modalidades desvio ou apropriação de dinheiro, havendo, portanto, um direcionamento do estudo às influências da natureza jurídica do objeto material desses crimes quando há mescla de valores em conta corrente municipal sujeita à fiscalização estadual e a definição da vítima.

O crime de peculato, nas modalidades desvio ou apropriação, está previsto no Art. 312, *caput*, do Código Penal<sup>3</sup>; e, quando praticado por um prefeito municipal, no Art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201<sup>4</sup>. Em ambos os tipos penais, o objeto material (físico) do crime é o mesmo: “o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular.” E apesar de não ser a propriedade do bem um elemento fundamental para a concretização do crime, ela possui reflexos importantes no cenário processual e administrativo, já que da propriedade se pode extrair a existência de interesse jurídico relevante da União, do Município ou do Estado.

<sup>3</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>4</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm). Acesso em: 18 ago. 2020.

Portanto, o estudo da natureza jurídica do bem móvel objeto material do crime é importante, ainda que para a consumação do peculato ela possua uma influência reflexa. Ao se definir o objeto material do crime de peculato como sendo os bens móveis públicos ou privados de que detenha a posse, o legislador automaticamente remete o intérprete ao direito civil, em especial ao Livro II do Código Civil<sup>5</sup>, arts. 79 a 103, pois é nesse diploma que estão regradados os regimes dos bens.

A finalidade deste tópico, portanto, é a identificação das vítimas do crime, pois constitui elemento de influência na investigação e no processamento de futura ação penal e, para que esse fim seja atingido, o estudo da natureza do bem móvel dinheiro mesclado em conta corrente municipal sujeita à fiscalização estadual tem relevo incontestável. Ainda que o sujeito ativo do delito tenha um vínculo direito com uma das vítimas do crime, a análise sobre a propriedade do bem tem influência na identificação de outras vítimas indiretas.

O legislador penal ao estabelecer que o peculato ou o crime de responsabilidade na modalidade peculato tem por objeto material dinheiro, valor ou outro bem móvel, obriga o operador do direito a compreender no regramento civil o conceito de dinheiro, valor ou outro bem móvel para fins de preenchimento do tipo penal, já que não há uma definição penal desses conceitos, diferente do conceito de funcionário público, em que o legislador penal o fixa na própria lei.

Venosa<sup>6</sup> esclarece que: “a transferência da propriedade das *res mancipi* era realizada por meio dos atos formais de emancipação, enquanto as *res nec mancipi* se transferiam por simples tradição”. Ao tratar dos bens fungíveis, ele<sup>7</sup> ainda define ser bem fungível, mesmo que possa em alguns casos ser infungível, a exemplo do papel-moeda ou a moeda metálica quando objetos de coleção.

Deste modo, se dinheiro é bem fungível por excelência, quando objeto das obrigações é dar coisa incerta, pois dinheiro aí tem a característica de individualizar o gênero, a qualidade e a quantidade da obrigação pecuniária sem se confundir com o papel-moeda ou a moeda metálica. Assim, compreender a distinção entre dinheiro, moeda, moeda metálica e papel-moeda é útil para o melhor entender a natureza jurídica do crime em questão. A utilização do substantivo dinheiro, para fins do tipo penal, deve ser absorvida pela ideia de patrimônio monetário assemelhado ao conceito de moeda – unidade monetária<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Insitui o Código Civil. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>6</sup> VENOSA, S. de S. **Direito Civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. I, p. 286.

<sup>7</sup> VENOSA, 2010.

<sup>8</sup> COSTA, Luciana Pereira. **Disciplina Jurídica do Câmbio e Política Pública**. 2009. Tese – USP, São Paulo, 2009.

Então, quando o tipo penal utiliza o substantivo dinheiro, refere-se a ele num aspecto mais amplo do que moeda metálica ou papel-moeda, que são suportes materiais do dinheiro. Essa compreensão encontra amparo inclusive no próprio Código Penal, pois nele o legislador tipifica o crime de moeda falsa no Art. 289 e criminaliza a conduta de “falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro.”. E com isso deixa claro que existe diferença entre a moeda metálica ou o papel-moeda e o dinheiro.

Ademais, hoje em dia, dinheiro já não guarda relação estreita apenas com seus suportes físicos acima indicados, especialmente por que nos tempos modernos grandes quantias de dinheiro são movimentadas por meio de *bytes*. Por isso, o dinheiro tem que ter uma adequação conceitual e o direito civil permite essa definição. Com isso, chega-se à conclusão de que a natureza jurídica do dinheiro, quando pertencente a uma das pessoas jurídicas de direito público interno, nos crimes de peculato ou de responsabilidade é de bem móvel, divisível, fungível, singular e público de uso especial. A mudança da propriedade se dá a partir de atos jurídicos *lato sensu* e se consuma com a tradição. A partir desse enfoque, expõe-se o problema da mistura de valores de origens diversas e a repercussão dessa conduta na definição da vítima desses crimes.

A mescla é uma técnica utilizada mais comumente nos crimes de lavagem de dinheiro, em que os recursos lícitos e ilícitos são misturados como forma de ocultar ou dissimular a origem ou o destino de valores ilegalmente obtidos<sup>9</sup>. Devido à natureza jurídica do dinheiro, a mistura dos recursos públicos gera problemas, pois a fungibilidade, em algumas situações, impede que haja uma individualização do dinheiro desviado ou apropriado depois de mesclado em razão da confusão por adjunção prevista no Art. 1.272, § 1º, do Código Civil, cuja consequência é o condomínio forçado.

O dinheiro misturado na conta corrente municipal submetida à fiscalização estadual, também é um bem móvel público, pois, de acordo com o Art. 98 do CC, são públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Sabe-se que o objeto de proteção da norma penal, nos crimes de desvio ou apropriação de dinheiro público não é a propriedade, pois se tutela a posse do bem. Contudo, o valor da propriedade é relevante para identificar o interesse jurídico subjacente das pessoas vítimas do delito.

Desta forma, é necessário compreender, conforme Freitas<sup>10</sup>, que o conceito de bem público se vincula à natureza da relação do Poder Público com as coisas materiais e imateriais de modo a permitir a aceitação da ideia de propriedade pública e isso permite a descoberta da pessoa que suporta o prejuízo patrimonial pela prática delituosa. Portanto, mesmo sem haver uma perfeita

---

<sup>9</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>10</sup> FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.



classificação para o bem público móvel dinheiro, conclui-se que o dinheiro é público se pertence a uma das entidades de direito público interno e de uso especial quando destinado à execução de serviços administrativos e serviços públicos em geral é indisponível<sup>11</sup>.

Diante disso, se o dinheiro é bem móvel, a forma de aquisição da propriedade segue a lógica prevista no Art. 1.267 do CC, que estabelece não se transferir a propriedade das coisas móveis pelos negócios jurídicos *antes da tradição*. A tradição é o marco divisor para fins de mudança de propriedade para os bens móveis particulares. Porém, o Estado patrimonialista já se encontra superado e a principal fonte financiadora do Estado é advinda de tributos e receitas<sup>12</sup>.

O dinheiro resultante desses tributos é transferido entre os entes estatais em cumprimento da norma constitucional (ato jurídico) e, mesmo sendo um tributo federal, por exemplo, o valor repassado ao Município pela tradição tem o condão de transferir a posse e a propriedade do recurso ao Município sem que haja obrigatoriedade de prestação de contas desses recursos a órgãos públicos federais, incorporando ao patrimônio municipal.

Há, por outro lado, recursos públicos que são transferidos não em razão da lei, e sim de negócios jurídicos bilaterais, conhecidos como convênios ou termos de cooperação que podem ser celebrados para a gestão associada de serviços públicos e podem prever a transferência total ou parcial de bens públicos. Então, quando há a tradição de um bem móvel para o Município nessa condição, a posse e a propriedade são indiscutivelmente transferidas em favor da pessoa jurídica de direito público destinatária. Porém, quando esses negócios jurídicos são celebrados, mesmo havendo a incorporação do dinheiro ao patrimônio do Município, geralmente há a necessidade de prestação de contas da aplicação dos recursos aos órgãos federais, o que termina por definir o interesse jurídico do terceiro, vítima indireta do crime.

A transferência da propriedade gera, indiretamente a transferência da posse, mas nem sempre a inversão da posse gera a mudança da propriedade. Logo, para a consumação do delito importa apenas que haja a troca da posse, seja apropriando-se diretamente ou desviando-a para terceiro em proveito próprio ou alheio, mesmo que não haja juridicamente a transferência da propriedade.

Há, então, a partir da natureza jurídica do dinheiro estudada nesta seção, uma certeza: *o recurso público que se encontra nas contas correntes municipais é de propriedade do Município*, pois a tradição decorrente do ato jurídico *lato sensu* consuma a propriedade do recurso em favor

---

<sup>11</sup> Importante compreender que a indisponibilidade do dinheiro público não significa que ele não pode ser transferido ou disposto, mas que sua disposição depende de vinculação ao interesse público. Portanto, o administrador não dispõe do dinheiro público conforme seu arbítrio, mesmo que possua discricionariedade quanto à aplicação de alguns recursos para o cumprimento de políticas públicas.

<sup>12</sup> DIAS, Eduardo Rocha; ALVES DE OLIVEIRA, Othoniel. FUNDEF e repasses tardios aos municípios decorrentes de decisão judicial. A questão da vinculação constitucional. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 119–152, 2019. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1035>. Acesso em: 25 ago. 2020.

do Município e esse fato é somado ao de que se malversação é praticada por agente municipal, não há dúvida alguma sobre o Município ser a vítima direta do crime de desvio ou apropriação praticado por seus servidores públicos. Porém, há casos em que o interesse público subjacente da União existe e a coloca no patamar de vítima indireta, como nos casos em que subsistem os deveres de prestação de contas a órgãos federais.

Com isso, pode-se concluir que as vítimas deste tipo de crime podem ser mais de uma e, no caso específico de verbas oriundas de convênios federais, reconhece-se como vítima imediata o Município e como mediata a União, a partir da natureza jurídica do bem objeto do crime e essa constatação tem reflexos importantes na fixação da competência para processar e julgar esses crimes e na atribuição para investigá-los.

## **2 A FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR ESSES CRIMES**

Devidamente identificadas as vítimas imediata e mediata dos crimes de apropriação ou desvio de dinheiro público quando há mistura de valores de origens diversas depositados em conta corrente pública municipal, observa-se que há casos em que há a concorrência de interesses jurídicos da União com o Município ou do Estado com o Município e essa concorrência gera reflexos inquestionáveis na fixação da competência jurisdicional para o conhecimento, processamento e julgamento das ações penais que têm por objeto esse tipo de crimes.

O poder de dizer e aplicar o direito no caso concreto, capaz de produzir efeitos modificadores da vida das pessoas, é consequência do poder estatal de interferir na vida de seus membros. O poder é um estado e, por conseguinte, é estático por natureza ganhando dinamismo sempre que provocado. O exercício do poder é o poder em movimento. A competência, então, cuida do exercício do poder já que fixa as regras por meio do qual o poder estático entrará em movimento. A competência, então, é esse conjunto de regras que regula os órgãos do Estado responsáveis por dar movimento ao poder jurisdicional do próprio Estado. Assim, sempre que se pensa em competência se busca o órgão estatal com atributos capazes de dar movimento ao poder jurisdicional do Estado. Por isso, as regras de competência do poder jurisdicional estão previstas primeiramente na Constituição Federal.

Assim, no art. 92 da CF, prescreve-se quais são os seus órgãos jurisdicionais, isto é, quais os órgãos dentro da estrutura do próprio Estado Brasileiro são responsáveis por emprestar movimento ao poder de dizer o direito no caso concreto como terceiro equidistante das partes do processo, com exceção do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, já que este integra o Poder Judiciário, mas não exerce jurisdição.

Nos arts. 101 e ss., o constituinte estabelece as competências dos órgãos jurisdicionais e, no art. 109, IV, da CF, fixa competir aos Juízos Federais processarem e julgarem “os crimes

políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.”

Da mesma forma, a Constituição Federal também fixa no art. 125 que a Justiça Estadual é organizada pelos Estados observando as normas previstas na própria CF/88. Assim, afirma-se que a Justiça Estadual é residual, já que são dos Juízos Estaduais a competência para o exercício da jurisdição para as hipóteses não já especificadas na Constituição Federal a outros órgãos jurisdicionais constitucionalmente criados.

Além dessas regras de competência fixadas na Constituição, há também regra prevista no art. 29, X, que determina o julgamento dos prefeitos pelo Tribunal de Justiça. Essa regra, porém, conflita com as regras previstas nos arts. 108 e 109 da mesma Constituição, pois se o crime praticado pelo prefeito afetar interesse jurídico da União, a Justiça apta a exercer a jurisdição é a comum Federal, não podendo o Tribunal de Justiça do Estado julgar esse processo. Como o art. 29, X, da CF prevê o foro especial do Tribunal de Justiça do Estado para o prefeito, entende-se que o julgamento da causa é feito pelo órgão da justiça equivalente ao Tribunal de Justiça, isto é, o Tribunal Regional Federal da respectiva região. Ainda sobre o foro por prerrogativa de função, o STF<sup>13</sup> fixa entendimento de que:

O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

O Superior Tribunal de Justiça possui algumas súmulas específicas sobre a competência jurisdicional para o processamento e julgamento de agentes públicos por desvio de dinheiro público. A súmula 209<sup>14</sup> do STJ enuncia que “compete à justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.” A súmula 208 do STJ<sup>15</sup> esclarece que “compete a Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”.

<sup>13</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AP 937 QO / RJ – QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL**. Relator: Min. Roberto Barroso, Brasília/DF, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur396594/false>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>14</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n. 209**. Relator: S3 – Terceira Seção, Brasília/DF, 1998b. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=209&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>15</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n. 208**. Relator: S3 – Terceira Seção, Brasília/DF, 1998a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=s%FAMula+208&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Em verdade, as duas súmulas não podem ser lidas em separado, pois conduzem a confusões, pois o dinheiro público transferido voluntária ou compulsoriamente pela União ao Município sempre incorpora ao patrimônio municipal, pois a transferência de dinheiro da União para ele também implica a mudança da propriedade do dinheiro, como apontado anteriormente. Assim, prevalece sempre a súmula 208 do STJ, pois o critério da incorporação, por si só, é insuficiente para fixar a competência. As verbas de transferência obrigatória, mesmo de origem federal, incorporam-se ao patrimônio do Município e não estão sujeitas à prestação de contas a órgão federal. Logo, o repasse feito pela União da parcela do tributo federal ao Município, decorrente do próprio financiamento do pacto federativo, não está sujeito à fiscalização de órgão federal.

Com isso se verifica que não é a origem do dinheiro que define a competência jurisdicional, pois há recurso de origem federal que não se sujeita à fiscalização federal e, para esses casos, a competência para processar e julgar as ações penais de malversação de dinheiro público é da Justiça Estadual. Todavia, se a malversação é de verba sujeita à prestação de contas perante a órgão federal, a competência é da Justiça Federal.

O Tribunal de Contas da União, em 2016 e 2017, já decidiu nesse sentido, asseverando ser de sua competência a fiscalização de recursos do SUS, ainda que incorporados ao patrimônio da entidade destinatária do repasse, conforme se os acórdãos n. 3.902/2016<sup>16</sup> e 6.828/2017<sup>17</sup>. Nesses casos, a incorporação da verba ao patrimônio do Município não retira dos órgãos federais o dever de fiscalizar a correta aplicação do dinheiro público no objeto do convênio ou da cooperação técnica, apesar de não haver dúvida que o dinheiro pertença ao Município.

Assim, quando o dinheiro é bem público móvel e a tradição do dinheiro pela União ao Município se dá em razão de convênio, a propriedade também é transferida e o recurso também incorpora ao patrimônio municipal, ainda que a aplicação do recurso permaneça sujeita à fiscalização federal. Em todas essas operações financeiras, o dinheiro incorpora ao patrimônio do Município após a tradição, diferenciando-se apenas pela obrigação acessória de prestar contas dos valores a órgãos da União.

Todavia, em razão da complexidade do tema, percebe-se que a jurisprudência dos tribunais superiores varia muito nos últimos tempos sobretudo na identificação de quando haveria interesse jurídico da União ou não. Hoje, porém, o entendimento está unificado pelo STF<sup>18</sup>, de sorte

---

<sup>16</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão n. 3902/2016**. Relator: BENJAMIN ZYMLER, 2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1737795%22>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão n. 6828/2017**. Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES, 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2260119%22>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Emb. Decl. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 669.952-BA**. Relator: Min. DIAS TOFFOLI, 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/>

que a jurisprudência se assenta no sentido de que se houver obrigatoriedade de prestar contas da aplicação dos recursos públicos à órgão federal, há interesse jurídico da União no caso e, portanto, ela é enquadrada como vítima mediata da apropriação ou desvio do dinheiro público.

Assim, há interesse jurídico da União sempre que o Art. 71, VI, da CF/88 for aplicável, isto é, quando couber ao Tribunal de Contas da União fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. Outras hipóteses são previstas na legislação infra-constitucional, a exemplo do Art. 33, § 4º, da Lei n. 8.080<sup>19</sup>, ao prever que a fiscalização da malversação, desvio ou não aplicação dos recursos do SUS cabe ao Ministério da Saúde. Da mesma forma, a Lei n. 14.113/2020<sup>20</sup>, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e revoga a Lei n. 11.494/2007, prevê no seu Art. 30, III, que a fiscalização e o controle da aplicação de recursos do FUNDEB são exercidos pelo TCU especialmente em relação à complementação da União

Logo, fica evidente que a fiscalização demonstra a existência de interesse jurídico relevante capaz de alçar a União à vítima mediata dos crimes de apropriação ou desvio de dinheiro público de origens diversas depositados em conta corrente pública municipal, sem sequer discutir a propriedade do dinheiro. Mas, mesmo quando a União figura como vítima mediata, a vítima imediata é sempre, na hipótese estudada, o Município, restando demonstrada a concorrência de órgãos federais e municipais na relação jurídica de direito material.

A presença ou não do interesse jurídico da União tem o condão de atrair ou afastar a competência jurisdicional da Justiça Federal Comum para o conhecimento, processamento e julgamento das ações penais que tenham por objeto os crimes de apropriação ou desvio de dinheiro público de origens diversas misturados em conta corrente pública municipal. Essas regras parecem bem claras quando as verbas são únicas ou de uma origem certa. Mas quando ocorre a mescla de dinheiro não sujeito à fiscalização de órgão federal com dinheiro sujeito a esse controle, alguns problemas se apresentam. Não se tem dúvida alguma que a vítima imediata do crime é o Município, conforme já se destacou no capítulo primeiro. Da mesma forma, não se questiona

---

sjur360932/false. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL. **Lei n. 14.113, de 25 de dezembro de 2020**. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de que trata o art. 212-A da Constituição Federal; revoga dispositivos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007; e dá outras providências. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14113.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14113.htm). Acesso em: 18 nov. 2024.

que há a obrigação de prestar contas sobre aplicação do dinheiro a órgãos federais.

O fato de o valor desviado ser de conta corrente em que houve a mescla não conduz à conclusão apressada de que o interesse é exclusivo federal, nem é suficiente para firmar inexistir interesse dos órgãos de fiscalização estadual, pois com a mistura do dinheiro pode ser impossível a perfeita identificação do valor, dada a natureza do bem em questão e a ocorrência da confusão por adjunção civil (Art. 1.272 do CC). Nessa hipótese, o recurso sujeito a controle federal pode ter sido aplicado de forma correta e o valor desviado pode ser integralmente da verba sujeita à competência da justiça estadual; do mesmo modo, o inverso pode ocorrer, mas o fato é um só: ao serem misturados os valores, se não houver um outro fato capaz de identificar com exatidão o uso do dinheiro, é de se compreender o valor como uma universalidade constante na conta corrente e, nesse caso, haverá uma quota ideal do total correspondente a cada vítima (Art. 1.272, § 1º, do CC).

Outro ponto relevante é que aparentemente não é possível dividir o crime em dois, apesar de o dinheiro ser divisível e cada ente possuir interesse jurídico em quinhões proporcionais, pois neste caso a interpretação da prática de dois crimes quando a conduta é uma só, revelaria uma interpretação *in malam partem*. Nada obstante, há concorrência de interesses jurídicos de órgãos federal e municipal, habilitando diversos órgãos para a fiscalização desse recurso. Assim, seja porque o dinheiro se tornou indivisível e de propriedade municipal, seja porque há interesse jurídico da União na prestação de contas de parte da aplicação do dinheiro repassado, o fato é que o Juízo para o processamento e julgamento do crime é o Federal Comum

Destaca-se ainda que o desvio ou a apropriação desse dinheiro público gera um crime único, não sendo hipótese de concurso formal de crimes, mesmo havendo a concorrência de duas vítimas, pois a conduta e o resultado são um só: o desvio ou a apropriação do dinheiro público misturado, ou seja, não há a prática de dois ou mais crimes idênticos exigida pelo Art. 70 do CP. Mesmo sendo o Município a vítima imediata e a União mediata, há aí apenas um crime.

Desta forma, em que pese a súmula n. 122 do STJ<sup>21</sup> enunciar que “compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal”, reconhece-se que não se está tratando de crimes conexos, mas de um único crime que possui duas vítimas, dentre as quais uma foi alçada pelo constituinte como importante o suficiente para definir a competência do juízo quando forem praticados crimes contra os seus interesses ou bens. Mas, se são cometidos outros crimes conexos, sem dúvida, seguem o mesmo destino quanto ao Juízo.

---

<sup>21</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n. 122**. Relator: S3 – Terceira Seção, Brasília/DF, 1994. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCOhttps://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Apesar de o caso em apreço não ser de dois crimes conexos, é de se entender que há concorrência de interesses jurídicos de órgãos federal e municipal em razão da malversação de dinheiro público de origens distintas misturados em conta corrente pública municipal, a competência para o conhecimento, o processamento e o julgamento é da Justiça Federal, já que a regra especial prevalece sobre a regra residual. Se o crime for praticado pelo Prefeito, é competente o Tribunal Regional Federal da Região na qual se insere o Município, desde que o fato ocorra durante o mandato e tenha relação direta com exercício do cargo de Prefeito, pois do contrário, a regra é o juízo de primeira instância, igual a do servidor público comum.

Mas, quais dos Ministérios Públicos pode e deve investigar tais crimes? Importante lembrar que atribuição para investigar é diferente da competência para julgar, pois a primeira se insere no campo administrativo e extrajudicial, enquanto a segunda está imbricada no cenário jurisdicional e judicial.

### **3 A ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INVESTIGAR A MALVERSAÇÃO DO RECURSO PÚBLICO MESCLADO NA CONTA CORRENTE MUNICIPAL**

Antes de responder se o Ministério Público Estadual tem a atribuição para investigar os crimes de malversação de dinheiro público em que houve a mistura em conta corrente municipal, é importante observar que a investigação criminal, atualmente no Brasil, não é um plexo de poderes, prerrogativas e responsabilidades exclusivas de um órgão ou de uma determinada entidade. A investigação criminal tem que ser compreendida como um instrumento da sociedade para a defesa e proteção de seus direitos fundamentais e, portanto, de exercício amplo pelos órgãos administrativos do Estado.

A investigação criminal não se confunde com o processo judicial penal, ainda que seja utilizada na ação penal. Ela é construída num procedimento administrativo conforme com a Constituição da República e garantidor da proteção dos direitos fundamentais das pessoas. O fato de ser formalizada num procedimento administrativo é importante, pois desvela de maneira evidente que suas regras são administrativas e não judiciais. Essa distinção é basilar, pois as regras que legitimam a atuação dos agentes públicos na investigação criminal diferem das regras que fixam as competências dos Juízos.

Ela é um instrumento de defesa da sociedade com duas funções bem acentuadas: reprimir os crimes praticados; e, indiretamente, prevenir a reiteração de novos crimes. Verdade que a repressão é mais visível do que a prevenção, mas uma investigação bem feita auxilia a restauração da paz social, pois garante que o autor e o crime são identificados e levados à Justiça e sendo ela bem conduzida e construída sob os alicerces do respeito aos direitos fundamentais, seus resultados impactam na diminuição da impunidade.

Importante asseverar que a competência jurisdicional não se confunde com a atribuição administrativa de investigar, pois um dos exemplos mais recentes dessa distinção é a decisão do Min. Luiz Edson Fachin que autorizou a investigação criminal do então Presidente da República Michel Temer por atos praticados antes do mandato, já que, no entendimento do Ministro, a investigação não é impedida, mas apenas a ação penal <sup>22</sup>.

Com menos impunidade, a prática de novos crimes tende a diminuir, pois o criminoso pesa os riscos de ser descoberto e punido com as vantagens eventualmente obtidas com a prática do delito, numa linha bem próxima ao ensinamento de Foucault<sup>23</sup>, pois quanto maior for o prejuízo com a prática da conduta, menor se supõe o interesse do autor em praticar a conduta. Com menos crimes sendo praticados, menos violações são identificadas ao pacto social e mais direitos fundamentais são assegurados, especialmente quando os delitos investigados envolvem desvios ou apropriações de dinheiro público.

No Brasil, diferente de Portugal<sup>24</sup>, não há ainda uma definição legal sobre o que seja a investigação criminal, mas o que é certo e inconteste é que a investigação criminal não é e nem pode ser imaginada como exclusiva do inquérito policial. O Projeto de Lei n. 8.045/2010<sup>25</sup>, que trata do novo código de processo penal também não define o que seja investigação criminal, apesar de prever nas disposições gerais (art. 8º) que ela tem por objeto a identificação das fontes de prova e que ela será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de um crime.

Todo inquérito policial é uma investigação criminal, mas nem toda investigação é documentada em inquérito policial. Frederico Marques<sup>26</sup>, em seus ensinamentos, já aponta que

a investigação criminal é uma atividade estatal de persecução criminal destinada a preparar a ação penal, que apresenta caráter preparatório e informativo, pois o seu objetivo é levar ao órgão encarregado da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo.

<sup>22</sup> VP/AD. Relator determina inclusão de Temer em inquérito que investiga ministros Eliseu Padilha e Moreira Franco. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília/DF, 2 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371171>. Acesso em: 15 jan. 2021.

<sup>23</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Tradução: Raquel Ramalhete. 27. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1987. p. 114.

<sup>24</sup> O art. 1º da Lei n. 49, de 27 de agosto de 2008, lei de organização da investigação criminal de Portugal, prescreve como sendo a investigação criminal o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo. PORTUGAL. **Lei n. 49, de 27 de agosto de 2008**. Aprova a Lei de Organização da Investigação Criminal. [S. l.: s. n.], 2008. Disponível em: <http://data.dre.pt/eli/lei/49/2008/08/27/p/dre/pt/html>. Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>25</sup> **Anteprojeto Novo Código de Processo Penal – Projeto de Lei 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: [https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&file-name=PL+8045/2010](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&file-name=PL+8045/2010). Acesso em: 19 ago. 2020.

<sup>26</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. Ip. 139.



Portanto, há duas finalidades bem evidentes nesse instrumento: o esclarecimento dos fatos, com todos os seus aspectos objetivos e subjetivos; e a produção de elementos de provas, indícios e evidências que sirvam de subsídio para que o titular da ação forme sua convicção sobre o ajuizamento ou não da ação penal. Há muito está superada a ideia de que a investigação criminal apenas pode ser produzida em inquérito policial, de modo que é possível a realização desse tipo de apuração em procedimento administrativo diverso, a exemplo do Procedimento Investigatório Criminal, atualmente regulado pela Resolução n. 181/2017 do CNMP<sup>27</sup> e suas alterações posteriores.

Obviamente que a base normativa desse tipo de apuração está construída a partir da Constituição Federal, especialmente do art. 37, que impõe o respeito à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo a investigação criminal encartada em procedimento administrativo ser decorrente de atribuições não judiciais dos agentes públicos encarregados de tais funções. Logo, partindo do primeiro princípio constitucional ali descrito, tem-se que a investigação criminal pelo membro do Ministério Público dos crimes que envolvem a malversação de dinheiro público por agentes estatais deve obedecer à legalidade ou à normatividade, pois ao agente estatal somente é permitido agir em conformidade com as normas jurídicas<sup>28</sup>. A atribuição, portanto, para investigar do Ministério Público é uma espécie de competência de natureza administrativa, decorrente do plexo de poderes e prerrogativas conferidas ao órgão e ao agente ministerial no exercício da atividade extrajudicial criminal.

A identificação da vítima imediata e mediata desses crimes justifica o exercício pelo Ministério Público Estadual da atribuição de investigar a malversação do dinheiro público mesclado em conta corrente pública municipal, ainda que ao fim e ao cabo a investigação criminal seja submetida à apreciação judicial, não se pode olvidar que antes da judicialização ela se constrói em terreno distinto do Judiciário, sendo equivocado o estudo das atribuições a partir das competências judiciais. Nada obstante, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a recomendação conjunta PRESI-CN n. 02, de 18 de junho de 2020<sup>29</sup>, que utiliza como critério de fixação de atribuição a atuação judicial.

---

<sup>27</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução CNMP n. 181, de 07 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília/DF: CNMP, 2017b. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites Do Controle Externo Da Administração Pública : Ainda É Possível Falar Em Discricionariedade Administrativa ? **Revista eletrônica de direito do estado**, Belo Horizonte, v. 37, n. 1981-187x, p. 1-14, 2014.

<sup>29</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação conjunta PRESI-CN n. 2, de 18 de junho de 2020**. Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas. Brasília/DF: CNMP, 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Sem dúvida alguma o estudo da competência judicial para julgar e processar o crime traz reflexos relevantes para a investigação. Entretanto, não se pode confundir a atribuição para a investigação e a competência judicial para o processamento de determinados crimes. Mazzili<sup>30</sup> leciona sobre essa distinção:

Embora seja tradicional que cada membro do Ministério Público atue dentro dos limites da competência dos órgãos jurisdicionais perante os quais oficia, esse excessivo paralelismo entre a carreira ministerial e judicial há muito vem sendo abandonado. *O Ministério Público tem hoje inúmeras atividades extrajudiciais, que pouco ou nada têm que ver com a atuação perante as varas e os tribunais.* É hoje corriqueiro haver órgãos ministeriais com atuação totalmente desvinculada de varas judiciais específicas. (grifos aditados)

Nesse compasso, deve-se deixar de lado um pouco a competência judicial, vista no capítulo anterior, para imprimir um maior aprofundamento sobre a atribuição para investigar crimes de peculato e de responsabilidade no desvio ou apropriação de dinheiro público misturado em conta corrente municipal submetida à fiscalização estadual. O estudo das atribuições administrativa, em decorrência do princípio da normatividade, exige o exame da Constituição Federal, fonte primária de poderes e prerrogativas do Estado e de seus agentes e órgãos, e também dos demais atos legais e normativos dela decorrentes<sup>31</sup>.

A Constituição Federal define a competência da Justiça Federal, mas não trata da atribuição para investigar diretamente. A investigação é uma atividade administrativa, ainda que possua fases submetidas à reserva de jurisdição para a qual importa a definição da competência para processar e julgar os crimes. A atribuição, portanto, para investigar crimes levará em consideração a relação jurídica de direito material e as normas de Organização do Estado estabelecidas no Título III da Constituição Federal, pois nele estão reguladas as competências exclusivas, comuns, residuais e de interesse local que ajudam a definir os órgãos com atribuição de investigar.

Logo, sempre que a competência para a prática do ato administrativo ou serviço público for exclusiva da União a investigação caberá exclusivamente ao órgão federal; já quando forem apenas residuais dos Estados ou de interesse local dos Municípios a investigação será exclusiva dos órgãos estaduais e eventualmente municipais. Entretanto, quando for comum a todos os entes públicos a competência administrativa, haverá razão para a investigação ser comum aos órgãos federal ou estadual, ainda que a competência judicial venha a ser definida como sendo da Justiça Federal. E apesar de haver doutrina que defenda uma preponderância do interesse geral

<sup>30</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 192.

<sup>31</sup> PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 1999.

sobre o especial, facilmente se percebe que nesse caso não há como ser admitido tal entendimento, já que a vítima imediata é o Município.

A regra, portanto, de atuação em casos de competência comum é exatamente a cooperação entre os órgãos, pois se reconhece, de plano, que há concorrência de interesses de todos os entes envolvidos. Esse entendimento é amparado pelos argumentos de Mazzili<sup>32</sup> ao lecionar que:

Embora a Constituição de 1988 não tenha chegado a explicitar a possibilidade de legitimação concorrente ou litisconsorte entre Ministérios Públicos diversos, não vemos impedimento bastante para que a solução seja adotada. Esta atuação integrada já encontra paralelo na atual intervenção do Ministério Público dos Estados e do Ministério Público Federal, senão conjuntamente, ao menos sucessivamente, em diversas hipóteses que jamais causaram controvérsia. Podemos lembrar os feitos em que nas instâncias ordinárias oficiou o Ministério Público local e, na instância recursal, junto aos tribunais superiores, passa a officiar o Ministério Público Federal. Também serve de paralelo a intervenção sucessiva, quando não até mesmo simultânea, de ambas as instituições, não só em causas acidentárias ou nas demais mencionadas pelos §§ 3º e 4º do art. 109 da Constituição, como também em qualquer ação cível ou criminal, que, na fase recursal, seja rotineiramente encaminhada a um dos tribunais federais. Ou ainda serve de exemplo a interposição simultânea, pelo Ministério Público estadual e pelo federal, do recurso extraordinário de que cuida o art. 37, parágrafo único, da Lei Complementar n. 75/93.

Como no caso de peculato ou de crime de responsabilidade pela apropriação ou desvio de dinheiro público de origens distintas misturados em conta corrente pública municipal a propriedade do bem público é totalmente municipal, apesar de poder haver interesse de órgão federal para fins de prestação de contas, está evidente e legitimada a atuação do Ministério Público Estadual para investigar esse tipo de crime, mesmo que essa legitimidade não seja exclusiva.

Esses fatos evidenciam de forma inegável a concorrência dos interesses dos órgãos públicos de controle estadual e federal em zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (Art. 23, I, da CF/88) e, portanto, acentuam uma legitimidade comum dos Ministérios Públicos Estadual e Federal para investigarem os crimes decorrentes dessa relação jurídica material, pois nesse crime de um lado há a vítima direta (Município); e doutro, a vítima indireta (União).

Nesse cenário, vale a pena examinar os Art. 39, II, da Lei Complementar n. 75/93<sup>33</sup> e Art. 27, II, da Lei n. 8.625/93<sup>34</sup> e compreender que esses dispositivos prescrevem regras importantes,

<sup>32</sup> MAZZILI, 2007, p. 192.

<sup>33</sup> BRASIL. **Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1993a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>34</sup> BRASIL. **Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público,

pois estabelecem que cabe ao MPF intervir quando tiver que atuar administrativamente entidades ou órgãos federais e que ao MPE incumbe o dever de atuar quando na relação jurídica de direito material figurar num dos polos entidades ou órgãos estaduais ou municipais. Como se vê, obviamente, os dispositivos acima regulam bem os casos de competência administrativa exclusivas, residuais ou de interesse local, mas claramente não trata dos casos de atribuições comuns e nem os exclui ou os impede.

Por isso, em princípio, o caso do desvio ou da apropriação de dinheiro público, de origens distintas, misturados em conta corrente municipal sujeita à fiscalização estadual, não se enquadra nas hipóteses do Art. 39 da Lei Complementar n. 75/1993, pois a malversação do dinheiro público se deu por agente público municipal em detrimento de patrimônio direto do Município. Entretanto, à União subsiste o interesse jurídico de prestação de contas do dinheiro investido, conferindo-lhe o *status* de vítima indireta do crime e apenas nisso é que se vislumbra a incidência do mencionado Art. 39 da Lei Complementar n. 75/93. Muito mais evidente está a concreção do Art. 27 da Lei n. 8.625/1993, pois a vítima direta do crime é o Município.

Esse conflito aparente somente existe porque não houve a previsão direta na lei de atuação de casos em que há competência comum. Todavia, uma interpretação sistemática da Constituição Federal e dessas normas infraconstitucionais, aliada a entendimento doutrinários já ventilados acima, apresenta uma solução bastante útil, qual seja, a de concorrência de legitimidade para investigar esse tipo de delito e a possibilidade de cooperação entre os Ministérios Públicos, modalidade de atuação inclusive prevista na Resolução n. 181/2017 do CNMP. Casos como os estudados neste trabalho recomendam uma atuação conjunta entre os Ministérios Públicos Estadual e Federal, pois há uma evidente legitimidade comum de ambos. Mas, essa cooperação não pode ser entendido como obrigatória, isto é, por ser comum a atribuição desses órgãos, é de se admitir três possibilidades como legítimas, quais sejam: 1) a atuação apenas do MPE; 2) somente do MPF; ou 3) de ambos em conjunto.

É oportuno asseverar que o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio do voto do Relator Antônio Pereira Duarte, no julgamento liminar do Pedido de Providências n. 1.00717/2016-53<sup>35</sup>, assevera que:

(...) há espaço para atuações integradas ou conjuntas dos quatro ramos do MPU entre si, bem como de qualquer dos Ministérios Públicos estaduais com os ramos do MPU,

---

dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1993b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>35</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Pedido de Providências n. 1.00717/2016-53**. Relator: Cons. Antônio Pereira Duarte, 2017a. Disponível em: <https://elo.cnmp.mp.br/pages/consulta.seam?tipoProcesso=1&numSeq=00717&numAno=2016&numDv=53&nmInt=&tp=T#>. Acesso em: 20 dez. 2020.

mas não se pode, pena de se vulnerar o princípio federativo, desenvolver atuações unilaterais em espaços legalmente definidos como de atribuição de determinado MP, aqui antevisto como promotor natural.

O fato constitucionalmente imposto é de que, pela existência de interesse da União, quando houver obrigação de prestar contas a órgão federal, o Juízo competente, conforme já tratado no capítulo anterior, é o federal. Assim, seria possível a atuação do Ministério Público Estadual na Justiça Federal, como consequente da relação jurídica de direito material sobre a qual incidem as normas constitucionais e infraconstitucionais. Esse fato, inclusive, não é estranho à doutrina, uma vez que Mazzili<sup>36</sup> já leciona ser possível tal atuação, uma vez que não desnatura o princípio federativo que a lei expressamente confira ao Ministério Público Estadual, por exemplo, algumas funções perante a Justiça Federal.

Ainda mais interessante é a decisão do Supremo Tribunal Federal, em Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 985.392/RS<sup>37</sup>, que define terem os Ministérios Públicos Estaduais e o do Distrito Federal legitimidade para propor e atuar em recursos e meios de impugnação de decisões judiciais em trâmite no STF e no STJ, oriundos de processos de sua atribuição, sem prejuízo da atuação do Ministério Público Federal.

Indaga-se se o inverso seria possível, isto é, se o Ministério Público Federal, nos casos de *atribuição comum para investigar*, poderia atuar perante a Justiça Comum Estadual. A resposta é negativa porque diferente da atribuição para investigar, o constituinte fixou a competência da Justiça Federal Comum para o processamento de ações penais em que se observe o interesse jurídico da União, entendimento corroborado pela Súmula 122 do STJ<sup>38</sup> que enuncia “competir à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal.” Assim, como o MPF atua, no criminal, em razão da existência de interesse jurídico da União, parece pouco provável poder ele atuar na Justiça Estadual Comum.

Entretanto, vale a pena lembrar que existem algumas exceções. O Parágrafo Único do Art. 37 da Lei Complementar n. 75/1993 confere legitimidade ao MPF para interpor recurso extraordinário contra as decisões nas representações de inconstitucionalidade julgadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados, mas essa legitimidade não se estende aos casos pesquisados neste trabalho. Da mesma forma, o inciso II do mesmo artigo 37, determina que o MPF atuará nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e

<sup>36</sup> MAZZILI, 2007.

<sup>37</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 985392 RG / RS – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. Relator: Min. GILMAR MENDES, Brasília/DF, 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral9402/false>. Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>38</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1994.

das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e de direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagísticos, desde que integrantes do patrimônio nacional.

Com exceção das causas que envolvam direitos e interesses de índios e das populações indígenas, que eventualmente podem não estar inseridos na hipótese do inciso XI do Art. 109 da CF/88, as causas criminais em que bens, serviços ou interesse da União – a exemplo do meio ambiente, de bens e de direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagísticos, desde que integrantes do patrimônio nacional – são afetados, por mandamento constitucional, processam-se na Justiça Federal. Nesse sentido, inclusive colhe-se o fundamento utilizado pelo Conselheiro Erick Venâncio Lima do Nascimento ao conceder liminar no RPA n. 1.00264/2018-18<sup>39</sup>, ao declarar que:

(...) a atuação do Ministério Público Federal está circunscrita à competência da Justiça Federal, a ser observada pela leitura do art. 109 da Constituição Federal. Todos os demais interesses sociais e individuais indisponíveis, não relacionados com as pessoas mencionadas no art. 109, são atribuições do Ministério Público Estadual.

Além do mais, como já destacado acima, quando se tratam de competências administrativas *exclusivas* da União, residuais dos Estados ou de interesse local dos Municípios não se revela presente a possibilidade de concorrência de legitimidade para investigar e, por isso, não é possível que o Ministério Público Federal atue na Justiça Comum Estadual. Diferentemente, com o Ministério Público Estadual essa vedação não acontece podendo ele atuar na Justiça Comum Estadual para os casos de competência residual e também na Justiça Comum Federal para os casos de *competência comum* em que haja legitimidade concorrente de órgãos ou entidades públicas federais, estaduais e/ou municipais.

Portanto, à conclusão que se chega é de que na hipótese de crime de apropriação ou desvio de dinheiro público, mesmo que de origem federal, misturado em conta corrente pública municipal pode ser investigado pelo Ministério Público Estadual, ainda que presente interesse jurídico da União na prestação de contas do referido dinheiro capaz de atrair o julgamento judicial da causa para a Justiça Comum Federal – de primeiro ou segundo grau –, na qual poderá atuar o Ministério Público Estadual sozinho ou em conjunto com o Ministério Público Federal. A existência do interesse jurídico da União, além de atrair a competência judicial para a esfera federal, gera a legitimidade comum dos Ministérios Públicos Estadual e Federal para investigar o crime, uma vez que a vítima direta do crime em questão é o Município e apenas indiretamente a União.

---

<sup>39</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **RPA n. 1.00264/2018-18**. Relator: Cons. Erick Venâncio Lima do Nascimento, Brasília/DF, 2018. Disponível em: <https://elo.cnmp.mp.br/pages/consulta.seam?isJurisprudencia=true&nomeInteressado=&digitoVerificador=18&ano=2017&arquivado=false&numeroSequencia=00264&cid=62863#>. Acesso em: 20 dez. 2020.

O último destaque que precisa ser feito aqui diz respeito ao primeiro e ao segundo graus destacado acima. Quando a conduta criminal foi a de desviar ou se apropriar de dinheiro público e esta for praticada pelo Prefeito, o tipo penal incidente é do Art. 1º, I, do Dec.-Lei n. 201/67 e, portanto, o crime é de responsabilidade. Nesse caso, porém, a competência do Juízo impacta na atribuição para investigar, pois mesmo sendo comum aos dois Ministérios Públicos Estadual e Federal, o grau de jurisdição reservado aos Prefeitos pela Constituição impõe um limite à investigação pelo promotor de justiça de primeira instância. Noutras palavras, se o crime de responsabilidade, supostamente praticado pelo Prefeito a partir da apropriação ou do desvio de dinheiro público de origens distintas misturados numa conta corrente pública municipal, pode ser investigado tanto pelo MPE quanto pelo MPF ou mesmo pelos dois em conjunto, porém apenas pelos órgãos que possuem acento e atuação nos Tribunais de Justiça ou Regional Federal.

Não se pode olvidar, apesar de não ser esse o escopo deste estudo, que a investigação criminal do Ministério Público, como consequência do seu poder investigatório, sofre várias modificações por ocasião dos julgamentos de várias ADIs n. 3.318, 2.943, 3.309, 3.337, 3.329 e 5.793 no Supremo Tribunal Federal, ainda que esse poder seja confirmado, vários aspectos procedimentais são modificados e devem ser observados na formalização das investigações de que trata o objeto deste trabalho.

## CONCLUSÃO

A questão de pesquisa definida neste trabalho é sobre a atribuição do Ministério Público Estadual para investigar crimes que envolvem o desvio ou a apropriação de recursos públicos de origens federal e estadual ou municipal misturados em conta corrente municipal. Assim, como o crime de desvio ou apropriação de dinheiro público é um fenômeno cada vez mais comum na realidade dos 5.570 Municípios do Brasil, o enfrentamento deste problema tem importantes reflexos no país.

O uso do sistema financeiro, em especial as instituições bancárias, para a guarda e a movimentação dos valores monetários das entidades públicas, a investigação desse tipo de crime ganhou novas formas de prática. Atualmente, é comum encontrar esse tipo de crime a partir da transferência de dinheiro público entre contas correntes ou mesmo de saques dessas contas correntes. A mescla de dinheiros de origens diversas, surgem as questões enfrentadas neste trabalho, pois é comum que a União repasse valores para os Municípios, seja em consequência de repasses compulsórios previstos na Constituição ou seja por meio de atos bilaterais (convênios), de sorte que a antiga divisão sobre qual dinheiro era de origem federal ou não já não tem mais a mesma clareza de antes. Por essa razão, é necessário compreender a real natureza jurídica do objeto do crime de apropriação ou desvio de dinheiro público.

Mais importante do que entender a natureza jurídica do dinheiro público é compreender os reflexos dessa natureza quando acontecem a mistura dos dinheiros, de origens diversas, numa conta corrente pública municipal para a definição das vítimas desse tipo de crime, pois apenas a partir desses conceitos é possível enxergar com clareza o órgão judicial competente para o processamento e o julgamento desses delitos e, principalmente, a atribuição do Ministério Público Estadual para investigar esses tipos de crimes.

O dinheiro público objeto dos crimes de peculato ou de responsabilidade nas modalidades apropriação, mesmo de origem federal diversa dos repasses constitucionais obrigatórios, misturados numa conta corrente pública municipal, sujeita a controle estadual, é integrante do patrimônio público municipal e, portanto, totalmente pertencente ao Município, subsistindo, porém, o interesse jurídico da União quando houver a obrigatoriedade de prestação de contas da execução desse dinheiro pelo Município a órgão da Administração Federal e tal fenômeno faz surgirem duas vítimas nesse tipo de crime: o Município, vítima direta do crime; e a União, vítima indireta.

Quando se entende que o dinheiro público, mesmo que transferido por meio de convênio, incorpora ao patrimônio do Município pela natureza jurídica do dinheiro de bem móvel, cuja propriedade se transfere a partir de ato voluntário e tradição, assimila-se que a súmula 208 do STJ apenas enuncia que será da competência da Justiça Federal os crimes de malversação de dinheiro público quando houver dever de prestação de contas a órgãos federais.

Assim, como o crime é praticado em detrimento interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, nos termos do Art. 109, IV, da CF será competente para o processamento e julgamento da ação penal a Justiça Comum Federal. Devido, porém, ao Art. 29, X, da CF os prefeitos serão julgados perante os tribunais pelos crimes praticados. Assim, acaso o crime estudado tenha sido praticado pelo Prefeito, o Juízo competente será o Tribunal Regional Federal da região correspondente. Nos demais casos, a competência judicial permanecerá na Justiça Federal Comum de primeiro grau.

Apesar de a competência judicial estar firmada na Justiça Federal Comum, de primeiro ou segundo grau, a atribuição para investigar esses crimes é extrajudicial e administrativa e, porque envolvem recursos de origem federal diversa dos repasses constitucionais obrigatórios, misturados numa conta corrente pública municipal sujeita à fiscalização estadual, não se define a partir da jurisdição. Descobrir o Juízo competente é relativamente simples, pois as regras que o definem estão explícitas na Constituição Federal. Todavia, há muito já está superada a ideia de que a atribuição administrativa de investigar (extrajudicial) está atrelada à competência judicial. O Ministério Público, apesar de atuar junto aos Juízos, não se limita ou se define a partir deles, em que pese o CNMP tenha editado recomendação que segue na contramão deste postulado.



A atribuição para investigar é administrativa e, por conseguinte, está definida por outros diplomas legais também. A atuação extrajudicial do Ministério Público Estadual, a partir da Lei n. 8.625/93, é justificada sempre que houver interesse de entidade ou órgão estadual ou municipal. Da mesma forma, em conformidade com a Lei Complementar n. 75/93, o Ministério Público Federal deve atuar quando o interesse jurídico envolver órgão ou entidade federal. Essas regras convivem bem quando se pensa nas competências administrativas constitucionais exclusivas, residuais ou de interesse local.

Todavia, quando são elas referentes a competências comuns, elas aparentemente conflitam. E como o caso do crime de apropriação ou desvio de dinheiro público se amolda à competência comum prevista no Art. 23, I, da CF, conclui-se que é perfeitamente possível e admissível que o Ministério Público Estadual investigue esses crimes, podendo, inclusive ajuizar ações cautelares probatórias preparatórias, em razão de medidas submetidas à reserva de jurisdição, e oferecer eventual ação penal, mesmo que esta seja uma hipótese incomum de possibilidade de atuação do Ministério Público Estadual na Justiça Federal Comum.

Verdade que como a competência administrativa é comum, nada impede que o Ministério Público Estadual ou o Federal investigue esses crimes sozinhos, mas é extremamente recomendado que ambos atuem em conjunto na Justiça Federal Comum. Por fim, vale assentar que essa atuação conjunta dos MPE e MPF somente é possível na Justiça Federal, pois a competência da Justiça Comum Estadual é residual e para ela prevalecer não pode haver interesse de órgão público federal e, se não houver interesse de órgão ou entidade federal não há atribuição do Ministério Público Federal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Pedido de Providências n. 1.00717/2016-53**. Ministério Público Federal. Conflito de atribuições. Ofensa a autonomia funcional do Ministério Público do Estado de São Paulo. Controle externo da atividade policial. Manifestações populares em vias públicas. Pedido de liminar. Relator: Cons. Antônio Pereira Duarte, 2017a. Disponível em: <https://elo.cnmp.mp.br/pages/consulta.seam?tipoProcesso=1&numSeq=00717&numAno=2016&numDv=53&nmInt=&tp=T#>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação conjunta PRESI-CN n. 2, de 18 de junho de 2020**. Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas. Brasília/DF: CNMP, 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução CNMP n. 181, de 07 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília/DF: CNMP, 2017b. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **RPA n. 1.00264/2018-18**. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Procuradoria-Geral da República. Preservação da autonomia. Assassinato de vereadora. Federalização das investigações. Procedimento Preparatório de Incidente de Deslocamento de Competência n. 1.00.000.005024/2018-37. Alegação de ingerência. Promotor Natural. Pedido de liminar. Relator: Cons. Erick Venâncio Lima do Nascimento, Brasília/DF, 2018. Disponível em: <https://elo.cncmp.mp.br/pages/consulta.seam?isJurisprudencia=true&nomeInteressado=&digitoVerificador=18&ano=2017&arquivado=false&numeroSequencia=00264&cid=62863#>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n. 122**. Compete a justiça federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do código de processo penal. Relator: S3 – Terceira Seção, Brasília/DF, 1994. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCOhttps://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n. 208**. Compete a justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal. Relator: S3 – Terceira Seção, Brasília/DF, 1998a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=s%FAmula+208&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n. 209**. Compete a justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal. Relator: S3 – Terceira Seção, Brasília/DF, 1998b. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=209&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AP 937 QO / RJ - QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL**. Ementa: Direito Constitucional e Processual Penal. Questão de Ordem em Ação Penal. Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Estabelecimento de marco temporal de fixação de competência. I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa 1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício. [...] Relator: Min. Roberto Barroso, Brasília/DF, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur396594/false>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Emb. Decl. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 669.952-BA**. EMENTA Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Efeitos infringentes. Processual. Malversação de verbas federais recebidas mediante convênio com a FUNASA. Artigo 109, inciso I, da CF. Presença do MPF em um dos polos. Competência da Justiça Federal. Recurso aclaratório acolhido com efeitos infringentes. [...] Relator: Min. DIAS TOFFOLI, 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur360932/false>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 985392 RG / RS – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. Recurso extraordinário. 2. Repercussão Geral. Reconhecimento. Reafirmação da jurisprudência dominante. 3. Constitucional. Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Legitimidade para postular perante o STF e o STJ. 4. Preliminares. Argumentos do Ministério Público Estadual não considerados pelo STJ, e embargos de declaração não conhecidos. [...] Relator: Min. GILMAR MENDES, Brasília/DF, 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral9402/false>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão n. 3902/2016**. Compete ao TCU fiscalizar recursos do Sistema Único de Saúde repassados aos entes federados na modalidade de transferência fundo a fundo, ainda que incorporados ao patrimônio do ente, uma vez que constituem recursos originários da União e, portanto, sujeitam-se à fiscalização do Tribunal. (Acórdão 3902/2016 – Primeira Câmara, Data da sessão 14/06/2016, Área Competência do TCU, Tema SUS, Subtema Fundo Nacional de Saúde, Outros indexadores Transferência de recursos, Ente da Federação, Tipo do processo TOMADA DE CONTAS ESPECIAL). Relator: BENJAMIN ZYMLER, 2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1737795%22>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão n. 6828/2017**. Compete ao TCU fiscalizar recursos do SUS repassados aos entes federados na modalidade de transferência fundo a fundo, sendo irrelevante se tratar de transferência legal e não de transferência voluntária. (Acórdão 6828/2017 – Primeira Câmara, Data da sessão 08/08/2017, Área Competência do TCU, Tema SUS, Subtema Fundo Nacional de Saúde, Outros indexadores Transferência de recursos, Ente da Federação, Tipo do processo TOMADA DE CONTAS ESPECIAL). Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES, 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2260119%22>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Anteprojeto Novo Código de Processo Penal – Projeto de Lei 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: [https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010). Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm). Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1993a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1993b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 14.113, de 25 de dezembro de 2020**. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de que trata o art. 212-A da Constituição Federal; revoga dispositivos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007; e dá outras providências. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://www>.

planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14113.htm. Acesso em: 18 nov. 2024.

COSTA, Luciana Pereira. **Disciplina Jurídica do Câmbio e Política Pública**. 2009. Tese – USP, São Paulo, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites Do Controle Externo Da Administração Pública : Ainda É Possível Falar Em Discricionariiedade Administrativa ? **Revista eletrônica de direito do estado**, Belo Horizonte, v. 37, n. 1981-187x, p. 1–14, 2014.

DIAS, Eduardo Rocha; ALVES DE OLIVEIRA, Othoniel. FUNDEF e repasses tardios aos municípios decorrentes de decisão judicial. A questão da vinculação constitucional. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 119–152, 2019. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1035>. Acesso em: 25 ago. 2020.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Tradução: Raquel Ramallete. 27. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. I

MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistêmica do direito**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 1999.

PORTUGAL. **Lei n. 49, de 27 de agosto de 2008**. Aprova a Lei de Organização da Investigação Criminal. [S. l.: s. n.], 2008. Disponível em: <http://data.dre.pt/eli/lei/49/2008/08/27/p/dre/pt/html>. Acesso em: 15 dez. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. I

VP/AD. Relator determina inclusão de Temer em inquérito que investiga ministros Eliseu Padilha e Moreira Franco. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília/DF, 2 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371171>. Acesso em: 15 jan. 2021.

# A NOVA REDAÇÃO DO ART. 40-A DA LEI MARIA DA PENHA E SUA APLICAÇÃO PARA O SUJEITO ATIVO MULHER

*Mariana Seifert Bazzo<sup>1</sup>  
Mariana Dias Mariano<sup>2</sup>*

## RESUMO

O presente artigo procura enfatizar a importância da modificação legislativa exposta pela nova Lei nº 14.550, publicada no mês de abril de 2023, que inseriu o art. 40-A na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), bem como delimitar possíveis razões para que determinados casos envolvendo violência entre mulheres (sujeito ativo e passivo) não sejam enquadrados como violência de gênero e não recebam, portanto, a aplicação da legislação especializada.

**Palavras-chave:** Violência praticada por mulher, violência contra mulher, violência de gênero, aplicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.550, publicada no mês de abril de 2023, inseriu o art. 40-A na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), com o seguinte teor:

Art. 40-A. Esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no art. 5º, independentemente da causa ou motivação dos atos de violência, ou da condição do ofensor ou da ofendida.

Tal alteração normativa retoma o campo de aplicação dos dispositivos e institutos da LMP a partir da já conhecida redação de seu art. 5º:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em “Estudos sobre Mulheres – Gênero, Cidadania e Desenvolvimento” pela Universidade Aberta de Portugal (2018). Pós-graduada em Justiça Europeia dos Direitos do Homem pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (2008). Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná (2004). Autora de diversos artigos relacionados ao tema da violência contra a mulher e direitos humanos e dos livros “Crimes contra Mulheres: Lei Maria da Penha, Crimes Sexuais, Feminicídio e Violência Política de Gênero” (Juspodivm 2023) e “Crimes contra Crianças e Adolescentes” (Juspodivm 2024) e “Manual de Direito Eleitoral e Gênero” (Juspodivm 2023).

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela PUC/PR. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná e Diretora de Mulheres da Associação Paranaense do Ministério Público. Autora de artigos relacionados ao tema da violência contra a mulher e direitos humanos e do livro “Litígios Estruturais e Participação Social: a aplicação do princípio democrático pelo sistema de justiça” (Thoth, 2024).

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Em síntese, de acordo com a doutrina e a jurisprudência elaboradas desde a publicação da Lei que se apresenta como ação afirmativa para proteção de direitos humanos de mulheres, no ano de 2006, é sabido que a chamada *Lei Maria da Penha* se aplica em casos de violência praticada contra mulher por homem com quem a vítima possua relação de parentesco, habitação ou afeto (relação amorosa presente ou pretérita).

Mas, como o artigo 5º traz a expressão “*ação ou omissão baseada no gênero*”, duas interpretações jurisprudenciais e correntes doutrinárias se contrapuseram nos últimos anos:

1. a que propõe, no caso concreto, a verificação acerca da motivação de gênero quando da ocorrência da violência e;
2. a que desconsidera o caso concreto e entende que qualquer ato de violência doméstica ou familiar contra uma mulher por pessoa com quem essa possua relação de afeto/parentesco é, de forma geral e abstrata, um tipo de violência baseada no gênero. Tal interpretação se fundamenta na noção objetiva de que há um fator sociocultural e histórico de assimetria de gênero entre homens e mulheres, estruturante das relações sociais no espaço público e privado e que, estatisticamente, evidencia, por anteriores dados do Sistema de Saúde e por dados atuais da Segurança Pública, que a violência contra mulher praticada por essas pessoas e nesse espaço é a maior causa de mortes violentas de mulheres em todo o mundo<sup>3</sup>.

Aparentemente, a nova redação do art. 40-A encerra essa discussão, tornando prevalente e indiscutível o segundo entendimento para se decidir se, no caso concreto, deve ou não ser aplicada a Lei Maria da Penha. Como consequência prática, define-se que tais processos serão encaminhados e tramitarão nos Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e não pelas Varas Criminais Comuns ou Juizados Especiais Criminais.

Contudo, ainda permanecem entendimentos variados acerca da presunção absoluta ou relativa de gênero, para justificar a incidência da Lei nº 11.340/2006 nas situações de violência doméstica contra a mulher, descritas em seu art. 5º. As controvérsias se tornam mais complexas quando se indaga se referida Lei deve incidir na violência doméstica contra mulher praticada por outra mulher, e, se positiva a conclusão, se a Lei pretende impor presunção absoluta ou relativa de violência de gênero em tais casos.

---

<sup>3</sup> Só no Brasil, ainda no ano de 2021, em média, uma mulher foi vítima de feminicídio a cada 7 horas – dados do FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>, acesso em 07/07/23.

O presente artigo pretende refletir acerca da existência ou não de presunção de violência de gênero na violência doméstica contra a mulher, e na possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha, e existência de presunção absoluta de violência de gênero, quando a violência é praticada por mulher contra mulher no contexto do art. 5º da referida lei.

## **2 A PRESUNÇÃO RELATIVA OU ABSOLUTA DE GÊNERO NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER**

A despeito da inovação trazida pela Lei nº 14.500/2023, alguns (as) autores (as) ainda defendem a interpretação restritiva, no sentido de que a presunção de violência de gênero no âmbito doméstico deve ser relativizada e afastada quando não estiver evidente.

Esse é o posicionamento de SCARANCA FERNANDES e SANCHES CUNHA<sup>4</sup>, para os quais a nova redação do art. 40-A não se aplica em qualquer situação de violência doméstica. Para eles (as), a presunção relativa pode ensejar uma aplicação intransigente da norma, ignorando infrações penais que eventualmente ocorram em contexto doméstico e que não sejam direcionadas de forma direta à mulher. Tal situação levaria ao desvirtuamento *do espírito de proteção da mulher*, sobrecarregando os Juizados de Violência Doméstica com processos comuns, o que comprometeria a necessária agilidade para deferir medidas e outras providências, na prevenção de feminicídios. Em suas palavras:

Para reforçar nossa posição, citamos alguns casos – reais – antes submetidos a um Juízo Comum e que seriam encaminhados ao Juizado de Violência Doméstica, caso adotado o entendimento da presunção absoluta: a filha, mediante fraude, simula um sequestro para que seja pago resgate por seus genitores; traficante guarda drogas em sua residência e intimida todos os familiares (homens e mulheres) para que não o denunciem; integrante de organização criminosa especializada em lavagem de dinheiro usa o nome de empregada doméstica para ocultar bens sem que ela saiba. Nesses casos, o gênero da genitora, das familiares mulheres e da funcionária não foram determinantes. (...)

Em sentido contrário, ÁVILA e BIANCHINI<sup>5</sup>, que participaram da redação e aperfeiçoamento do anteprojeto da Lei nº 14.550/2023, entendem que, sempre que houver a prática de violência contra a mulher em um contexto de coabitação, relação íntima de afeto ou familiar, haverá a incidência da Lei Maria da Penha. Tais autores argumentam que a nova Lei, aprovada

<sup>4</sup> FERNANDES, Valéria; CUNHA, Rogério. Lei 14.550/2023: Altera a Lei Maria da Penha para garantir maior proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-14-550-2023-altera-a-lei-maria-da-penha-para-garantir-maior-protexcao-da-mulher-vitima-de-violencia-domestica-e-familiar/>. Acesso em 07/07/2023.

<sup>5</sup> ÁVILA, Thiago; BIANCHINI, Alice. Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protexcao-as-mulheres/>. Acesso em 07/07/2023.

em abril de 2023, encontra-se alinhada aos propósitos da Lei, ampliando a proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Aduzem que tal interpretação é a que se encontra em consonância com o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*, o qual destaca a existência de diferentes características atribuídas culturalmente a homens e mulheres, com cargas valorativas distintas, sendo que as de menor valor são reservadas às mulheres. Conforme o *Protocolo*, em um cenário formatado para a perpetuação da hierarquia estrutural decorrente da relação de poder construída entre os gêneros, a violência doméstica seria uma das formas em que referida assimetria e relação de poder culturalmente estabelecida se manifesta.

De fato, apesar de respeitáveis opiniões diversas, entende-se que se a própria Lei, agora, menciona que a motivação ou causa da violência praticada pelo ofensor é irrelevante para a aplicação da Lei, desde que presentes as condições do art. 5º da Lei nº 11.340/2006, não se vislumbra a possibilidade de questionar a existência de violência de gênero, quando praticada por um **homem** contra uma **mulher**, pois isso significa apenas a correta interpretação da lei, de acordo com sua finalidade desde o ano de 2006, quando entrou em vigor.

Ora, a violência contra a mulher se trata de um problema estrutural, originado de uma construção histórico-cultural que, de maneira extremamente violenta, incutiu socialmente a ideia da **supremacia do homem sobre a mulher**. Especialmente com o fim da Idade Média, o espaço da mulher foi restringido ao ambiente doméstico, para atividades não remuneradas ou pouco valorizadas socialmente, vinculadas a satisfazer as necessidades e determinações masculinas, especialmente no espaço do lar. A situação é bem ilustrada por FREDERICI<sup>6</sup>, ao apontar a perda de espaço das mulheres em todas as áreas da vida social, entre os séculos XVI e XVIII:

Aqui, nesse período, é possível observar uma constante erosão dos direitos das mulheres. Um dos direitos mais importantes que as mulheres perderam foi o de realizar atividades econômicas por conta própria, como *femmes soles*. Na França, perderam o direito de fazer contratos ou de representar a si mesmas nos tribunais, tendo sido declaradas legalmente como “imbecis”. Na Itália, começaram a aparecer com menos frequência nos tribunais para denunciar abusos perpetrados contra elas. Na Alemanha, quando uma mulher de classe média tornava-se viúva, passou a ser comum a designação de um tutor para administrar seus negócios. (...) Em suma, além da desvalorização econômica e social, as mulheres experimentaram um processo de infantilização.

Ao mesmo tempo, foram-se criando padrões de comportamento que afastaram as mulheres das ruas e dos espaços de convivência comunitários, com a perseguição daquelas que insistiam em fazê-lo – seja por meio da humilhação e criação de estereótipos e lendas, seja até mesmo com a violação de seus corpos, sem consequência para os agressores, e a criminalização de seus

---

<sup>6</sup> FREDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017. p. 199-200.



comportamentos, que resultaram em penas corporais e até mesmo nas mortes levadas a cabo com as caças às bruxas.

O afastamento das mulheres dos espaços públicos, e a proibição do exercício de inúmeros ofícios – relacionados à medicina, ao mercado, ao artesanato, etc. – sedimentaram a desigualdade de poder entre homens e mulheres, e a desvalorização do gênero feminino que hoje se observa. Isso resultou na desigualdade de acesso a oportunidades de trabalho, e na própria violência de gênero, retratada nas estatísticas policiais ainda atuais já citadas.

Sendo assim, é praticamente impossível que a violência praticada por um homem contra uma mulher no âmbito das relações domésticas não esteja contaminada, em algum momento, pela desigualdade de gênero. Qualquer que seja o gatilho de referida violência, ela representa risco agravado para a vítima mulher, que historicamente se viu obrigada a se submeter ao homem, comportar-se de maneira predeterminada socialmente (sob pena de ser humilhada e culpabilizada pela violência que sofre), viver, muitas vezes, sob sua dependência econômica, e sofrer calada as mais cruéis violações físicas, psicológicas e sexuais no âmbito doméstico.

Tal fato, aliado ao espírito protetivo da Lei nº 11.340/2006, e à redação trazida pelo seu art. 40-A, inserido pela Lei 14.550/2023, afasta qualquer possibilidade de relativizar a presunção de violência de gênero, **nos crimes praticados por homens contra mulheres no âmbito doméstico** – razão pela qual temos como acertada a citada posição defendida por ÁVILA e BIANCHINI.

A exclusão que se fazia, anteriormente à nova Lei 14.550/2023, de casos concretos em que mulheres eram vítimas de violência doméstica e familiar por homens com quem tinham relação de parentesco ou afeto, gerava enfraquecimento à Lei Maria da Penha, risco efetivo para essas mulheres em situação de violência e evidente injustiça. Situações graves de ameaças praticadas por irmãos contra irmãs (quando envolviam conflitos de ordem patrimonial), por exemplo, ou por filhos contra suas mães idosas, acabavam nos Juizados Especiais ou Varas Criminais comuns, sem a possibilidade de deferimento de medidas cautelares de urgência em favor das vítimas, e com a manutenção dos agressores nos locais de residência das ofendidas. A aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, não possui a mesma coercitividade das medidas protetivas aplicadas com fulcro na Lei Maria da Penha, cujo descumprimento pode ensejar a prisão do agressor e configura crime próprio, previsto no art. 24-A do mesmo diploma legal. Ademais, a rede de proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar, em que pese ainda exija aprimoramento, encontra-se mais bem estruturada e em condições de interferir precocemente na proteção da vítima, com chances de estancar a violência identificada. O encaminhamento da mulher vítima de violência doméstica para a Justiça não especializada, sem o necessário olhar de gênero, resulta, na grande

parte das vezes, na perpetuação e prolongamento das agressões, com o silenciamento da mulher que buscou a proteção judicial, pois essa foi insuficiente.

O que impõe a aplicação de uma lei que se apresenta como ação afirmativa em proteção de direitos humanos de mulheres não é exatamente sua vulnerabilidade, a ser investigada em determinado caso concreto, e sim uma verdadeira desigualdade de gênero estrutural e objetiva:

A homens e mulheres são atribuídas diferentes características, que têm significados e cargas valorativas distintas. O pouco valor que se atribui àquilo que associamos culturalmente ao “feminino” (esfera privada, passividade, trabalho de cuidado ou desvalorizado, emoção em detrimento da razão) em comparação com o “masculino” (esfera pública, atitude, agressividade, trabalho remunerado, racionalidade e neutralidade) é fruto da relação de poder entre os gêneros e tende a perpetuá-las. Isso significa dizer que, no mundo em que vivemos, desigualdades são fruto não do tratamento diferenciado entre indivíduos e grupos, mas, sim, da existência de hierarquias estruturais. A assimetria de poder se manifesta de diversas formas. Ela se concretiza, por exemplo, em relações interpessoais – a violência doméstica é uma forma de concretização dessa assimetria, bem como a violência sexual. Entretanto, por trás e para além de relações interpessoais desiguais, existe uma estrutura social hierárquica, que é o que molda, dentre outros, as relações interpessoais, os desenhos institucionais e o direito. (ÁVILA e BIANCHINI, ob. cit.)

Conforme destaca DUTRA<sup>7</sup>, no Superior Tribunal de Justiça, até o ano de 2022, prevalecia a posição de que a motivação de gênero, na violência praticada em contexto de violência doméstica, era relativa. Mas, em 2022, com o voto da Relatora Ministra Nancy Andrichi, sedimentou-se o entendimento no sentido da presunção absoluta da motivação de gênero. Em seu voto, a Ministra destaca que a demonstração específica da subjugação feminina é desnecessária para a aplicação do sistema protetivo da Lei Maria da Penha, *pois a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir*<sup>8</sup>. Tal decisão deu ensejo à revisão dos Enunciados nº 5 e 6 da edição nº 41 do *Jurisprudências em Teses do STJ*<sup>9</sup>, que passaram a afirmar que a hipossuficiência, vulnerabilidade ou fragilidade da mulher são presumidas nas violências contra elas praticadas nas circunstâncias do art. 5º da Lei nº 11.340/2006.

<sup>7</sup> DUTRA, Bruna Martins. Lei Maria da Penha: as alterações da Lei 14.550/23 com perspectiva de gênero. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/tribuna-defensoria-maria-penha-alteracoes-lei-14550-perspectiva-genero#:~:text=Trata%2Dse%20de%20importante%20altera%C3%A7%C3%A3o,de%20uma%20sociedade%20estruturalmente%20machista>. Acessado em 06/07/2023.

<sup>8</sup> AgRg na MPUMP n. 6/DF, Relatora Ministra Nancy Andrichi, j. 18/5/2022.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. n. 41. Brasília, 2015. ed. rev. atual. 2022. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2041%20-%20Violencia%20Domestica%20e%20Familiar%20Contra%20Mulher.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2041%20-%20Violencia%20Domestica%20e%20Familiar%20Contra%20Mulher.pdf). Acessado em 06/07/2023.

### 3 APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/2006 NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PRATICADA POR MULHER, E A PRESUNÇÃO RELATIVA DE GÊNERO

Estabelecida a **presunção absoluta da violência de gênero cometida por homem contra mulher** no contexto doméstico descrito no art. 5º da Lei nº 11.340/2006, cabe indagar sobre a aplicabilidade de referida Lei em situações de **violência doméstica praticada por mulheres contra mulheres**, e, caso aplicável a Lei em tais hipóteses, se é possível aferir presunção absoluta de motivação de gênero.

Primeiramente, insta registrar que o parágrafo único do artigo 5º é explícito ao mencionar que as relações pessoais que caracterizam a violência doméstica (coabitação, parentesco e relações íntimas de afeto) independem de orientação sexual. Destarte, fica evidente a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha em desfavor de agressoras mulheres, em uma relação homoafetiva entre mulheres, por exemplo.

Nesse sentido, Maria Berenice DIAS<sup>10</sup> registra que, para incidência da Lei Maria da Penha, o sujeito ativo pode ser tanto homem como mulher, desde que a violência tenha sido perpetrada no âmbito das relações domésticas. Assim, a autora menciona a possibilidade de incidência da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas, na violência praticada por companheira de quarto ou coabitante de república estudantil, por filha contra a mãe ou por patroa contra a empregada doméstica.

Esse é o entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, também registrado no Enunciado nº 03 da edição nº 41 do *Jurisprudências em Teses do STJ*<sup>11</sup>:

3) O sujeito passivo da violência doméstica objeto da Lei Maria da Penha é a mulher, já o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação.

Contudo, a evidente relação assimétrica entre um homem agressor e a vítima mulher, que leva à naturalização da violência quando uma mulher diverge ou não aceita a pseudo-autoridade masculina, nem sempre se encontra presente nos conflitos domésticos entre duas mulheres. Por isso, nesse caso, é imprescindível a análise da situação de violência a partir de uma perspectiva de gênero, sem a qual se incorrerá no risco de o próprio sistema de Justiça reproduzir estereóti-

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha** (livro eletrônico): A efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. **São Paulo**: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/77954081/v4/document/106932536/anchor/a-106932536>. Acessado em: 12/07/2023.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. n. 41. Brasília, 2015. ed. rev. atual. 2022. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2041%20-%20Violencia%20Domestica%20e%20Familiar%20Contra%20Mulher.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2041%20-%20Violencia%20Domestica%20e%20Familiar%20Contra%20Mulher.pdf). Acessado em 06/07/2023.

pos. Conforme destaca o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero<sup>12</sup>, de aplicabilidade obrigatória por força da Resolução nº 492/2023 CNJ, a atribuição social de papéis e características diversos a homens e mulheres, com diferentes valorações, resvala na perpetuação da desigualdade estrutural entre eles. Assim, as magistradas e magistrados devem estar atentas (os) para a existência de tais marcadores sociais, refutando-os e não os reproduzindo em suas atuações.

Apesar de se defender que, no caso de mulheres agressoras, não há uma presunção absoluta de violência de gênero, não há conclusão pela não aplicação da legislação mais protetiva. Os valores patriarcais construídos ao longo da História que se encontram arraigados socialmente podem ser reproduzidos por mulheres, inclusive em forma de violência contra outras mulheres. Nessas situações, é possível aferir a motivação de gênero na prática da violência, e, consequentemente, justifica-se a incidência do sistema protetivo contemplado pela Lei Maria da Penha.

Nessa linha, CAMPOS, MAINIERI e ALVES<sup>13</sup> analisam o Conflito de Competência nº 88.027 – MG (2007/0171806-1), em que o STJ afastou a aplicação da Lei Maria da Penha em agressão praticada por uma irmã contra a outra. Segundo consta, a acusada teria ido à porta da residência da vítima e, aos gritos, proferido ofensas contra sua honra, chamando-a de “prostituta” e “vagabunda”, e não merecedora de morar na ilha onde residiam. Apontam que, na decisão, o STJ teria se pautado sem o olhar de gênero, afirmando que a situação de tratava de “mera desavença entre mulheres com relacionamentos conturbados”, naturalizando a violência e negando proteção à vítima. As autoras propõem uma reescrita da decisão, posicionando-se pela aplicação do sistema protetivo da Lei Maria da Penha, já que as ofensas foram proferidas a partir de estereótipos construídos socialmente em desfavor da liberdade sexual e independência da mulher. Ainda, tais ofensas traduziam, segundo as autoras, um suposto poder de “mando”, exercido geralmente pelo homem, no que tange à possibilidade de permanência da irmã no local:

Assim, se uma mulher age na projeção do poder masculino patriarcal, pode-se falar em violência de gênero. É o que acontece no presente caso, na violência praticada pela irmã que, ao chamar M.S.O de “prostituta” e “vagabunda”, expressa-se por meio de palavras usadas por homens quando querem ofender mulheres. Ao fazer isso, a irmã está agindo como um representante masculino, exercendo controle sobre a sexualidade ao qualificá-la como “vagabunda”, afirmando que não poderia “viver na ilha” (questionando, portanto, seu pertencimento)<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> e <[www.enfam.jus.br](http://www.enfam.jus.br)>. Acesso em 14 dez. 2022.

<sup>13</sup> CAMPOS, Carmen Hein de; MAINIERI, Clarissa; ALVES, Juliana Azevedo de Oliveira. “Prostituta”, “Vagabunda”: de irmã para irmã é violência baseada no gênero?. In: SEVERI, Fabiana (organizadora). **Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira**. Ribeirão Preto: IEA/FDRP-USP, 2023. p. 371-393.

<sup>14</sup> CAMPOS, Carmen Hein de; MAINIERI, Clarissa; ALVES, Juliana Azevedo de Oliveira. “Prostituta”, “Vaga-

As mesmas reflexões devem ser buscadas nas violências praticadas, em contexto doméstico, por nora contra sogra, sogra contra nora, mãe contra filha e esposa contra esposa, entre outros casos. O que se tem é uma interpretação adequada àquela situação específica, ao contrário do contexto em que o agressor é do gênero masculino e, objetivamente, nos termos do novo art. 40-A, deve ser aplicada a Lei 11.240/2006 e encaminhado o processo para as Varas Especializadas.

No caso concreto de agressão entre mulheres, portanto, deve ser questionado: houve motivação de gênero? Os valores patriarcais construídos ao longo da História que se encontram arraigados socialmente foram reproduzidos por essa mulher agressora? Se a resposta for sim, aplica-se a Lei Maria da Penha e todos os institutos que melhor protegem a vítima, além de ser encaminhado o processo à Vara Especializada. Se a resposta for não, a violência doméstica em tela não pode ser coibida da mesma forma, devendo, portanto, o caso permanecer na Justiça Comum.

## CONCLUSÃO

O presente artigo tem como objetivo o alerta de que não é possível desprezar a razão de ser da própria ação afirmativa consubstanciada na Lei nº 11.340/2006, que é o de proteger de forma diferente as vítimas de violência originada por assimetria de gênero. Assim reza o art. 5º da LMP, especialmente após a modificação trazida pelo art. 40-A desse diploma. No caso de agressões praticadas por homens, essa presunção é absoluta pelas razões histórico-sociais objetivas já delineadas. No caso de agressões praticadas por mulher, deve-se verificar no caso concreto se houve reprodução dessa estrutura de desigualdade, se houve motivação de gênero (que não se confunde com o gatilho da violência, ou sua causa imediata), sendo, portanto, relativa a presunção de aplicação da lei especializada.

Compreender que toda e qualquer violência contra a mulher, no âmbito das relações domésticas descritas pelo art. 5º da LMP, é baseada em motivação de gênero, pode ensejar o enfraquecimento da norma e mesmo um tratamento desigual às próprias mulheres agressoras, que serão apenadas de forma mais severa, sem um fundamento que o justifique.

Se a violência praticada por homens contra mulheres em situação de violência doméstica decorre de relações assimétricas de poder, baseadas na crença naturalizada de dever de obediência e submissão, nem sempre tais relações estarão presentes nos conflitos entre mulheres.

---

bunda”: de irmã para irmã é violência baseada no gênero?. In: SEVERI, Fabiana (organizadora). **Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira**. Ribeirão Preto: IEA/FDRP-USP, 2023. p. 371-393.

Isso porque, ainda que a relação entre elas possa ser afetada por um desequilíbrio causado por estereótipos de gênero arraigados socialmente e assumidos por uma delas, essa presunção não é absoluta. Se a conduta de violência não se baseia no reforço dos papéis estigmatizantes relacionados à desigualdade de gênero, o âmbito de proteção legal deve se dar a partir das peculiaridades do caso concreto, evitando-se, com isso, que a Lei Maria da Penha se volte contra as próprias mulheres que busca proteger.

Conclui-se, portanto, que, quando se trata de agressora do gênero feminino, afasta-se a presunção de motivação de gênero absoluta descrita no art. 40-A, passando a ser necessário indagar e investigar a causa ou motivação dos atos de agressão. Apesar de a nova redação da lei trazer explicitamente que haverá sua aplicação *a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida* (grifo nosso), essa presunção jamais poderá ser absoluta quando se tratar de uma agressão praticada por uma mulher.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Thiago; BIANCHINI, Alice. Um interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protecao-as-mulheres/>. Acesso em 07/07/2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> e <[www.enfam.jus.br](http://www.enfam.jus.br)>. Acesso em 14 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. n. 41. Brasília, 2015. ed. rev. atual. 2022. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2041%20-%20Violencia%20Domestica%20e%20Familiar%20Contra%20Mulher.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2041%20-%20Violencia%20Domestica%20e%20Familiar%20Contra%20Mulher.pdf). Acessado em 06/07/2023.

CAMPOS, Carmen Hein de; MAINIERI, Clarissa; ALVES, Juliana Azevedo de Oliveira. “Prostituta”, “Vagabunda”: de irmã para irmã é violência baseada no gênero?. In: SEVERI, Fabiana (organizadora). Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira. Ribeirão Preto: IEA/FDRP-USP, 2023.

DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha (livro eletrônico): A efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/77954081/v4/document/106932536/anchor/a-106932536>. Acessado em: 12/07/2023.

DUTRA, Bruna Martins. Lei Maria da Penha: as alterações da Lei 14.550/23 com perspectiva de gênero. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/tribuna-defensoria-maria-penha-alteracoes-lei-14550-perspectiva-genero#:~:text=Trata%2Dse%20de%20importante%20altera%C3%A7%C3%A3o,de%20uma%20sociedade%20estruturalmente%20machista>. Acessado em 06/07/2023.

FERNANDES, Valéria; CUNHA, Rogério. Lei 14.550/2023: Altera a Lei Maria da Penha para garantir

maior proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-14-550-2023-altera-a-lei-maria-da-penha-para-garantir-maior-protecao-da-mulher-vitima-de-violencia-domestica-e-familiar/>. Acesso em 07/07/2023.

FREDERICI, Silvia. Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

# A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO COMO CONDIÇÃO NECESSÁRIA À CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO TRÁFICO PRIVILEGIADO

*Leonardo Augusto de Andrade Cezar dos Santos<sup>1</sup>  
Rodrigo Monteiro<sup>2</sup>*

## RESUMO

O acordo de não persecução penal é fruto da política criminal do consenso na seara punitiva. É um negócio jurídico em que as partes, Estado-Acusação, criminoso e, agora também a vítima, buscam solucionar demandas delitivas. Por conta das nuances legislativas, em total desprezo ao ditado pelo constituinte, o tráfico privilegiado passou a fazer parte do rol de crimes que são abrangidos pelo instituto do consenso. Nesse sentido, levando em consideração que o bem jurídico tutelado pela norma, nesse tipo de crime, é difuso, o dano causado pela conduta deve ser reparado. E, para tanto, essa reparação deve ser a partir do reconhecimento do dano moral coletivo a fim de que se tenha tutela efetiva do mal causado pelo crime. Em sendo passível de acordo, para haver uma tutela efetiva e uma obediência ao mandamento constitucional, a cláusula de reparação do dano nos acordos em crimes de tráfico privilegiado deve ser obrigatória.

**Palavras-chaves:** ANPP; Acordo de não persecução penal; tráfico privilegiado; dano moral coletivo.

## SUMÁRIO

Introdução; 1. O acordo de não persecução penal como ferramenta da justiça consensual; 2. Tráfico privilegiado e o acordo de não persecução penal; 3. Missão do direito penal e o bem jurídico lesado pelo tráfico de drogas; 4. Dano moral coletivo nos casos de tráfico privilegiado; 5. Reparação do dano moral no acordo de não persecução penal; **Conclusão**; Referências.

## INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, representa um avanço significativo na forma como o Direito Penal lida com infrações de menor potencial ofensivo, incluindo o tráfico de drogas em sua modalidade privilegiada. Esta inovação legislativa permite

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Espírito Santo; Doutor em Estado de Derecho y Gobernanza Global (Universidad de Salamanca, Espanha); Mestre em Corrupção e Estado de Direito; pesquisador visitante no Centro Judiciário Federal, em Washington D.C., EUA; Membro da Associação Internacional de Promotores de Justiça (International Association of Prosecutors) e do Grupo Nacional do Ministério Público. E-mail: leonardoaugustocezar@gmail.com.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo; Doutor em Estado de Derecho y Gobernanza Global (Universidad de Salamanca, Espanha); Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória – FDV); Especialista em Crime Organizado, Corrupção e Terrorismo (Universidad de Salamanca, Espanha); E-mail: rodrigomonteiro.es@gmail.com.



que, em determinadas circunstâncias, o Ministério Público possa propor a não persecução penal em troca de certas condições a serem cumpridas pelo acusado, evitando-se, assim, o desgaste do sistema judiciário com processos classificados como de menor relevância social, de modo a focar recursos em crimes de maior gravidade.

O tráfico privilegiado, figura penal prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), destina-se a agentes que preencham certos requisitos, como ser primário, de bons antecedentes, não integrar organização criminosa e não se dedicar a atividades criminosas. A aplicação do ANPP a esses casos, contudo, suscita debates acerca da adequação dessa medida à realidade do tráfico de drogas e sua eficácia enquanto política criminal, especialmente no que tange à reparação dos danos causados à sociedade.

Nesse contexto, emerge a discussão sobre a necessidade de fixação de dano moral coletivo como requisito para a celebração do ANPP no tráfico privilegiado, visando não apenas à punição do infrator em termos individuais e a prevenção a novos delitos, como também à reparação do tecido social afetado pela criminalidade.

Tal medida se insere em um debate mais amplo sobre a função da pena e da justiça restaurativa, propondo um olhar que transcende a mera retribuição para abraçar a reparação e a prevenção como pilares de uma política criminal eficaz.

Este artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal no contexto do tráfico privilegiado, discutindo a pertinência e os possíveis efeitos da exigência de fixação de dano moral coletivo como condição para sua celebração. Para tanto, será feita uma revisão da legislação pertinente, da doutrina e da jurisprudência, buscando-se compreender as nuances dessa temática e suas implicações para a política criminal brasileira.

## **1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA DA JUSTIÇA CONSENSUAL**

O Estado é monopolizador da violência legítima. Esse pensamento do sociólogo Max Weber<sup>3</sup> nos traz a essência do que seja a jurisdição, uma vez que apenas os órgãos estatais podem utilizar da coação como instrumento de sua vontade, seguindo os rigorosos requisitos da lei, por isso a sua legitimidade.

Para a pacificação de conflitos, a jurisdição é um dos grandes instrumentos utilizados pelo Estado. A justiça, principalmente na seara penal, tem um traço historicamente conflitivo, em

---

<sup>3</sup> WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Editora Cultrix, 2011, Edição do Kindle, posição 817 de 2103.

que as demandas penais debatidas no processo, com produção de provas, debates, decisão judicial e imposição forçada de pena, em caso de condenação<sup>4</sup>.

No entanto, em tempos recentes, há uma tendência a trazer para resolução de conflitos penais o consenso. E isso não significa uma total mudança do modo em solucionar demandas penais, uma vez que a ideia, pelo menos até o presente momento, é que haja uma coexistência e complementação entre os dois modelos<sup>5</sup>.

Nesse sentido, há a participação das duas partes da demanda, tanto o Estado-acusação como o autor do delito, para que juntos cheguem a resolução do crime. Também é dada atenção à vítima, uma vez que existe a preocupação em reparar o dano sofrido.

No Brasil, desde a década de 1990, temos uma expansão da justiça consensual para as demandas penais. Da Lei 9.099/95, houve a previsão da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo. De igual modo, passamos a tratar da colaboração premiada nas Leis 9.807/99 e 12.850/13.

O mais recente avanço da justiça consensual para demandas criminais foi o acordo de não persecução penal, que foi estabelecido pelo artigo 28-A, do Código de

Processo Penal<sup>6</sup>, após redação dada pela Lei de nº 13.964/19, que para nós interessa o *caput*, e os parágrafos 1º e 2º, nos seguintes termos:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;
- cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público,

<sup>4</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. 2ª ed. rev. atual e ampl., Salvador: Juspodivm, 2022, p. 57.

<sup>5</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. O Processo Penal Português: problemas e perspectivas. In: MONTE, Mário Ferreira (org). **Que futuro para o processo penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 816.

<sup>6</sup> BRASIL. **Decreto-Lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 22 out. 2024.

desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

- se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;
- se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;
- ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e
- nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Da análise minuciosa da norma acima citada, observa-se que, por política criminal, foi dado ao Ministério Público a possibilidade de utilizar de estratégias na atuação criminal para os crimes de média gravidade. Esta política teve o escopo de economizar força de trabalho, com investimentos em solução de conflitos mais importantes para sociedade e suavizar a morosidade processual<sup>7</sup>.

Assim, pode o membro do Ministério Público, ao atuar na seara criminal e de acordo com os requisitos da lei, estabelecer critérios de atuação de acordo com a comarca onde trabalha, o tempo médio dos processos que atua, a repercussão social do crime, dentre outras variáveis que só podem ser avaliadas por quem conhece o cotidiano da localidade.

## 2 TRÁFICO PRIVILEGIADO E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O tráfico de drogas é um dos mais nocivos crimes previstos na legislação penal. É perceptível como o tráfico de drogas prejudica o desenvolvimento da sociedade, uma vez que além da violência inerente ao comércio ilegal de drogas, ainda temos o fortalecimento das organizações criminosas e do tráfico de armas.

Os recursos financeiros e o poder fático, inclusive territorial, de traficantes de drogas chegam a ser superiores aos do Estado constituído. Em alguns países, eles controlam partidos políticos, meios de comunicação, implementam políticas sociais, abrangendo áreas que os órgãos estatais não alcançam ou são omissos<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. **Acordos de não persecução penal e cível**. Leme: Mizuno, 2021, p. 21.

<sup>8</sup> NAÍM, Moisés. **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, p. 13.

Não foi à toa que o legislador constituinte deu especial atenção a esse tipo de crime. Pode-se perceber isso pela quantidade de passagens na Carta Maior que se referem ao tráfico e todas de cunho bastante severo<sup>9</sup>.

Além disso, da análise dos debates da Assembleia Constituinte, extrai-se o tamanho da repulsa que se tinha ao tráfico de drogas. No seu pronunciamento, constante nos anais da constituinte, o deputado Costa Ferreira chegou a defender que a liberação das drogas seria um atentado contra a segurança nacional<sup>10</sup>. E parece que o constituinte estava prevendo a evolução da política criminal do combate às drogas e suas consequências para a sobrevivência da sociedade.

Esse discurso não ficou isolado ou desprezado pelos demais constituintes. Não foi apenas um desabafo da minoria. Esse tipo de crime foi citado em diversas passagens do texto constitucional e, sem dúvidas, é possível afirmar que o tráfico de drogas é vetor de outros crimes extretamente graves: furtos, roubos, extorsões e, sobretudo, homicídios.

Em relação à segurança pública, há previsão da atuação da Polícia Federal na prevenção e repressão do tráfico ilícito de entorpecentes (art. 144, § 1º, inciso II)<sup>11</sup>. No art. 243 e seu parágrafo único, a Constituição previu a expropriação de propriedades rurais e urbanas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, bem como o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins<sup>12</sup>.

Além disso, no rol dos direitos e garantias fundamentais, há duas menções sobre esse crime:

Art. 5º (...)

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores

<sup>9</sup> Vide art. 144, § 1º, inciso II, que trata da atribuição da Polícia Federal em prevenir e punir o tráfico de drogas; art. 243 e seu parágrafo único, que prevê expropriação de área destinadas à cultura ilegal de plantas psicotrópicas e o confisco de bens apreendidos em decorrência do tráfico; e, no art. 5º, incisos XLIII e LI, onde demonstram a gravidade que os constituintes enxergavam o tráfico de drogas, em que se determinou que a lei consideraria crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia o tráfico de entorpecentes e drogas afins, bem como no caso de extradição de brasileiro no caso de comprovado envolvimento no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. BRASIL. Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 out. de 2024.

<sup>10</sup> “Pasma-nos ver certos Constituintes ou alguns Relatores manifestarem-se, com relação às drogas, defendendo a tese de que não se deveria proibi-las, porque cada qual dever usar o que quer. Parece-me que isso é até um atentado contra a segurança nacional. Essa é uma palavra que muita gente nem gosta de ouvir, mas precisamos manter os padrões de desenvolvimento de nosso País dentro de uma ética, dentro de uma moral, a fim de que não sejamos uma Nação completamente deturpada e desmoralizada, onde os nossos filhos possam ser completamente destruídos pelo tráfico de drogas, que o mundo inteiro condena. Não poderíamos deixar que isso constasse da nossa legislação maior sem nosso protesto.” BRASIL. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 27 maio 1987, p. 16. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/1%20-%20COMISS%20C3%83O%20DA%20SOBERANIA%20E%20DOS%20DIREITOS%20E%20GARANTIAS%20DO%20HOMEM%20E%20DA%20MULHER.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>11</sup> BRASIL. **Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em:** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 out. de 2024.

<sup>12</sup> *Id.* Art. 243.

e os que, podendo evitá-los, se omitirem<sup>13</sup>;

(...)

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, **ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, na forma da lei<sup>14</sup>.

A preocupação constitucional com o tráfico de entorpecentes é notória e abundante. Salvo na previsão do atuar da Polícia Federal, todas as demais passagens prescrevem uma supressão de direitos, a saber: expropriação de imóveis e confisco de bens; inafiançabilidade e da proibição de graça ou anistia; e a extradição de brasileiro naturalizado, caso tenha praticado o tráfico de drogas antes da naturalização. São casos claros de eliminação de direitos constitucionais.

Ainda nessa mesma toada, o legislador puniu severamente o tráfico de drogas na Lei de nº 8.072/90<sup>15</sup>, que previu os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, XLIII da Constituição Federal. Nesta lei, há um extremo rigor a conduta criminosa do tráfico.

A vontade do legislador constituinte, portanto, é clara. Ele quis punir de forma severa o tráfico de drogas. No entanto, erroneamente, os tribunais superiores, paulatinamente, vêm enfraquecendo a *mens constitutionis*, já que a cada decisão há um afrouxamento da severidade no trato com o comércio de drogas ilegais ou o aumento do padrão probatório para sua comprovação<sup>16</sup>.

Mas a desobediência à vontade constitucional não fica adstrita apenas ao Poder Judiciário. O legislador ordinário também tem seu papel – política esta que é de todo modo inconstitucional, diga-se de passagem<sup>17</sup>. E esse ataque no dever punitivo estatal veio com a Lei de nº 11.343/2006, em seu art. 33, §4º, criou o tráfico privilegiado<sup>18</sup>:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Preenchido os requisitos da norma acima citada, a pena mínima para o tráfico privilegiado vai para menos de 4 (quatro) anos, o que possibilitaria, em tese, o acordo de não persecução penal para o crime de tráfico de drogas.

<sup>13</sup> *Id.* Art. 5º (XLIII).

<sup>14</sup> *Id.* Art. 5º (LI).

<sup>15</sup> BRASIL. Lei de nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm)>. Acesso em: 25 out. de 2024.

<sup>16</sup> No HC 82.959/SP, o STF declarou a inconstitucionalidade do cumprimento de pena integralmente no regime fechado; no HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de fixação de regime fechado para início do cumprimento de pena; no HC 118.533/MS, afastou a hediondez do tráfico privilegiado.

<sup>17</sup> Já defendemos a inconstitucionalidade do tráfico privilegiado. Vide SANTOS, Leonardo Augusto de A. Cezar dos e TEDESCO, André Feitosa. “Inconstitucionalidade do tráfico privilegiado – da proteção deficiente de bens jurídicos à violação ao princípio da igualdade”. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, SANTOS, Leonardo Augusto de A. Cezar, BALLAN JUNIOR, Octahydes E SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Segurança Pública. Os desafios da pósmodernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei de nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 25 out. de 2024.

O constituinte eleva ao patamar de maior severidade o crime de tráfico de drogas. Passado um tempo, a política criminal dá as costas para os bens jurídicos eleitos pela política criminal constitucional e passa a fazer acrobacias hermenêuticas para diminuir esse vigor punitivo. Passado mais um tempo, o legislador cria uma causa de diminuição, suavizando ainda mais o tratamento punitivo do tipo penal. Agora, com a chegada da política criminal do consenso, mostra-se viável que seja feito um acordo, isso mesmo, um acordo para um dos crimes mais graves, de acordo com o que extraímos da Carta Magna.

Somado a isso, importante salientar que o acordo de não persecução penal tem natureza jurídica de negócio jurídico processual, consubstanciado na política criminal do titular da persecução penal, tendo com instrumento a ação penal pública<sup>19</sup>. Em sendo assim, nessa avença processual, as concessões recíprocas para que se chegue a um denominador comum são sua tônica.

Dito isso, passemos para análise do bem jurídico lesionado pelo tráfico privilegiado e sua necessária reparação.

### **3 MISSÃO DO DIREITO PENAL E O BEM JURÍDICO LESADO PELO TRÁFICO DE DROGAS**

Para adentrarmos ao tema do dano moral coletivo, é importante fazer uma análise, ainda que perfunctória, da missão do direito penal e o estudo do bem jurídico ou dos bens jurídicos lesados com a conduta do tráfico de drogas.

De acordo com os ensinamentos de Francisco de Assis Toledo, que destaca o caráter subsidiário do direito penal. Entende que a tarefa imediata desse ramo do direito se resume à proteção dos bens jurídicos e, por tanto, em razão de seu caráter subsidiário, ele só é acionado quando os demais ramos do direito não possam atuar, falham ou são insuficientes para evitar a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico a ser tutelado<sup>20</sup>.

Roxin, por sua vez, nos ensina que o Direito Penal tem por tarefa a proteção da liberdade e da segurança social do indivíduo, bem como das condições de existência da sociedade. Nesse sentido, o pressuposto fático-jurídico de cada sanção penal não se limita ao aspecto moral, mas a um dano a toda sociedade que não foi possível evitar de outro modo. Essa impossibilidade de evitação por outros ramos do direito, fez com que a tarefa do Direito Penal, segundo ele, fosse restringida à proteção subsidiária de bens jurídicos<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime)**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 84.

<sup>20</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. (19ª tiragem) 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13-14.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 21.

O Direito Penal, de acordo com Nilo Batista, tem como missão defender a sociedade, por meio da proteção de bens, valores ou interesses, garantindo segurança jurídica e confiabilidade do sistema ou confirmando a validade das normas<sup>22</sup>.

Ainda seguindo a premissa da garantia da manutenção da ordem, Jakobs entende que a contribuição do Direito Penal é a garantia das normas. Essa garantia consiste nas expectativas essenciais para o funcionamento da vida em sociedade, legalmente exigidas. Nesse sentido, há uma definição do bem jurídico a qual se deva proteger, de forma firme, e com ele também a proteção das expectativas normativas essenciais contra as frustrações à vigência das normas. Isso demonstra o alcance que a validade dessas normas possui na prática. Esse bem jurídico, no sistema penal, seriam os bens jurídicos-penais<sup>23</sup>.

Em relação à identificação do bem jurídico, o problema principal é que muitas vezes ele é confundido com o objeto material do crime e que há uma natural tendência a se abstrair o próprio conceito. Isso ocorre de maneira mais profunda quando os bens jurídicos são de titularidade difusa. No entanto, é necessário que o operador do Direito tenha atenção e perspicácia jurídica para não fazer essa confusão.

Interessante ressaltar o pensamento do jurista português Figueiredo Dias, que chama os bens jurídicos difusos de coletivo ou universal e determina que a verdadeira característica desse tipo de bens é que eles podem ser desfrutados por todos e por cada um, sem que ninguém possa ser excluído. E é justamente nessa possibilidade de gozo que se baseia o interesse legítimo individual na integridade desses bens<sup>24</sup>.

A doutrina tende a identificar que o bem jurídico lesionado pelo tráfico de drogas é a saúde pública. Isso por conta dos efeitos que as substâncias entorpecentes provocam à saúde do usuário, podendo até levá-lo até a morte.

Esse entendimento é anacrônico, uma vez que com as relações complexas da sociedade atual, o tráfico de drogas não atinge apenas a saúde. Entender assim é ter uma visão míope dos efeitos que o tipo penal provoca.

Atento a essas novas nuances do crime e demonstrando a quantidade de efeitos criminógenos do tráfico de drogas, Paulo Queiroz e Marco Lopes enumeram 12 (doze) desses efeitos:

- “1) criação de preço artificiais e atrativos, tornando extremamente rentável o tráfico;
- 2) o surgimento de uma criminalidade organizada especializada no tráfico; 3) frequen-

<sup>22</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 108.

<sup>23</sup> JAKOBS, Günther; (Trad.) CONTRERAS, Joaquin Cuello; DE MURILLO, José Luis Serrano Gonzalez. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 45.

<sup>24</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Tomo I. Questões fundamentais—A doutrina geral do crime**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 150.

tes confrontos e mortes entre grupos rivais; 4) mortes sistemáticas entre traficantes e policiais; 5) vitimização de inocentes por meio das chamadas ‘balas perdidas’ e semelhantes; 6) lavagem de dinheiro; 7) corrupção das polícias e outras instituições públicas; 8) tráfico de armas; 9) sonegação de tributos; 10) rebeliões nos presídios; 11) ameaça, extorsão e morte de usuários; 12) criação de um poder político (militar e paramilitar) paralelo ao Estado.<sup>25</sup>”

Pode-se pensar que os bens jurídicos não podem mudar sem a mudança do tipo penal, só podendo, portanto, sofrer modificações por meio de uma lei. No entanto, essa noção estática dos bens jurídicos é retrógrada e mais condizente aos Direito Penal do século XIX. Obedecido os parâmetros constitucionais, o conceito do bem jurídico deve ser aberto, absorvendo as mudanças sociais e os progressos científicos<sup>26</sup>.

Além disso, com bem demonstra o jurista português Figueiredo Dias, só é alçado ao conceito de bem aquele objeto que, consensualmente, é valioso para a comunidade<sup>27</sup>. Esse entendimento somado ao papel subsidiário do Direito Penal demonstra que o bem jurídico-penal é aquele mais importante para o funcionamento saudável da sociedade. Levando em consideração os mandamentos constitucionais, o tráfico de drogas, como dito, é uma das preocupações mais mencionadas pelos constituintes e essa preocupação não poderia, em tese, ser desprezada por política criminal alguma.

Nesse contexto, a proteção do bem jurídico-penal necessita ser ampla, diante de sua importância e valor perante à sociedade. Essa amplitude, com o advento do acordo de não persecução penal – que no caso do tráfico privilegiado já demonstra uma desproteção estrutural do bem jurídico – deve abranger também o ressarcimento do dano moral coletivo, principalmente no que tange ao crime de tráfico de drogas.

### 3 DANO MORAL COLETIVO NOS CASOS DE TRÁFICO PRIVILEGIADO

No imaginário popular e no senso comum, o dano extrapatrimonial é denominado dano moral. Ele seria o dano em que a lesão não possui implicação no âmbito financeiro<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marco Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 12-13.

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. v. 1. p. 57-58.

<sup>27</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43.

<sup>28</sup> Orlando Gomes defende que “A expressão ‘dano moral’ deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial”. Vide GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 332.



Ocorre o dano moral quando temos a lesão de um interesse que tem como escopo a satisfação ou fruição de um bem jurídico extrapatrimonial inerente ao direito de personalidade. Para isso, pode-se citar a vida, a integridade corporal, honra, entre outros<sup>29</sup>.

Já se falou sobre os bens jurídicos-penais difusos, nos quais se inserem os bens protegidos pelo tipo penal criador do tráfico de drogas. Da mesma forma que há ainda uma resistência em se aceitar e delimitar os efeitos desses bens jurídicos, o mesmo ocorre em relação aos efeitos patrimoniais da lesão a esses bens, ou seja, o dano moral coletivo. Isso tudo não passa de um anacronismo hermenêutico, onde a realidade e suas mudanças não conseguem ser acompanhadas pelos paradigmas jurídicos.

Nesse contexto, de grande relevância os ensinamentos de Yoshida:

“A visão holística, integrada e sincrética dos clássicos ramos, disciplinas, institutos e instrumentos jurídicos é a tendência dos últimos tempos, o que implica um nível maior de complexidade na compreensão, diagnóstico e solução dos conflitos individuais ou coletivos, nas relações e interações múltiplas propiciadas pela sociedade contemporânea”<sup>30</sup>.

Esse anacronismo hermenêutico precisa ser combatido. Na atualidade, tratar os problemas a serem solucionados pelo sistema criminal com instrumentos clássicos, ou seja, os utilizados para demandas do século XVIII, é apenas um tributo ao passado. Passado este que não possui qualquer conexão com a realidade e não terá êxito em dar respostas aos problemas atuais<sup>31</sup>.

A sedimentação do conceito de bens jurídicos-penais difusos e a ampliação do conceito de dano moral são formas de evitar esse tributo ao passado sem eficácia na solução dos problemas atuais.

Em relação ao dano moral, é necessário abandonar a ideia de vinculá-lo a uma dor psíquica. Esta dor serviu de base para a criação do conceito de dano moral individual. Pensando no âmbito da coletividade, essa dor deve ser substituída pelo desprezo e perda dos valores essenciais que geraram claros prejuízos para toda coletividade<sup>32</sup>.

Medeiros Neto, refletindo sobre o tema, diz que o dano moral coletivo não deve ficar adstrito ao sofrimento ou à dor psicológica, mas sim com a modificação dos valores fundamentais compartilhados pela sociedade.

<sup>29</sup> ZANNONI, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1982, p. 239-240.

<sup>30</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. A ação civil pública após 20**, v. 20, p. 111-138, 2005.

<sup>31</sup> GISBERT, Rafael Bustos. La constitución red: Un estudio sobre supraestatalidad y constitución. Instituto Vasco de Administración Pública= Herri-Ardularitzaren Euskal Erakundea, 2005.

<sup>32</sup> RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor, v. 25, p. 82, 1998.

Arremata o autor:

“Com efeito, toda vez em que se vislumbrar o ferimento a interesse moral (extrapatrimonial) de uma coletividade, configurar-se-á dano passível de reparação, tendo em vista o abalo, a repulsa, a indignação ou mesmo a diminuição da estima, infligidos e apreendidos em dimensão coletiva (por todos os membros), entre outros efeitos lesivos. Nesse passo, é imperioso que se apresente o dano como injusto e de real significância, usurpando a esfera jurídica de proteção à coletividade, em detrimento dos valores (interesses) fundamentais do seu acervo”<sup>33</sup>.

Fazendo a comparação com os efeitos lesivos do tráfico de drogas e os que geram o dano moral coletivo, percebe-se uma coincidência entre eles. Parafraseando o autor, o tráfico de drogas gera *abalo, repulsa, indignação ou mesmo a diminuição da estima, infligidos e apreendidos em dimensão coletiva (por todos os membros)*.

Sobre o dano moral coletivo, prescreve Bittar Filho:

“... o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)”<sup>34</sup>.

O autor ainda traz uma grande contribuição para o tema ao defender que o dano moral é afeável *in re ipsa*. Logo, a sua existência decorre única e exclusivamente da constatação da prática da conduta ilícita que, para o presente estudo, seria o tráfico de drogas, ainda que reconhecida sua modalidade “privilegiada”. Para o STJ, é desnecessário a demonstração de prejuízos concretos ou qualquer tipo de efetivo abalo na moral<sup>35</sup>.

O bem jurídico-penal tutelado pela norma, ao tipificar tráfico de drogas, como dito, é de natureza difusa, aplicando-se como uma luva as premissas levadas a cabo para constatação do dano moral coletivo. Com isso, este dano se mostra decorrência lógica.

O tráfico de drogas, parafraseando Palazzo, é um grave ataque que o indivíduo pode desferir contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado<sup>36</sup>. Deste modo, na proteção dos bens

<sup>33</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. São Paulo, LTr, 2004. p. 136-137.

<sup>34</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 12, p. 44-62, 1994.

<sup>35</sup> STJ; REsp 1.487.046; Proc. 2012/0227567-6; MT; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJE 16/05/2017.

<sup>36</sup> PALAZZO, Francesco Carlo; DOS SANTOS, Gérson Perira. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Porto Alegre: SA Fabris Editor, 1989, p. 2.

vitais ao funcionamento e desenvolvimento da sociedade idealizada pela Constituição Federal, o fomento e legitimidade das ações estatais devem ser voltados para a tutela penal não apenas de interesses individuais, mas também e especialmente, os de natureza difusa e coletiva. Estes últimos decorrentes da principiologia constitucional<sup>37</sup>.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em decisão vanguardista e apoiada no melhor entendimento da realidade e contexto do tráfico de drogas, já entendeu pela ocorrência de dano moral coletivo nesse tipo de crime. E não é só isso. Entendeu que esse dano é *in re ipsa*, por conta da natureza da lesão do bem jurídico. Vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DANOS MORAIS COLETIVOS. CONFIGURAÇÃO IN RE IPSA. LESÃO INJUSTA E INTOLERÁVEL A BENS DA SOCIEDADE.

RECURSO PROVIDO. 1. O dano moral coletivo decorre de lesão aos valores e direitos fundamentais da coletividade e tem por função precípua a reparação indireta do dano ao direito extrapatrimonial, a sanção do ofensor e a inibição de condutas de mesma natureza. Precedentes STJ. 2. **O dano moral coletivo decorrente da prática do crime de tráfico de drogas configura-se *in re ipsa*, eis que se funda na lesão intolerável e injusta que a referida infração penal ocasiona em direitos titularizados pela sociedade.** 3. O arbitramento de valor mínimo a título de indenização pelos danos morais coletivos gerados pelo tráfico de entorpecentes é medida necessária, a fim de assegurar que crimes de tamanha gravidade e impacto social não sejam agraciados com a certeza da impunidade. 4. Recurso provido. (TJES; APCr 0003079-10.2019.8.08.0038; Rel. Des. Pedro Valls Feu Rosa; Julg. 30/09/2020; DJES 23/10/2020)<sup>38</sup>.

O Tribunal de Justiça capixaba demonstrou entender os novos tempos e romper com o tributo ao passado, consistente no já citado anacronismo hermenêutico. Ampliou-se, com isso, a abrangência do conceito vítima, de modo a abandonar o entendimento que ele se restringiria apenas ao indivíduo. Somado a isso, também houve a possibilidade de ressarcimento dos danos na seara penal.

#### **4 REPARAÇÃO DO DANO MORAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

**Já** ficou assentado que o tráfico lesiona bens jurídicos difusos e, por conseguinte, acarreta danos morais à coletividade. O tráfico é vetor da violência. O tráfico mata e manda matar. Também ficou demonstrado que esses danos morais são *in re ipsa*, existindo tão-somente pela

<sup>37</sup> FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 32.

<sup>38</sup> TJES; APCr 0003079-10.2019.8.08.0038; Rel. Des. Pedro Valls Feu Rosa; Julg. 30/09/2020; DJES 23/10/2020.

*prática da conduta. Agora será necessário enfrentar a possibilidade de buscar esse ressarcimento ainda em sede de acordo de não persecução penal, para os casos de tráfico privilegiado.*

Importante trazer, novamente, o disposto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, após redação dada pela Lei de nº 13.964/19. Agora nos interessa o *caput*, e inciso I, nos seguintes termos:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:  
**I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo.**

A reparação do dano é um dos elementos necessários ao alcance do verdadeiro sentido de justiça, essencial à construção da pacificação da sociedade.

O ser humano é gregário por um truque da evolução. Sem essa característica, não haveria perpetuação da espécie, já que a vida em sociedade é necessária para sobrevivência. No entanto, essa mesma característica, que trouxe a humanidade até os dias de hoje, também é geradora de atritos.

Cada indivíduo tem suas características, seus desejos e necessidades. Em um mundo de necessidades ilimitadas e recursos escassos, acaba surgindo uma relação de mão dupla. Ao lado da necessidade de viver em grupo, para sobreviver às intempéries do ambiente, coexiste a necessidade de satisfação pessoal de desejos diferentes.

Essas diferenças – que abrangem sexos diferentes, de idades, tipos e graus de inteligência e conhecimento distintos, de personalidade e sentimentos distintos etc. – fazem com que cada indivíduo tenha pensamentos, sentimentos e desejos distintos<sup>39</sup>.

Por conta dessas diferenças, há atritos na sociedade e, conseqüentemente, conflitos. Conflitos de ideias, de interesses, de necessidades são a origem da violência e de lesões à ordem, pois um indivíduo tende a dominar o outro, impondo sua visão de mundo.

Nesse cenário, observa-se que a sociedade necessita de uma ordem para que possa ter uma vida gregária eficiente. Por ser uma comunidade formada por diversas pessoas que, em sua maioria não se conhecem e nem possuem laços íntimos, é necessária uma soberania de vida para que, de acordo com os limites sociais, os cidadãos possam buscar seus objetivos. Assim, os cidadãos tendem a confiar um nos outros por estarem vinculados a um conjunto de regras<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. Uma visão substantiva. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 21.

<sup>40</sup> SCRUTON, Roger. **Uma Filosofia Política**: argumentos para o Conservadorismo. Tradução de Guilherme Fer-

A efetivação dessas regras em caso de seu descumprimento é que fortalece a ordem instalada e reforça o poder estatal.

Para tanto, é necessário que o Estado centralize a criação dessas regras e da exigência do seu cumprimento. Nisso, a utilização da força pelos órgãos estatais e o monopólio dessa utilização se tornaram inevitáveis.

Com isso, trazendo novamente o ensinamento de Max Weber, o Estado é monopolizador da violência legítima. Isso significa que o ente estatal tem o direito exclusivo de usar a força, legitimamente, e a violência é um instrumento específico para isso. Sem o uso da violência legítima, a estrutura atual dos estados desapareceria e, com isso, o autor alemão entende que há uma íntima relação entre Estado e violência<sup>41</sup>.

Zygmunt Bauman, por sua vez, anota que em algum momento da história, foi necessária a criação de homens uniformizados e que estes deveriam ser temidos. O uniforme seria uma concessão do Estado a esses homens para que eles, em seu nome, tivessem a parcela do poder coercitivo. A finalidade dessa estratégia era manter a ordem, consubstanciando o entendimento de que era tarefa do Estado a manutenção da ordem e da pacificação social<sup>42</sup>.

O monopólio da violência legítima para manutenção da ordem foi um avanço civilizatório, já que foi afastada a participação da vítima no processo de pacificação de modo a evitar uma violência desenfreada e o caos social. Com a exclusividade da violência nas mãos do Estado busca-se materializar a justiça, em detrimento da vingança privada.

Importante ressaltar que nos primórdios havia a vingança privada, em que a retribuição do delito era feita pela própria vítima ou por sua tribo. Esse período é conhecido como a idade de ouro da vítima. Foi a evolução da humanidade que, para evitar a violência privada sem limites, retirou a vítima do processo, já que o Estado monopolizou o uso da violência para a pacificação social.

Só que agora chegamos a uma nova fase, em que há o redescobrimto da vítima, dando a ela um protagonismo na resolução das demandas criminais<sup>43</sup>. Esse novo paradigma traz o fenômeno do redescobrimto da vítima, deixando de ser apenas objeto de prova e passando a ser um sujeito processual<sup>44</sup>.

---

reira Araújo. São Paulo: É Realizações, 2017, p. 18.

<sup>41</sup> WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Editora Cultrix, 2011, Edição do Kindle, posição 817 de 2103.

<sup>42</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 28 (capítulo II).

<sup>43</sup> FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 18.

<sup>44</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; OLIVEIRA, Ana Schmidt de. **A vítima e o Direito Penal**. São Paulo: Rio de Janeiro: RT, 1999; RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª Ed., 2009, p. 581 *apud* CABRAL, Antonio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC. CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (Coords.). **Processo penal**. Salvador: JusPodivm,

Nessa toada, o requisito de reparação do dano previsto no art. 28-A, do Código de Processo Penal segue essa tendência. E esse fenômeno demonstra que a sanção criminal imposta ao agressor da norma não é suficiente para proteção da vítima. Para uma proteção completa, é necessário a reparação econômica de todos os efeitos do delito. E com essa reparação, a vítima passa a ter uma tutela judicial efetiva, com o direito à reparação de danos<sup>45</sup>.

Assim, o Estado mantém o monopólio da manutenção da ordem, deixa de desprezar por completo a vítima e ainda consegue, de maneira mais célere, conceder uma tutela judicial efetiva para o lesado.

No âmbito do direito internacional de *soft law*, as *Nações Unidas, na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder* (Resolução de nº 40/34, de 29.11.85) assim prescreve:

A. Vítimas da criminalidade

1. Entendem-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violado

Observe-se que o documento não limita o conceito de vítima a uma pessoa física, já que ele diz, expressamente, que elas são as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido prejuízos com o crime. Assim, podemos depreender que as pessoas atingidas, mesmo sendo elas indeterminadas, devem ser ressarcidas pelos danos do delito, sejam esses danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Com essas premissas, é imperioso afirmar sem medo de errar, que a reparação do dano às vítimas é o pressuposto de maior relevância no acordo de não persecução penal. A uma, por se importar com a vítima, trazendo-a para um certo protagonismo processual. A duas, porque atende a uma tendência contemporânea de reparação do dano causado pelo crime. A três, por acelerar a reparação do dano, de modo a efetivar a tutela judicial dos direitos da vítima de maneira mais célere. A quatro, por evitar a necessidade de novo processo judicial em futura ação civil *ex delicto*.

Outro ponto importante a ressaltar é que a lei não restringiu qual dano deve ser reparado. Assim como ocorreu com o disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, em que houve a determinação de que o juiz fixasse o valor mínimo de reparação de danos, o legislador, no art. 28-A, também da Lei Adjetiva Penal, apenas mencionou a reparação dos danos causados pelo crime. Nesse sentido, o dano mencionado engloba o patrimonial, bem como o extrapatrimonial

---

2016, p. 403-430.

<sup>45</sup> RIVAS, Natalia Pérez. Los derechos de la víctima en el sistema penal español. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 157.

(moral). Além disso, tampouco há restrição sobre se o dano a ser reparado é individual ou coletivo.

Nesse diapasão, entender restritivamente o dispositivo do inciso I do mencionado art. 28-A, é violar um dos brocardos paradigmas da hermenêutica jurídica que prescreve que onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

Fica claro, portanto, que é imperioso o cabimento da reparação do dano moral coletivo, por se tratar de dano *in re ipsa*, para os casos de tráfico privilegiado. E, com muito mais razão, a exigência da reparação desse dano moral na cláusulas a serem fixadas junto ao eventual acordo de não persecução penal.

## CONCLUSÃO

Com o advento do acordo de não persecução penal, trazido pelas inovações da Lei de nº 13.964/2019, sedimentou-se o consenso no processo penal. Essa consensualidade é estabelecida por uma política criminal que procura fazer a vítima participar da resolução das demandas.

Por força de acrobacias hermenêuticas e do total desprezo ao projeto de país sonhado pelos constituintes, o tráfico de drogas tem sua punição cada vez mais abrandada, seja por meio de legislações permissivas ou de interpretações jurisprudenciais que elevam o padrão probatório exigidos a níveis que beiram o impossível.

E essa exigência da prova diabólica<sup>46</sup> para a comprovação do tráfico de drogas faz com que situações que claramente deveriam ser interpretadas de acordo com o artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, sejam equiparadas à figura do tráfico privilegiado, previsto no § 4º, do mesmo dispositivo<sup>47</sup>.

A política criminal do consenso somada a um laxismo penal<sup>48</sup> em relação ao combate às drogas, possibilitou-se que, infelizmente, possa haver acordo de não persecução penal para os casos de tráfico privilegiado, crime de alta periculosidade e vetor de todas as formas de violência, lembrando, ainda, que o constituinte indicou que deveria ser punido com mais severidade.

---

<sup>46</sup> Prova diabólica é aquele que é impossível de ser produzida.

<sup>47</sup> Importante destacar que o chamado “tráfico privilegiado” representa uma ficção jurídica que não mais encontra respaldo fático com a realidade. Nas grandes e nas pequenas cidades, todos os traficantes estão vinculados a uma facção criminosa. Não existe a figura do “traficante autônomo”. É impossível vender drogas em qualquer lugar sem a prévia vinculação a uma organização.

<sup>48</sup> Laxismo penal é a tendência a se aplicar soluções absolutórias para demandas criminais, mesmo contra provas claras nos autos, ou a aplicação de penas mais brandas, desproporcionais ao dano causado pelo crime. Para maior aprofundamento do que seja a expressão laxismo penal vide DIP, Ricardo; JUNIOR, Volney Correa Leite de Moraes. **Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas**. Campinas: Millennium, 2002, p. 16.

Repita-se: todas as passagens no texto constitucional que se referem ao tráfico de drogas têm cunho bastante severo<sup>49</sup>.

A consensualidade no processo penal possibilita a reparação do dano como um de seus requisitos e, com isso, abriu-se a oportunidade para que a vítima fosse ressarcida também na esfera cível. Importante avanço foi que no texto de lei não há limitação sobre a natureza do dano e nem da vítima. Por isso, a proteção de bens jurídicos difusos e coletivos pode ser efetivada com maior justiça, uma vez que a contemplação do dano moral coletivo, como uma melhor atenção para vítimas difusas, não foi negada pelo legislador.

O acordo de não persecução penal, fruto dessa política criminal do consenso, é uma ótima oportunidade para que haja uma resposta mais célere para sociedade. Por ser um negócio jurídico, é feito através de concessões recíprocas em que o Estado-Acusação, assim como o autor do crime, devidamente acompanhado de defesa técnica, transacionam para melhor solucionar o conflito criminal. No entanto, há zonas de acordo que não podem ser ultrapassadas e um desses limites tem sua base na Constituição.

O acordo de não persecução penal, ao promover a justiça consensual, oferece uma alternativa viável e pragmática ao tradicional processo penal, com potencial para desafogar o sistema judiciário e focar esforços em crimes de maior gravidade. No que tange ao tráfico privilegiado, observou-se que a aplicação do ANPP ressalta a necessidade de se considerar as circunstâncias individuais do agente e a natureza do delito, alinhando-se aos princípios da prevenção e da proporcionalidade.

Mesmo que a política criminal do Legislativo e do Judiciário estejam tendentes a abrandar a persecução penal do tráfico de drogas, o que representa um risco à sobrevivência ordeira de nossa sociedade, o Ministério Público, como titular da ação penal e com missão constitucional de perseguir os delitos, tem o dever de vincular-se sempre à busca por uma proteção eficiente do tecido social. A política criminal deve ter sempre como norte a Constituição e, como demonstrado, na Carta Maior o tráfico de drogas é tratado com o rigor que se espera daqueles que foram eleitos para representar os interesses do povo.

A discussão sobre a missão do direito penal e o bem jurídico lesado pelo tráfico de drogas reforçou a importância de se buscar soluções que não apenas punam o infrator, mas também

---

<sup>49</sup> Vide art. 144, § 1º, inciso II, que trata da atribuição da Polícia Federal em prevenir e punir o tráfico de drogas; art. 243 e seu parágrafo único, que prevê expropriação de área destinadas à cultura ilegal de plantas psicotrópicas e o confisco de bens apreendidos em decorrência do tráfico; e, no art. 5º, incisos XLIII e LI, onde demonstram a gravidade que os constituintes enxergavam o tráfico de drogas, em que se determinou que a lei consideraria crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia o tráfico de entorpecentes e drogas afins, bem como no caso de extradição de brasileiro no caso de comprovado envolvimento no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. BRASIL. Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 out. de 2024.



promovam a reparação dos danos causados à sociedade. Nesse sentido, a proposta de fixação de dano moral coletivo nos casos de tráfico privilegiado surge como um mecanismo inovador que visa atender a essa demanda, reconhecendo o negativo impacto social do delito e fomentando uma justiça como foco na reparação.

Em sendo assim, o requisito de reparação do dano para os casos de tráfico privilegiado deve ser entendido como condição *sine qua non para a conclusão do acordo*. Como o *Acordo de Não Persecução Penal não se trata de direito subjetivo do criminoso*<sup>50, 51</sup>, essa cláusula deve ser exigência obrigatória em todas as avenças.

A fixação de dano moral coletivo emerge como uma proposta inovadora que visa não apenas à responsabilização do infrator, mas também à conscientização sobre os efeitos deletérios do tráfico de drogas na coletividade. O ANPP, ao trazer como condição a necessária reparação do dano moral coletivo, tem o condão de transcender o âmbito individual e toca na esfera coletiva, buscando-se não apenas compensar a sociedade pelos danos sofridos, mas também criar um desincentivo efetivo para a prática de novos delitos.

A necessidade de tal medida se justifica pela capacidade do dano moral coletivo de atuar em duas frentes: por um lado, oferece uma resposta concreta e simbólica aos danos imateriais causados pelo tráfico de drogas, reconhecendo o sofrimento difuso e muitas vezes invisível da sociedade; por outro, serve como mecanismo de prevenção, ao aumentar o custo da conduta delitativa e sinalizar a gravidade com que o sistema jurídico trata o tráfico de drogas, mesmo em sua forma privilegiada.

A análise da reparação do dano moral no âmbito do ANPP destaca a potencialidade dessa abordagem para incentivar a responsabilização do agente, promover a conscientização sobre as consequências de suas ações e contribuir para a reconstrução do tecido social afetado pelo crime.

E não se pode ceder ao argumento de que os que praticam tráfico são pessoas humildes e que não possuem recursos para o pagamento da reparação dos danos. O tráfico de drogas é uma atividade altamente lucrativa e, se assim não o fosse, não teríamos inúmeros derramamentos

---

<sup>50</sup> STF e STJ já afirmaram que não existe direito subjetivo à celebração do ANPP: STF; HC-ED 234.145; MG; Primeira Turma; Rel. Min. Luís Roberto Barroso; Julg. 26/02/2024; DJE 29/02/2024; STJ; AgRg-EDcl-RHC 169.649; Proc. 2022/0259186-0; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; DJE 29/02/2024; STF; HC-AgR 236.969; MS; Primeira Turma; Rel. Min. Alexandre de Moraes; Julg. 26/02/2024; DJE 28/02/2024; STJ; AgRg-AgRg-AREsp 2.481.691; Proc. 2023/0372242-8; SP; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 20/02/2024; DJE 26/02/2024; STJ; AgRg-RHC 190.912; Proc. 2023/0436202-3; MG; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 20/02/2024; DJE 26/02/2024.

<sup>51</sup> A teor do **Enunciado nº 19** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”.

de sangue em favor da manutenção e/ou conquista de territórios. Quem decide traficar o faz por opção e não por falta de opção. A isso chamamos de “livre arbítrio”, restando claro que as escolhas que voluntariamente adotamos são cercadas de conseqüências.

Cabe ao Ministério Público realizar a política criminal de persecução penal e, para tanto, deve buscar as alternativas necessárias para respostas mais eficientes aos casos que se adequem aos ditames legais do acordo<sup>52</sup>.

Essas respostas não podem dar as costas à vontade do constituinte e, justamente por isso, num mar de tolerância ao tráfico, deve a instituição ser a última trincheira na luta pela concretização do mandado constitucional de severidade ao citado delito, como forma de ofertar à sociedade uma proteção dotada de eficiência.

Conclui-se que a inclusão do dano moral coletivo como requisito obrigatório para a celebração do ANPP no tráfico privilegiado representa um passo significativo em direção a uma política criminal mais justa e eficaz, que valoriza a reparação e a prevenção em detrimento da mera retribuição.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. 2ª ed. rev. atual e ampl., Salvador: Juspodivm, 2022, p. 57.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; OLIVEIRA, Ana Schmidt de. **A vítima e o Direito Penal**. São Paulo: Rio de Janeiro: RT, 1999; RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª Ed., 2009, p. 581 *apud* CABRAL, Antonio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC. CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (Coords.). **Processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 403-430.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Revan, 2015, p 108.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 28 (capítulo II).

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 12, p. 44-62, 1994.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 out. de 2024.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm). Acesso em: 22 out. 2024.

---

<sup>52</sup> CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime)**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 84.

\_\_\_\_\_. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 27 maio 1987, p. 16. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1%20-%20COMISS%C3%83O%20DA%20SOBERANIA%20E%20DOS%20DIREITOS%200E%20GARANTIAS%20DO%20HOMEM%20E%20DA%20MULHER.pdf>>. Acesso em: 24 out 2024.

\_\_\_\_\_. Lei de nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Diário Oficial da União. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm)> Acesso em: 22 out. de 2024.

\_\_\_\_\_. Lei de nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 25 out. de 2024.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime)**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 84. CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 105.

DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. O Processo Penal Português: problemas e perspectivas. In: MONTE, Mário Ferreira (org). **Que futuro para o processo penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 816.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal, Tomo I. Questões fundamentais–A doutrina geral do crime**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 150.

\_\_\_\_\_. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43.

DIP, Ricardo; JUNIOR, Volney Correa Leite de Moraes. **Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas**. Campinas: Millennium, 2002, p. 16.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma re-legitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 32.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 18.

GISBERT, Rafael Bustos. La constitución red: Un estudio sobre supraestatalidad y constitución. Instituto Vasco de Administración Pública= Herri-Ardulararitza Euskal Erakundea, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 332.

JAKOBS, Günther; (Trad.) CONTRERAS, Joaquin Cuello; DE MURILLO, José Luis Serrano Gonzalez. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 45.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. São Paulo, LTr, 2004. p. 136-137.

NAÍM, Moisés. **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, p. 13.

PALAZZO, Francesco Carlo; DOS SANTOS, Gérson Perira. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Porto Alegre: SA Fabris Editor, 1989, p. 2.

PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. **Acordos de não persecução penal e cível**. Leme: Mizuno, 2021, p. 21.

QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marco Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 15.

RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 25, p. 82, 1998.

RIVAS, Natalia Pérez. **Los derechos de la víctima en el sistema penal español**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 157.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito**. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. v. 1. p. 57-58.

\_\_\_\_\_. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 21.

SANTOS, Leonardo Augusto de A. Cezar dos e TEDESCO, André Feitosa. “Inconstitucionalidade do tráfico privilegiado – da proteção deficiente de bens jurídicos à violação ao princípio da igualdade”. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, SANTOS, Leonardo Augusto de A. Cezar, BALLAN JUNIOR, Octahydes E SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Segurança Pública. Os desafios da pósmodernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SCRUTON, Roger. **Uma Filosofia Política**: argumentos para o Conservadorismo. Tradução de Guilherme Ferreira Araújo. São Paulo: É Realizações, 2017, p. 18.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. Uma visão substantiva. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 21.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. (19ª tiragem) 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13-14.

WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Editora Cultrix, 2011, Edição do Kindle, posição 817 de 2103.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. A ação civil pública após 20**, v. 20, p. 111-138, 2005.

ZANNONI, Eduardo A. **El daño en la responsabilidad civil**. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1982, p. 239-240.

# A RESPONSABILIDADE PENAL DOS DIRIGENTES DA PESSOA JURÍDICA NO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS<sup>1</sup>

*Renee do Ó Souza<sup>2</sup>*

## RESUMO

O crime de lavagem de capitais pode ser praticado em meio as regulares atividades econômicas de pessoas jurídicas, notabilizadas pelo automatismo das operações eletrônicas. Neste contexto, a aferição da conduta individual daqueles que praticam as condutas descritas nos tipos penais da Lei 9.613/1998 nem sempre é possível, o que pode representar uma zona de isenção penal perigosa. O artigo busca examinar o ordenamento jurídico vigente a fim de extrair e propor parâmetros para a responsabilização penal individual dos dirigentes de pessoas jurídicas utilizadas para a prática de lavagem de capitais. Quanto à metodologia, o artigo utiliza revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** Lavagem de capitais. Pessoa jurídica. Responsabilidade penal dos dirigentes.

## INTRODUÇÃO

É perceptível que o crime de lavagem de dinheiro previsto na Lei 9.613/1998 pode ser realizado por meio de corporações, muitas vezes usadas como cortinas para que pessoas inescrupulosas se escondam por detrás para não serem vistas pelos órgãos de persecução. Na verdade, o estudo da criminalidade empresarial econômica moderna tem como um dos pilares de atenção a atuação criminosa praticada em meio às entranhas de pessoas jurídicas constituídas formalmente e com objetivos lícitos, criadas com vistas a dificultar a responsabilização pessoal e individual dos beneficiados por essas atividades.

Embora a demasiada utilização de pessoas jurídicas para a prática de infrações penais tenha levado outros países à modernização da legislação penal de modo a possibilitar a responsabilização criminal da pessoa jurídica, no Brasil, o tema continua envolto em um tabu que impede seja trilhado caminho semelhante. Exceto pela prática de crimes ambientais, que conta com mandado constitucional de criminalização, prevalece, em nosso país, que os entes coletivos não podem ser penalmente responsabilizados pela prática de crimes econômicos devido à falta

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado no livro *Lavagem de Capitais*, da editora Mizuno, em 2021, disponível em <https://www.editoramizuno.com.br/products/lavagem-de-capitais?srsIid=AfmBOopMNYB22P3PTRJcvtlkTP18MN-q-pr-Wic2hLi6gm5WdftqAvOLi>.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso. Mestre em Direito. Pós-graduado em Direito Constitucional, Direito Processual Civil, em Direito Civil, Difusos e Coletivos. Professor e autor de obras jurídicas. E-mail: [reesouza@hotmail.com](mailto:reesouza@hotmail.com).

de autorização mesmo diante do disposto no art. 173, § 5º, da Constituição Federal, entendida como previsão insuficiente para tanto<sup>3</sup>.

O uso de interposta pessoa jurídica para prática de delitos é especialmente sentida no crime de lavagem de dinheiro, notabilizado pela realização de operações financeiras destinadas à reinserção do capital obtido originalmente de maneira ilícita na economia formal, operação que lhe confere aparência de licitude. A própria imagem metafórica construída pelo *nomen iuris* do crime remete às empresas de lavanderia constituídas por membros da máfia estadunidense usadas para mascarar a origem ilícita do dinheiro advindo do crime e reinseri-lo no comércio<sup>4</sup>.

A impossibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica em delitos econômicos, porém, não deve ser confundida com a inviabilidade da responsabilização penal individual de pessoas que as dirigem (sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros), tema que ganha ainda mais relevância nos atos envolvendo pessoas que exercem grande poder econômico.

O presente trabalho utilizar-se-á, principalmente, do método lógico-dedutivo, mediante análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial com vistas a encontrar os principais vetores capazes de sustentar a responsabilização criminal dos dirigentes de uma pessoa jurídica que participa de um crime de lavagem de dinheiro, ação ainda mais difícil de ser analisada nesta categoria de delito porque notabilizado por operações financeiras eletrônicas de difícil individualização.

Insta destacar que o principal ponto de abordagem deste trabalho se refere aos atos auxiliares de ocultação e dissimulação de ativos eventualmente prestados por organizações licitamente constituídas por pessoas estranhas ao autor do crime antecedente, produtor do ativo ilícito. Por atos auxiliares deve-se entender aqueles em que a lavagem de capitais é realizada por meio da simulação de relações comerciais, com contratos onerosos envolvendo inexistentes produtos e serviços, como, por exemplo, a falsa comercialização de bens, ou falso pagamento indeniza-

---

<sup>3</sup> Defendendo a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica por força do dispositivo constitucional citado, ensina Guilherme de Souza Nucci: “Cremos estar a razão com aqueles que sustentam a viabilidade de de uma pessoa jurídica responder por crime no Brasil, após a edição da Lei 9.605/98, que cuida dos crimes contra o meio ambiente, por todos os argumentos supracitados. E vamos além: seria possível, ainda, prever outras figuras típicas contemplando a pessoa jurídica como autora de crime, mormente no contexto dos delitos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5.º, CF). Depende, no entanto, da edição de lei a respeito”. (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forensse, 2020, p. 233.). No mesmo sentido entende Julio F. Mirabete, para quem devem ser aplicadas as penas compatíveis com sua natureza (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, v. 1. 7.a ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 1993, p. 118.).

<sup>4</sup> Sobre essa origem da expressão, confira a lição da doutrina: “Já no século, XX, a origem da expressão lavagem de dinheiro ou *money laundering*, conforme consta, é proveniente do lendário Al Capone, que com o dinheiro auferido com o contrabando de bebidas e cigarros, adquiriu no final da década de 1920, na cidade americana de Chicago, uma rede de lavanderias para lhe permitir a realização de depósitos bancários de pequenos valores monetários compatíveis com a venda nas lavanderias, no entanto, tais depósitos resultavam de suas atividades ilícitas do comércio de bebidas, exploração do jogo e prostituição.”. (CONSERINO, Cassio Roberto; (Coord.) VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Atlas, 2011, p. 02).

tório de uma empresa a uma pessoa mediante ato simulado, ou mesmo mediante a comercialização de notas fiscais “frias” ou contratos de prestação de serviços de consultoria ou palestras inexistentes ou ainda de locações superfaturadas de bens. Nessas situações, o agente do crime “contrata” empresas que exercem determinadas atividades regulares para realizar negócios fictícios a fim de conferir a desejada aparência de licitude e assim realizar a lavagem do ativo ilícito. Como se vê, o que se pretende estudar aqui é a responsabilidade individual de dirigentes de pessoas jurídicas que desempenham atividades econômicas regulares, fora do contexto das instituições sujeitas ao regime dos arts. 9º e ss. da Lei de Lavagem de Capitais, notabilizadas por outras construções jurídicas.

## **PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE E COMPETÊNCIA GERAL DOS ADMINISTRADORES**

Não é tarefa fácil a identificação da responsabilidade penal de pessoas que ocupam posições dispersas nas complexas estruturas hierárquicas empresárias atuais, em que as decisões comerciais são tomadas de forma fragmentada, por diferentes departamentos, cada um deles responsável por tarefas divididas entre si. Neste quadro, são inúmeros os desafios aos institutos tradicionais do direito penal como diferenciação entre ação e omissão, causalidade em decisões colegiadas, coautoria em crimes omissivos ou culposos, ingerência e posição de garantidor no âmbito da responsabilidade etc.

O ajuste para a adequada responsabilização criminal nesses casos enseja, como ponto de partida, a compreensão do nosso direito societário, base normativa da qual pode-se extrair a responsabilidade e competência gerais dos membros da administração, de onde derivam suas responsabilidades primária e original. Conforme nos ensina Estellita<sup>5</sup>, o princípio da responsabilidade e competência gerais dos membros da administração foi identificado na decisão proferida pelo Supremo Tribunal alemão (Bundesgerichtshof – BGH), em 1990, no caso conhecido como *Lederspray*, em que os dirigentes de uma empresa foram condenados criminalmente por lesões corporais causadas por um produto impermeabilizantes contido em embalagens de spray que o fabricavam. Mesmo depois de a empresa ter sido comunicada do potencial lesivo do produto, pautados pela ausência de resultados conclusivos acerca da sua lesividade, os administradores decidiram, colegiadamente, manter a sua comercialização, ao que sucederam novas lesões corporais, resultado danoso pelos quais foram condenados por concorrerem com culpa.

---

<sup>5</sup> ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 53.

Claro que as peculiaridades daquele caso e da própria dogmática alemã não podem ser, pura e simplesmente, transplantadas para a teoria do direito penal brasileiro. Porém, o desenvolvimento daquela construção jurídica pode ser aproveitado em nosso país nos crimes de lavagem de dinheiro praticados por meio de pessoas jurídicas.

Como ponto de início para identificar a responsabilidade e competência gerais dos membros da administração temos o disposto no art. 142 da Lei 6.404/1976, que reza que compete ao Conselho de Administração:

- I – fixar a orientação geral dos negócios da companhia;
- II – eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;
- III – fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;
- (...);
- V – manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;
- VI – manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;
- (...);
- IX – escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

Como se vê, a começar pela competência negocial, passando pelo dever de vigilância e fiscalização, até a capacidade de escolha e destituição dos executores finais das atividades da pessoa jurídica, é possível extrair uma verdadeira posição central de responsabilidade dos dirigentes de uma corporação, calcada em deveres especiais de proteção, vigilância e assunção.

Essa previsão legal de obrigações e deveres institucionais, além de outras advindas das internas relações estatutárias da pessoa jurídica, parece-nos suficiente para identificação da existência da responsabilidade individual dos seus dirigentes por atos de lavagem de capitais praticados no bojo de suas atividades corporativas. Trata-se de um sistema de responsabilidade penal amparado no descumprimento de determinadas obrigações de evitação de determinados riscos e perigos, naquilo que foi denominado por Günter Jakobs como infração de dever de cuidado especial<sup>6</sup>.

A partir disso, é possível identificar a responsabilidade penal desses agentes de diferentes formas. Vejamos.

Para Bernd Schünemann, os órgãos de direção da empresa ocupam uma *posição de garante* e respondem pelos atos de seus subordinados porque não somente dominam os elementos e procedimentos perigosos da empresa como exercem poder de mando sobre seus funcionários.

---

<sup>6</sup> JAKOBS, Günter. Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 318.



O domínio sobre o fato e sobre a fonte de perigo permite identificar a responsabilidade omissiva penalmente relevante desses dirigentes. Aqui, a fim de evitar abrangência ilimitada da omissão imprópria, a posição de garante deve limitar ao âmbito do departamento responsável de cada dirigente, o que atende a divisão de poderes, mas que, em determinadas circunstâncias, pode ser ampliada para envolver toda a diretoria da corporação<sup>7</sup>.

A responsabilidade dos dirigentes da pessoa jurídica pelos atos ilícitos de seus subordinados decorre tanto do *domínio da fonte de perigo como do poder de interromper a consumação de ilícitos* circunscritos ao departamento sujeito à sua atuação. Neste sentido, de se observar que já há precedentes do Superior Tribunal de Justiça que reconheceram a responsabilização do alto escalão da corporação (*máxima do “respondeat superior”*) que assume atividades de gerência e direção e deixa de evitar o resultado danoso caracterizador de crimes financeiros, tributários e ambientais. É caso do Recurso Especial n.º 265.075/SP, proferido pela 6ª Turma, que determinou o prosseguimento da persecução penal contra membro do Conselho de Administração pelo crime de gestão temerária, delito a ele imputável diante de uma operação financeira temerária e que teria consubstanciado ato de gerência. Também no Habeas Corpus n.º 92.822/SP, o STJ já entendeu haver omissão penalmente relevante daquele que, na condição de diretor, administrador, membro do conselho e de órgão técnico, auditor, gerente e preposto ou mandatário da pessoa jurídica, detenha conhecimento da conduta criminosa e, tendo o poder para impedi-la, não o fez (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. 5ª T., j. 17/6/2008.)

Além dessa configuração, pode-se vislumbrar a responsabilização penal de dirigentes de pessoas jurídicas em crimes de lavagem de dinheiro em outros casos:

*Participação por omissão*: Pode ocorrer no caso em que, identificado o dever jurídico de evitar o resultado, o sujeito ativo toma ciência do cometimento de um crime por terceira pessoa e, podendo evitar-lhe a execução ou seu prosseguimento, resolve nada fazer para impedir que o crime siga seu curso. Nesta hipótese, o agente responde pelo delito porque contribuiu para sua realização por meio de sua omissão. Alinhado à essa hipótese, colhe-se na jurisprudência da nossa Corte Suprema:

O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa

<sup>7</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones **básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, n.2, v.41, 1988, p. 533 e ss.

haverá de concluir-se pela inexistência da autoria (STF, Ação Penal 470. Voto Min. Rosa Weber. fls. 52776. Inteiro Teor do Acórdão fls. 1161-62 de 8405)<sup>8</sup>.

É o caso do dirigente que toma conhecimento e não adota nenhuma providência em face de contratos simulados com a empresa sob sua gestão (de prestação de serviços de consultoria inexistentes, por exemplo) com determinada pessoa com o fim de limpar numerário advindo de crimes por ela praticados.

Nos casos de participação por omissão nos crimes empresariais, o próprio Supremo Tribunal Federal, na emblemática AP 470, reconheceu que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes, somente eximida se o acusado comprovar que inexistia o poder de decisão. Além disso, nesses casos, a Corte registrou a ausência de presunção de autoria para os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal<sup>9</sup>. É certo que, ao mencionar esta presunção relativa de autoria, o Supremo Tribunal Federal procurou uma resposta pragmática para o problema da dificuldade de provas no âmbito da persecução da criminalidade econômica. A decisão, na linha do que sustentam Luís Greco e Alaor Leite, parece confundir alguns conceitos doutrinários:

Alguns Ministros do STF não recepcionaram, assim, a teoria do domínio da organização desenvolvida na Alemanha, mas sim criaram algo como um domínio da posição, que fundamenta a punição (como autor de um delito comissivo doloso!) no fato de o sujeito possuir uma posição de destaque no interior de uma organização, da qual decorrem fatos puníveis, sem que estejam presentes o dolo e mesmo um comportamento concreto, isto é, uma ação ou omissão. Essa criação jurisprudencial aproxima-se bastante da figura – de todo modo, bastante problemática – da responsabilidade penal do superior, existente no direito penal internacional alguns<sup>10</sup>.

*Autoria sucessiva*: é possível que haja mais de um autor sucessivo para a prática do crime de lavagem de dinheiro. Seria o caso de diferentes e consecutivos dirigentes, administradores e gerentes tomarem conhecimento de que um dado contrato de trato sucessivo celebrado com a pessoa jurídica em que atuam (como um contrato de aluguel superfaturado, por exemplo) vise à

---

<sup>8</sup> Como muito bem pontuam Luís Greco e Alaor Leite, a teoria do domínio do fato foi utilizada no STF com uma função fundamentadora de punibilidade, isto é, “*para fundamentar a responsabilidade penal dos sujeitos em posição de comando, e não apenas o critério a determinar, por exemplo, se determinando sujeito deveria ser considerado instigador ou autor mediato de um fato punível. Não se tratou, na decisão, da questão autor/partícipe, mas da questão punível/impunível*” (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. Zis-online.com. ZIS 7-8/2015. p. 5). Para os propósitos deste trabalho, o julgado foi citado para demonstrar que a posição de garante nele mencionada é semelhante à ideia desenvolvida antes.

<sup>9</sup> Inteiro Teor do Acórdão – p. 1161-62 de 8405 STF- fls. 52776.

<sup>10</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. Zis-online.com. ZIS 7-8/2015. p. 392.

lavagem de dinheiro e, mesmo podendo, nada fazem para interromper o curso causal das novas operações financeiras ilegais.

*Autoria de escritório e mediata*: o administrador, gerente ou dirigente da pessoa jurídica será responsável pelo crime de lavagem de dinheiro quando dá as ordens aparentemente lícitas para que outros setores pratiquem os atos que produzem ocultação e dissimulação dos ativos ilícitos. Nesta situação, o dirigente da entidade utiliza-se de seu aparato jurídico e provoca a ação delitiva, que é executada por subalterno que desconhece a proibição daquele comportamento. Observe-se que, neste caso, o fundamento da responsabilidade penal não é propriamente o domínio do fato, mas a teoria da autoria mediata. Como anota Pierpaollo Cruz Bottini:

São as hipóteses nas quais o agente da lavagem usa o outro como instrumento para o ato delitivo (autoria mediata). Pode ocorrer nos casos em que o autor – comumente chamado de homem de atrás – usa alguém em erro de tipo, provocando-o a praticar a conduta sem que ele conheça as circunstâncias nas quais atua<sup>11</sup>.

Seria o caso do dirigente que, valendo-se de sua autoridade, determina que determinado setor da empresa celebre vários contratos de compra e venda com determinado corretor de imóveis mediante operações ou valores fictícios com o fim de “limpar” os numerários envolvidos no negócio fraudulento.

É verdade que a tese desenvolvida não pode desembocar na responsabilidade penal objetiva de maneira que a aferição acerca da culpabilidade do agente deve ser feita rigorosamente segundo os cânones de um direito penal volitivo, observadas algumas peculiaridades de que trataremos a seguir.

## **DA NECESSÁRIA CULPABILIDADE DO DIRIGENTE DA PESSOA JURÍDICA, O DOLO DO GARANTIDOR E O ADMINISTRADOR DE FATO**

Insta destacar que a responsabilidade penal de sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros de uma pessoa jurídica deve ser individual e, sempre, orientada pela culpabilidade. É inadmissível punir alguém pelo simples fato de ser sócio, dirigente ou administrador de determinada empresa que participa de uma atividade criminosa.

Na verdade, devem responder pelos crimes praticados por meio de uma pessoa jurídica as pessoas físicas que exercem papel determinante no delito, ainda que por omissão, isto é, aquelas que tinham poder de gestão e administração e que reuniam as características mencionadas na seção anterior. Essa constatação é feita mediante análise criteriosa dos pressupostos da respon-

---

<sup>11</sup> BOTTINI, Pierpaollo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. 3ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 168.

sabilidade da omissão imprópria do art. 13, § 2º, do Código Penal, que proclama que o omitente somente será responsável pelo resultado se “podia” evitar o resultado. Conforme ensina a doutrina de Fernando Galvão:

Cabe observar que a causalidade normativa na omissão imprópria somente se verifica se o omitente tiver o dever de agir (estiver na posição de garantidor) e, nas circunstâncias concretas, tiver a possibilidade material de intervir em defesa do bem jurídico. Não basta o dever de agir; também é necessário que o garantidor possa, no caso concreto, agir para defender o bem jurídico<sup>12</sup>.

Trata-se de elemento normativo que não pode passar despercebido na análise dos casos envolvendo delitos omissivos porque mantém o dever de ação associado aos limites ordinários da capacidade de intervenção do garante, de maneira a manter a relevância penal de sua omissão. Assim, por exemplo, para a responsabilidade penal de um dirigente de uma determinada empresa usada para auxiliar um crime de lavagem de dinheiro, deve-se verificar se sua atuação no caso se deu de maneira suficiente e estritamente restrita às suas atribuições funcionais. Isso significa que não é possível lhe atribuir a responsabilidade pelo crime nela ocorrido se seu poder de decisão não era idôneo para fazer cessar a omissão.

De forma ainda a compor o processo de aferição da omissão penalmente relevante e a responsabilidade do omitente, calha mencionar as três notas fundamentais concebidas por Cussac, Busato e Cabral: *A primeira*: sujeito não tenha realizado precisamente aquilo que foi mandado e que foi *esperado* pelo Direito, ideia que faz surgir a categoria fundamental conhecida como *posição de garante*. *A segunda* nota essencial: a omissão deve ser equivalente à ação, deve ter significado social igual à ação positiva. E a *terceira* característica é a de que se o garante, tivesse realizado a ação esperada, teria evitado o resultado<sup>13</sup>. Esta trilha metodológica é suficiente para o exame de uma atuação penalmente relevante do dirigente de uma pessoa jurídica utilizada na realização de um crime de lavagem de capitais.

Além disso, deve-se anotar que, admitida a posição de garante dos dirigentes das pessoas jurídicas, devido à inexistência de responsabilidade penal objetiva, é absolutamente necessário analisar o elemento subjetivo de sua conduta que, nos crimes omissivos impróprios, é particularmente caracterizado a partir da contribuição do agente com sua não ação, quando tinha o dever de agir para evitar a ocorrência do resultado. Com propriedade explica Juarez Cirino:

O tipo subjetivo da omissão de ação própria é o dolo, e da omissão da ação imprópria, o dolo e a imprudência. Em ambas modalidades de omissão de ação, o dolo não precisa ser constituído de consciência e de vontade, como nos tipos de ação: basta deixar

<sup>12</sup> GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Capítulo 6. item 6.1.2.3.

<sup>13</sup> CUSSAC, José L. González. BUSATO, Paulo Cesar. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Compêndio de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 227.

as coisas correrem com conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico e da capacidade de agir (na omissão própria), mais o conhecimento da posição de garante (na omissão da ação imprópria)<sup>14</sup>.

Neste particular, a adoção da *teoria da cegueira deliberada (willful blindness)* pode servir para a identificação do elemento subjetivo do autor do crime de lavagem de capitais. Como explicam Pierpaolo Bottini e Gustavo Badaró:

são casos nos quais o agente tem por possível a prática de ilícitos no âmbito em que atua, e cria mecanismo que o impedem de obter ou aperfeiçoar o conhecimento dos fatos. É o caso do doleiro que suspeita que alguns de seus clientes podem lhe entregar dinheiro sujo para operações de câmbio e, por isso, toma medidas para não receber qualquer informação mais precisa sobre sua procedência. A intencionalidade do agente em se colocar deliberadamente em situação de ignorância afastaria o erro de tipo e legitimaria o reconhecimento do dolo<sup>15</sup>.

De qualquer sorte, todas essas singulares condições dependem de uma minudente investigação, capaz de demonstrar a existência de um liame entre o fato tido por delituoso e a conduta daquele que figura nos atos constitutivos da corporação. Não por outro motivo, a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime)<sup>16</sup> deve ser comemorada porque permite o uso do agente infiltrado fora do contexto de uma organização criminosa, mesmo em situações de auxílio eventual à lavagem de capitais. A complexidade na realização da lavagem de dinheiro reclama mesmo o emprego dessas técnicas de investigação, sendo este o mérito da alteração legislativa acima. Neste sentido ensina Bruno Cezar Teixeira:

Isso significa, portanto, que a investigação do delito de branqueamento de ativos, com a novel inserção do § 6º no art. 1º da Lei nº 9.613/98, já não dependerá da existência de uma organização criminosa para que se faça uso de tais técnicas. No crime organizado, a investigação criminal termina exposta a uma esforçada descaracterização dos elementos informadores da organização criminosa a cada vez que tais medidas são utilizadas, e, ante a redação dos dispositivos legais, essa é uma questão de técnica jurídica, não uma “técnicalidade”, sendo que, no que diz respeito ao delito de lavagem, já não será mais necessário descer a tais meandros. Com a Lei nº 13.964/2019, por igual a lavagem de bens e ativos praticada fora do ambiente normativo próprio das organizações criminosas poderá dar ensejo à ação controlada e à infiltração de agentes<sup>17</sup>.

Aliás, é a investigação concreta desses atos, bem como da capacidade causal de cada um

<sup>14</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 211-212.

<sup>15</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. 3ª ed., São Paulo: RT, 2016. p. 143.

<sup>16</sup> Que acrescentou o § 6º ao art. 1º que a passou a prever que “Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes”.

<sup>17</sup> TEIXEIRA, Bruno Cezar da Cunha. Ação controlada e infiltração de agentes na lavagem de bens e ativos. In: SOUZA, Renee do Ó (org.). Lei anticrime : comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 272/273.

deles, que pode revelar a responsabilidade criminal de pessoas que não figuram formalmente como administradores da empresa, mas, na prática, conduzem seus negócios e atividades. Como bem explica Mariana Tranchesi Ortiz,

O exemplo mais vívido dessa situação é o do empresário que se vale de um “laranja” ou “testa de ferro”, em cujo nome pratica os atos de gestão da pessoa jurídica. Ao contemplar o “administrador de fato”, a norma espanhola promove “uma autêntica legalização da perspectiva fática”, por meio da qual legitima a ampliação dos conceitos legais descritivos de status jurídicos formais (diretor, administrador, gerente), para dar guarida aos indivíduos que, sem designação formal, exercem materialmente as funções que lhes são atinentes<sup>18</sup>.

Cabe, por fim, um último comentário correlato ao tema tratado nesta seção: embora seja admitido uma atenuação no rigor descritivo da denúncia em crimes societários<sup>19</sup>, uma vez identificadas as pessoas que exerceram poder de mando suficiente para determinar a prática do crime pela corporação, os órgãos de persecução devem ter o cuidado de individualizar esses atos, com indicação de seus vínculos com a pessoa jurídica, se houver, além do domínio do curso causal que suas condutas (ativas ou omissivas) tiveram para o resultado criminoso.

Ainda sobre a denúncia criminal, precisamente quanto ao crime de lavagem de capitais, argutas as observações de Francisco Cardoso:

Não é exigível, para o início da investigação, processamento e, até mesmo, condenação pela prática da lavagem de dinheiro, que tenha sido ajuizada ação penal ou obtida condenação judicial em relação à infração penal antecedente. Na verdade, a lavagem de dinheiro perdurará mesmo que desconhecido, isento de pena ou extinta a punibilidade em relação à infração penal antecedente.

(...)

Nesse sentido, a denúncia deve descrever, de forma minuciosa, os fatos que se amoldam ao tipo penal de lavagem de dinheiro, incluindo a narrativa relativa aos crimes antecedentes, de forma a demonstrar a presença de indícios robustos quanto à ilicitude dos recursos que foram objeto das operações de lavagem.

A jurisprudência pátria tem sido pacífica no sentido de que não se considera inepta denúncia que apresenta descrição detalhada dos atos de lavagem e informações suficientes quanto aos indícios da prática do crime antecedente<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> ORTIZ, Mariana Tranchesi. A atuação em lugar de outro no Direito Penal Empresarial: A responsabilidade dos representantes e gestores de fato por delitos especiais próprios. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC | Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 13-40, jan./jun. 2017, p. 28.

<sup>19</sup> Neste sentido já decidiu o STF: “Este Supremo Tribunal Federal sufraga o entendimento no sentido de que nos crimes societários, é prescindível que conste da denúncia a descrição minuciosa de cada acusado, mostrando-se consentâneo com os postulados do contraditório e da ampla defesa que se exponha o vínculo dos acusados com a sociedade comercial e que se narre as condutas delituosas de forma a possibilitar o exercício do direito de defesa”. (STF – HC 149328 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, 1ª. T, j. 01/12/2017, public. 15-12-2017).

<sup>20</sup> CARDOSO, Francisco de Assis. Lei 9.613/1998. In: Leis Penais Especiais Comentadas. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó (org.). 3ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm. 2020, p. 1358.

E conclui o autor:

Da mesma forma, quando da apresentação da exordial acusatória, não se pode exigir que o conhecimento acerca da ilicitude que macula os bens objeto da conduta típica seja preciso por parte do agente delituoso. Assim, não é necessária a demonstração de que o agente tinha conhecimento preciso de quais crimes ou contravenções penais foram praticadas, gerando o proveito financeiro empregado nas atividades de lavagem<sup>21</sup>.

## CONCLUSÃO

A utilização de pessoas jurídicas para desenvolvimento das relações econômicas, por vezes, sofre desvios para o encobrimento de atos ilegais, típicos da lavagem de dinheiro e capitais, mediante, por exemplo, a celebração de contratos simulados, voltados unicamente a conferir aparência de lícito para ativos advindos de práticas criminosas antecedentes.

O presente trabalho explora as disposições jurídicas atuais capazes de embasar a responsabilidade penal individual dos dirigentes das pessoas jurídicas que prestam auxílios no cometimento de crime de lavagem de capitais, muitos dos quais, praticados de forma eletrônica e mediante decisões automáticas, que podem dificultar a identificação dos autores da conduta criminosa.

O reconhecimento de normas que posicionam e responsabilizam os dirigentes das pessoas jurídicas, que os investem em deveres especiais de proteção, vigilância e assunção, bem como a configuração normativa que os posiciona como garantes, afiguram-se suficientes para assentar suas responsabilidades penais individuais por atos praticados pelas pessoas jurídicas em que atuam, observados predicados como domínio sobre a fonte de perigo, poder de interrupção de consumação do ilícito e a culpabilidade pelo ato.

A lavagem de dinheiro é uma infração penal frequentemente praticada no contexto de atividades regulares de uma pessoa jurídica, como estratégia para misturar os frutos ilícitos com os ganhos legítimos. Essa prática complexifica a identificação e responsabilização de seus autores, criando um desafio significativo para as autoridades. Nesse sentido, o desenvolvimento de parâmetros jurídicos específicos, que permitam identificar e responsabilizar penalmente os dirigentes das pessoas jurídicas utilizadas nessas operações, configura uma necessidade urgente para o direito brasileiro. A ausência de tais parâmetros pode reforçar a premissa dos *White collar crimes*, segundo a qual certas pessoas — geralmente sagazes e ocupantes de posições de prestígio — conseguem escapar do alcance das agências de controle, perpetuando a sensação de impunidade.

---

<sup>21</sup> CARDOSO, Francisco de Assis. Lei 9.613/1998. In: Leis Penais Especiais Comentadas. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó (org.). 3ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm. 2020, p. 1359.

## REFERÊNCIAS

- BOTTINI, Pierpaollo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. 3ª ed., São Paulo: RT, 2016.
- CARDOSO, Francisco de Assis. Lei 9.613/1998. In: Leis Penais Especiais Comentadas. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó (org.). 3ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm. 2020.
- CONSERINO, Cassio Roberto; (Coord.) VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2011.
- CUSSAC, José L. González. BUSATO, Paulo Cesar. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Compêndio de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 53.
- GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. Zis-online.com. ZIS 7-8/2015.
- JAKOBS, Günter. Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, v. 1. 7.a ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 1993.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forensse, 2020, p. 233.
- ORTIZ, Mariana Tranchesi. A atuação em lugar de outro no Direito Penal Empresarial: A responsabilidade dos representantes e gestores de fato por delitos especiais próprios. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC | Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 13-40, jan./jun. 2017.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, n.2, v.41, 1988.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- TEIXEIRA, Bruno Cezar da Cunha. Ação controlada e infiltração de agentes na lavagem de bens e ativos. In: SOUZA, Renee do Ó (org.). Lei anticrime : comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020.



# ANÁLISE ACERCA DA LEI MARIANA FERRER, Nº 14.245/21, E A SUA IMPORTÂNCIA NO COMBATE A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CONTRA AS MULHERES NO BRASIL

## *ANALYSIS OF MARIANA FERRER LAW, Nº 14.245/21, AND ITS IMPORTANCE IN COMBATING INSTITUTIONAL VIOLENCE AGAINST WOMEN IN BRAZIL*

*Helaine da Silva Pimentel Pereira<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Análise do caso Mariana Ferrer. 2 Os objetivos da Lei 14.245/21: a luta contra a revitimização. 3 O papel do patriarcado e do machismo no contexto de violência contra a mulher. 4 Alterações promovidas pela lei 14.245/21. 5. Outros avanços legislativos. 6 Conclusão.

### **RESUMO**

Com 83.988 casos de estupro notificados no Brasil em 2023 e a expectativa de que os números reais sejam ainda maiores, o presente artigo visa realizar análise acerca da Lei Mariana Ferrer, n. 14.245/21, que objetiva lutar contra a violência institucional e a revitimização no Brasil, como forma de proteção da vítima e de seus direitos constitucionais no processo penal. Assim, o presente artigo traz a seguinte problemática: o caso Mariana Ferrer foi importante para o avanço da legislação brasileira? Para atingir o fim proposto, será efetuada contextualização sobre como o machismo, o patriarcado e os casos de estupro se apresentam na sociedade brasileira, bem como análise legislativa e doutrinária, a fim de traçar um parâmetro entre o que já foi feito e o que ainda falta ser realizado para que se possa atingir maior igualdade de tratamento e proteção para as vítimas de crimes contra a dignidade sexual, em especial, as mulheres.

**Palavras-chaves:** Machismo. Violência Institucional. Estupro. Lei 14.245/21. Palavra da Vítima.

### **ABSTRACT**

With 83,988 rape cases reported in Brazil in 2023 and the expectation that the real numbers will be higher, this article aims to analyze the Mariana Ferrer Law, n. 14,245/21. This law aims to fight against institutional violence and revictimization in Brazil, as a way of protecting the victims and their constitutional rights in the legal process. Thus, this article raises the following problem: was the Mariana Ferrer case responsible for the advancement of Brazilian legislation? In order to reach the proposed end, contextualization will be carried out on how machismo, patriarchy and cases of rape present themselves in Brazilian society, as well as legislative and doctrinal analysis, in order to draw a parameter between what has already been done and what is still to be done so that we can achieve greater equality of treatment and protection for victims of crimes against sexual dignity, especially women.

**Keywords:** *Machismo*. Institutional Violence. Rape. Law 14.245/21. Victim's Word.

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça no Estado do Espírito Santo; Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória – FDV); Especialista *latu sensu* em Direito Público com ênfase em Direito Penal Substantivo e Processual ministrado em convênio firmado entre a Escola da Magistratura do Espírito Santo (EMES) e Faculdade de Direito de Vila Velha (UVV); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). *E-mail:* helaine.pimentelpereira@gmail.com. *Orcid:* <http://orcid.org/0000-0002-2611-4167>. *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/8057590739898824>.

## INTRODUÇÃO

Inicialmente, importante mencionar que, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2023, foram contabilizados 83.988 casos de estupro em ocorrências policiais, o que equivale a 1 crime de estupro cometido no país a cada 6 minutos.<sup>2</sup>

Ressalta-se que esse número não abrange os diversos casos mantidos em sigilo, muitas vezes por medo, pela vergonha, pela sensação de impunidade, bem como pela ausência de meios para tornar isso público, visto que, em muitos casos, a violência é perpetrada dentro do espaço da casa e contra menores de idade, tendo como vítimas mulheres, crianças e adolescentes subjugados pela violência e pelo poder. Nesse sentido, Samira Bueno, diretora-executiva do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, referindo-se ao levantamento de dados referentes ao ano de 2021, relatou que a subnotificação era imensa, devendo os números reais serem 5 vezes maiores do que os efetivamente contabilizados.<sup>3</sup>

Sob essa ótica, destaca-se que as vítimas, em sua maioria do sexo feminino, encontram-se em estado de extrema vulnerabilidade, principalmente ao se depararem com questionamentos acerca da validade do seu discurso e acerca da sua responsabilidade na ocorrência do crime, quando tentam noticiar os fatos e expor o seu agressor. Tais interpelações encontram sua base de sustentação em um discurso machista, consolidado na sociedade e reforçado, inclusive, por mulheres, que tendem a descredibilizar suas iguais, mesmo que inconscientemente, porquanto inseridas neste mesmo sistema patriarcal.

Embora muito já tenha sido feito em prol da mudança desse paradigma, como a criação de delegacias especializadas, em que o atendimento é prioritariamente realizado por mulheres, no intuito de evitar constrangimentos e de permitir diálogos mais abertos, sem preconceitos de gênero, constata-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido, consoante se pode observar por meio das estruturas ideológicas no entorno do episódio conhecido como caso Mariana Ferrer, que deu origem à norma legal em análise.

## 1 ANÁLISE DO CASO MARIANA FERRER

O caso em análise diz respeito ao recorte de um fato ocorrido em dezembro de 2018, em que a vítima, Mariana Ferrer, com 21 anos na época dos fatos, denunciou ter sido dopada e es-

---

<sup>2</sup> Para saber mais, acesse o arquivo do Fórum de Segurança Pública sobre Violência contra Mulher em: <forumseguranca.org.br/anuario-2024>.

<sup>3</sup> Para mais informações, veja a notícia na íntegra: <Brasil registra um estupro a cada dez minutos em 2021 | Exame>.

tuprada por um empresário, em uma festa ocorrida nas dependências do local denominado Café de La Musique, no Estado de Santa Catarina.<sup>4</sup>

Ocorre que, durante a instrução da ação penal relacionada à apuração de tal fato, o advogado constituído para a defesa do empresário apresentou, como documentos comprobatórios da tese defensiva, fotografias sensuais da vítima, definindo-as como “ginecológicas”, além de fazer declarações, durante o transcorrer da audiência judicial, no sentido de que “jamais teria uma filha do nível” da vítima, e que “não adianta vir com esse teu choro dissimulado, falso e essa lábia de crocodilo”.<sup>5</sup>

Destaca-se que todo esse contexto foi presenciado pelo magistrado, tendo a vítima, inclusive, expressado pedido de respeito à sua pessoa, ao solicitar, com suas próprias palavras, “Excelentíssimo, eu tô implorando por respeito, nem os acusados são tratados do jeito que estou sendo tratada, pelo amor de Deus, gente. O que é isso?”<sup>6</sup> Contudo, apesar das interferências do juiz, a vítima foi repetidamente humilhada durante a audiência, por meio de supostas provas e afirmações acerca de seu caráter e de seu comportamento, que não eram aptas a influenciar no processo.

Tendo em vista o caráter sigiloso do processo penal em questão, tais informações só chegaram à mídia e se tornaram públicas em virtude de revelação realizada por meio do sítio eletrônico The Intercept Brasil. Posteriormente, noticiou-se que o acusado foi absolvido pelo juízo, em consonância com a tese apresentada pelo Promotor de Justiça, em sede de alegações finais, de não ter sido possível comprovar que a vítima Mariana Ferrer não possuía capacidade para consentir com o ato sexual.

Entretanto, tamanha foi a humilhação sofrida pela vítima, que foi aprovado pelo Congresso Nacional o projeto de lei nº5.096/20, denominado Mariana Ferrer, tendo este sido sancionado pelo Presidente da República, dando origem à Lei Mariana Ferrer, número 14.245/21.

Referida norma legal exsurge, portanto, em meio a um complexo contexto entre preconceitos de gênero e evolução sociocultural, que torna ainda mais tortuoso o percurso percorrido pelas mulheres vítimas das mais diversas violências motivadas pelo gênero, na busca pela defesa de seus direitos e garantias fundamentais. A propósito, ao tratar sobre o crime de feminicídio, Silvia Chakian (2024, p. 533) explicita que

---

<sup>4</sup> Para saber mais, leia a reportagem: <Justiça mantém absolvição de acusado de estuprar Mariana Ferrer | CNN Brasil>.

<sup>5</sup> Para saber mais, acesse: <Caso Mariana Ferrer termina com ‘estupro culposo’ e advogado humilhando vítima (theintercept.com)>.

<sup>6</sup> Para saber mais, acesse: <Caso Mariana Ferrer termina com ‘estupro culposo’ e advogado humilhando vítima (theintercept.com)>.

O próprio contexto que costuma se impor sobre as mulheres que conseguem romper inúmeras barreiras e denunciar histórico de violência de gênero é revelador do calvário de julgamento moral público e perverso que as mulheres vítimas costumam atravessar quando denunciam os autores: acusadas de serem loucas, vingativas ou, em casos de autores famosos e ricos, interesseiras. Ainda estamos, portanto, entre o paradoxo entre a evolução legislativa, com o aumento dos instrumentos de proteção, canais de denúncia, até ampliação da compreensão sobre violência na sociedade; e de outro lado o descrédito da palavra da vítima de violência, o julgamento moral, a persistência dos mitos e crenças sobre seu comportamento antes, durante e pós denúncia.

Diante desse panorama, a supramencionada lei foi responsável pela alteração do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, para “coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo”, como dispõe seu artigo primeiro.

Nessa perspectiva, acrescenta aos supramencionados diplomas legais que, nas audiências de instrução e julgamento, bem como durante a instrução em plenário e nas audiências perante os juizados especiais,

todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Isto é, enfatiza o dever legal das partes processuais de respeito à vítima, proibindo a utilização de meios inidôneos e que causem constrangimento, bem como estabelecendo o dever dos representantes legais de coibir as práticas supracitadas.

## **2 OS OBJETIVOS DA LEI 14.245/21: A LUTA CONTRA A REVITIMIZAÇÃO**

Sob a ótica dos fatos que levaram à edição desta norma legal, exsurge como seu objetivo primordial a ampliação dos direitos das mulheres no âmbito do sistema de justiça processual penal, assim como a sua proteção, por meio da previsão legal de punições para todos aqueles que, durante audiências e julgamentos, causarem constrangimento a vítimas e testemunhas de crimes.

Nesse sentido, a lei visa prevenir a ocorrência da propagação da vitimização decorrente da violação da lei penal, como forma de adequada e eficiente proteção da vítima, de seus interesses, direitos e garantias processuais, eis que, segundo Fabiola Moran (2020, p. 111)

Assim, deve a vitimização ser concebida não apenas como provocada e resultante da conduta praticada em desacordo com a lei penal, mas como um processo que se inicia a partir do evento criminoso, estendendo-se a todas as consequências dele derivadas.

Para tanto, é importante esclarecer que, no contexto da ocorrência de crimes, a vitimização primária diz respeito aos efeitos advindos de modo imediato da prática criminosa sofrida, como os danos materiais, morais e psicológicos enfrentados por aquele indivíduo que foi alvo do delito. Por seu turno, a revitimização ocorre de modo mediato, sendo também denominada de vitimização secundária e vitimização terciária.

Com base nessa subdivisão, “o termo vitimização secundária refere-se aos efeitos negativos derivados da interação da vítima com as instâncias formais de controle social” (MORAN, 2020, p. 115).

Essa revitimização pode ocorrer em qualquer momento posterior à ocorrência do delito em si, desde o atendimento inicial por partes dos agentes policiais que, por exemplo, debocham, desconfiam da palavra da vítima, ou não proporcionam o acolhimento devido diante da situação de vulnerabilidade da vítima, como também durante a fase de instrução processual, quando a vítima sente-se maltratada pelo sistema jurídico, aqui compreendido desde a sua estrutura física, quando, por exemplo, não dispõe de espaços adequados para preservá-la de contato não desejado com terceiros – tal como o réu e familiares deste – como a sua estrutura humana, que por vezes não lhe fornece a adequada informação e tratamento com respeito e dignidade.

Nesse sentido, a vitimização secundária compreende as condutas praticadas pelos agentes do Estado, responsáveis pela justiça, e por todos os atores processuais quando causam novo e desnecessário sofrimento à vítima, para além das sequelas da prática delitiva sofrida.

Dentre os agentes abarcados pela previsão legal com a possibilidade de responsabilização pela subjugação de novo sofrimento às vítimas e às testemunhas encontram-se diversos atores do sistema de justiça, como policiais, juízes, peritos, advogados, entre outros membros das instituições responsáveis pela promoção da justiça (BERISTAIN, 2000, p.105).

Por seu turno, a vitimização terciária é decorrente da reação da sociedade, em relação à vítima, frente ao crime por ela sofrido, o que leva à inversão de papéis, eis que a vítima acaba por passar por uma espécie de julgamento social quanto às circunstâncias que a levaram a ser alvo da ofensa criminal, transmitindo para ela o sentimento e o estigma de culpa pelo delito sofrido, causando-lhe reações de isolamento e retração e, por conseguinte, sofrimento para além do ato criminoso sofrido.

Ressalta-se que a ocorrência da revitimização transparece como comum no sistema de justiça brasileiro, não somente em razão do caso em apreço, mas em virtude da prevalência e da reprodução de ideias e concepções machistas, enraizadas no meio social e também no

subconsciente dos indivíduos, concepções estas que embasam o questionamento, como se legítimo fosse, acerca da idoneidade das mulheres, ali postas na condição de vítimas.

O que se denota é que tais concepções, de nítido substrato machista e patriarcal, dão aparência de naturalidade às condutas de subjugação da vítima, como a exibição e juntada de fotografias para demonstrar que aquele ser humano não é “puro”, que teve culpa em seu estupro, como se a roupa utilizada pela vítima fosse influenciar no cometimento do crime. Importante destacar que,

Contudo, quando se adentra na questão da violência contra a mulher, principalmente quando se faz referência aos crimes sexuais, a influência discriminatória dos estereótipos se revela ainda mais impactante e prejudicial às mulheres porque é nesse ambiente que toda a simbologia negativa a elas atribuída é fortemente empregada, transparecendo o direcionamento do esforço hermenêutico não para a subsunção dos fatos à norma jurídica, mas principalmente para a consideração se as mulheres, caso a caso, encaixam-se ou não no padrão esperado de vítima, na conformação à ideia de vítima ideal, e, de modo semelhante, quais homens podem ser enquadrados como criminosos sexuais (PEREIRA, 2023, p. 112-113).

Sob essa ótica e para desconstrução dessas práticas de opressão contra as mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual, existe apenas uma certeza, a de que vítima não pode ser responsabilizada pelo delito sofrido e, menos ainda, por agentes do sistema de justiça, logo aqueles que possuem o dever ético e legal de protegê-la, de zelar por seus direitos e garantias processuais, neles especialmente incluídos sua a sua dignidade, eis que primado constitucional.

À luz do exposto, pode-se vislumbrar a relação entre a enorme subnotificação dos casos de estupro na sociedade brasileira e o tratamento conferido às vítimas de tais crimes, por parte do sistema de justiça, porquanto seja possível que diversas vítimas desistam de se pronunciar, desistam de buscar a proteção estatal, por medo de se tornarem também vítimas da violência institucional supracitada. Afinal, como afirma Soraia da Rosa Mendes (2020, p. 93), “o direito não passa incólume ao simbolismo de gênero e menos ainda ao patriarcado. Por consequência, o modo de funcionamento do sistema de justiça criminal também não”.

Outro fator passível de contribuição para os índices de subnotificação decorre das dificuldades enfrentadas para a condenação dos culpados, uma vez que crimes contra a dignidade sexual, na maioria das ocasiões, são praticados entre quatro paredes, sem testemunhas, sem provas materiais robustas, e a palavra da vítima parece não ser suficiente. Principalmente quando todo o aparato jurisdicional, advogados, suspeitos e, até mesmo, agentes públicos, adotam, como prática, deslegitimá-la.

Nesse espectro, é imperativo exemplificar que, caso a vestimenta, de fato, importasse para o desiderato da prática delitiva, bebês e crianças não seriam vítimas de estupros. Entretanto, esse não é o caso, eis que as estatísticas revelam que 76% das vítimas de estupro reportadas no

ano de 2023, no Brasil, possuíam entre 0 e 13 anos, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2024, p. 162) e 86,4% dos autores desses crimes eram conhecidos das vítimas, em sua maioria familiares e pessoas próximas ((2024, p. 168).

Isto é, o que se constata é que as roupas utilizadas ou as fotos postadas, em nada tiveram a ver com o cometimento de delitos sexuais, portanto, não apresentam valor probatório necessário ao processo penal. Pelo contrário, quando utilizadas no contexto probatório, possuem o condão único de buscar a invalidação, a desvalorização da palavra da vítima, bem como humilhá-la, como se a agressão praticada pelo acusado fosse justificada, mesmo quando essa é injustificável.

Nesse diapasão, Vera Regina Pereira de Andrade leciona que a violência institucional “[...] reproduz a violência estrutural das relações sociais patriarcais e de opressão sexista [...]” (1996, p.107). Assim, a palavra das vítimas de crimes contra a dignidade sexual é desmerecida, sendo desconsiderada a gravidade do crime frente à prática discursiva de se duvidar acerca do caráter da vítima. A propósito, aduz Fabiola Moran (2020, p. 120),

Nesse sentido, podemos afirmar que, por conta da vitimização secundária, mas também por temor ao estigma provocado pela vitimização terciária, muitos ofendidos deixam de reportar uma nova vitimização às autoridades, engrossando as estatísticas de subnotificação. São direitos da vítima o respeito, reparação e proteção, os quais se materializam em verdadeiras metas para o aprimoramento do seu atendimento por parte das instâncias formais de controle social, bem como para a promoção de uma nova consciência na sociedade e instâncias informais de controle.

Portanto, imperativa a busca pela adoção de práticas que evitem a revitimização, para que o sistema de justiça criminal não seja seletivo em relação às vítimas que possuem direito a sua proteção, bem como para que elas possam sentir-se confortáveis em buscar a justiça, por meio do Estado, e não oprimidas por este.

### **3 O PAPEL DO PATRIARCADO E DO MACHISMO NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

No contexto da violência contra a mulher, tem-se que a análise dos conceitos de patriarcado e de machismo mostra-se relevante para melhor dimensionamento do problema, especialmente quanto aos pressupostos que levaram à edição da Lei Mariana Ferrer.

As origens do patriarcado são muito antigas e foram sedimentadas, ao longo dos séculos, na profusão de sistemas de dominância masculina sobre as mulheres tanto no meio doméstico como no âmbito social, tornando-se parte da construção social das relações humanas, eis que, segundo Gerda Lerner (2019, p. 261), “os papéis e o comportamento considerados apropriados aos sexos eram expressos em valores, costumes, leis e papéis sociais”.

Na mesma toada, mas com significado mais amplo, o “machismo define a ideologia de supremacia masculina, de superioridade masculina e de crenças que a apoiem e sustentem. Machismo e patriarcado se reforçam de forma mútua” (LERNER, 2019, p. 291).

Contudo, de importância ímpar é a compreensão de que “as mulheres participam no processo de sua subordinação, porque internalizam a ideia de sua inferioridade” (LERNER, 2019, p. 21). Nessa mesma esteira, Simone de Beauvoir aduz que “o fato é que os homens encontram em sua companheira mais cumplicidade do que em geral o opressor encontra no oprimido; e disso tiram autoridade para declarar com má-fé que ela *quis* o destino que lhe impuseram” (1967, p.490).

Percebe-se, portanto, que patriarcado e machismo caminharam juntos, como sistema de controle e ideologia ao longo do curso histórico e cultural, de forma a sedimentar a dominação masculina por meio da submissão feminina, exercida institucionalmente, a princípio, pelo poder da força para, em seguida, ser aprimorada por outros mecanismos e técnicas, como o controle moral, do discurso e da educação.

Esse foi o contexto propulsor da desvalorização simbólica da figura feminina, visto que as mulheres que, antes, eram tidas como deusas, passaram a representar apenas o papel materno, sendo admitido e propagado como fato, na filosofia aristotélica, que as mulheres eram seres humanos incompletos e defeituosos (LERNER, 2019, p. 35). Observa-se, ainda, que, por meio da religião, as mulheres desceram um degrau em relação à figura masculina, colocaram-se como seguidoras de um Deus, homem, perfeito, a quem deviam obediência, em virtude de suas falhas.

Mas não apenas isso, durante o curso da história, diversos são os momentos em que as mulheres são objetificadas para propiciar transações entre tribos ou famílias. Nessa esteira, Lévi-Strauss (apud LERNER, 2019, p. 77) explica que, “[...] nesse processo, mulheres são “reificadas”, passam a ser desumanizadas e vistas mais como coisas do que como seres humanos”. Ademais, “a proibição do incesto é menos uma regra que proíbe o casamento com a própria família do que uma regra que obrigue o oferecimento das mulheres, moeda de troca” (LERNER, 2019, p. 51).

Desenvolve-se, por conseguinte, a objetificação das mulheres pautada no sexo, com base na ideia de um contrato sexual, por meio do qual os homens passam a assegurar seu patrimônio e seus interesses, inclusive financeiros e políticos, no seu suposto direito sobre as mulheres, como se objeto fossem, porquanto as mulheres eram consideradas desprovidas das capacidades e atributos necessários para integrarem a classificação de indivíduos. Afinal, “a diferença sexual é uma diferença política; a diferença sexual é a diferença entre liberdade e sujeição” (PATEMAN, 1993, p. 21).

Diante desse cenário histórico de construções e práticas culturais, evidencia-se, ainda no contexto atual, a prevalência da ideologia machista, a qual sustenta a busca pela culpabilização



das mulheres vítimas, especialmente em casos de crimes de estupro, ora pela exposição do conteúdo postado em suas redes sociais, ora pelas roupas utilizadas, ora pelo comportamento demonstrado fora de suas residências, porque o viés que move tais estratégias e interpretações de comportamento ainda é pautado pela ótica da subjugação e da inferiorização das mulheres.

Constata-se, contudo, que não ultrapassam o patamar de estratégias no intuito de deslocar o foco do agressor e da conduta por ele praticada para o caráter e o comportamento da vítima, como se houvesse algo hábil a justificar a violência cometida contra a mulher, tal como nos casos da ignóbil alegação defensiva de suposta legítima defesa da honra, já diversas vezes rejeitada pelos tribunais brasileiros, ao ponto de ser declarada inconstitucional.

Tais práticas manifestam a desigualdade de tratamento entre os gêneros e se tornaram tão institucionalizadas que exigem grande esforço para a mudança dos paradigmas interpretativos e comportamentais, demandando ações concretas como a declaração expressa de inconstitucionalidade da tese de legítima defesa da honra, haja vista que,

[...] a estrutura do patriarcado foi responsável por moldar a maneira com que se enxergam os membros da sociedade, bem como os papéis a eles atribuídos e, inclusive, as práticas institucionais, nestas incluídas as jurídicas, tendo em vista que essa desigualdade encontra-se enraizada no meio sociocultural, o que a leva a ser considerada, por muitos, como “normal”, porquanto universalidade por força do exercício do poder patriarcal (GAZELE; PEREIRA, 2024, p. 72).

Nessa toada de inferiorização e subjugação que impõe às mulheres um patamar reduzido de consideração à sua pessoa e aos seus direitos, a preocupação com a opressão e com o silêncio estruturalmente impostos aos grupos mais vulneráveis da população é externada por Djamila Ribeiro (2020, p. 63), ao aduzir que

as experiências desses grupos localizados socialmente de forma hierarquizada e não humanizada faz [sic] com que as produções intelectuais, saberes e vozes sejam tratados de modo igualmente subalternizados, além das condições sociais os manterem num lugar silenciado estruturalmente.

Assim, constata-se que os estereótipos de gênero são reproduzidos socialmente e, pela dificuldade de encontrar espaço, escuta e visibilidade daqueles realmente impactados por esse processo de subjugação, são dificilmente superados.

De fato, tais estereótipos manifestam-se de diversas maneiras em detrimento de mulheres na atividade jurisdicional como, por exemplo, por meio da influência na apreciação da relevância de um determinado fato para o julgamento, em virtude de ideias preconcebidas de gênero. Destaca-se que a supramencionada influência se dá, muitas vezes, em virtude da discriminação inconsciente, definida por Adilson José Moreira (2020, p. 436) como aquela que designa

atos que afetam o julgamento do agente sobre membros de outros grupos, sendo que ele não está ciente das motivações de seu comportamento. Ela pode ser classificada como inclinações pessoais que determinam a preferência por ou a rejeição a membros de determinados grupos, sem que essa preferência ou rejeição seja acompanhada de um julgamento consciente sobre eles”.

Portanto, imperativo mostra-se o estudo acerca do desequilíbrio das relações de gênero no sistema de justiça, em consonância com a criação de novas normas jurídicas e mecanismos para o seu enfrentamento, como a norma legal ora em análise, para que a material igualdade, prevista constitucionalmente, possa, de fato, prevalecer.

#### **4 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 14.245/21**

Impera salientar que a violência institucional contra as mulheres encontra-se definida pelo Conselho Nacional de Justiça, no artigo 9º, caput, da Resolução 254, de 04 de setembro de 2018, *in verbis*:

Configura violência institucional contra as mulheres no exercício de funções públicas a ação ou omissão de qualquer órgão ou agente público que fragilize, de qualquer forma, o compromisso de proteção e preservação de direitos das mulheres.

Ademais, dispositivo de teor semelhante encontra-se previsto no art. 4º, inciso IV, da Lei 13.431/17, conforme se observa:

Art. 4º.

(...)

IV – violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização.

Sob essa ótica, também se buscou evitar, em âmbito institucional, a ocorrência de revitimização no curso processual, em consonância com diversos documentos internacionais que priorizam a maior proteção às vítimas, tal como a Resolução 40/34 da Organização das Nações Unidas, cujo artigo 4º dispõe que

Art. 4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciárias e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional.

Assim, o diploma legal estipulado pela Lei 14.245/21 foi responsável pela introdução dos artigos 400-A e 474-A ao Código de Processo Penal, e do art. 81 à Lei 9099/95, de modo a disciplinar acerca dos deveres das partes na instrução dos ritos ordinário, do júri e sumaríssimo, conforme se observa:

Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I- a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II- a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunha.

De maneira sucinta, são estabelecidos pela precitada lei quatro pontos principais, quais sejam: i. a vedação às provas alheias aos fatos objeto de apuração nos autos, bem como a utilização de linguagem e apresentação de conteúdo que ofendam a dignidade da vítima ou testemunha; ii. a imposição legal de deveres para os sujeitos processuais; iii. o estabelecimento de limitação processual às partes; iv. a responsabilização civil, penal e administrativa.

Nesse diapasão, a compreensão do disposto no inciso I dos artigos supramencionados deve ser realizada em conjunto com a disposição do *caput*, haja vista que o conteúdo vedado, aquele alheio aos fatos objeto de apuração nos autos, também não pode fazer menção a elementos que impliquem constrangimento da vítima e das testemunhas, seja por meio de dados que ofendam a sua dignidade ou por meio de situações que acarretam a abusiva exposição da integridade e intimidade destas.

Portanto, não diz respeito somente às provas que sejam processualmente irrelevantes, mas também a todas as provas que possuam caráter invasivo ou desrespeitoso, que acarretem uma despropositada exibição da vida privada dos indivíduos presentes na instrução penal.

Já o inciso II dispõe acerca da limitação à produção das provas que possuam relação ao objeto dos autos, por conseguinte, torna-se inadmissível o excesso de linguagem, informações ou qualquer material ofensivo às vítimas ou testemunhas. Nessa medida, resta proibida a utilização de expressões constrangedoras, bem como de fotografias ou imagens disponibilizadas em redes sociais, com o intuito de realizar apreciações acerca da honra, ou até mesmo suposições no que tange a relacionamentos prévios da ofendida, por exemplo.

À luz do exposto, é criada, pelo dispositivo legal, uma limitação processual no que tange ao conteúdo daquilo que poderá ser apresentado nos autos, sendo imprescindível a atuação do magistrado na hipótese de desrespeito. Nesse sentido, ressalta-se a opção do legislador pelo não estabelecimento de uma sanção processual. Contudo, verifica-se a possibilidade de rotulação da prova produzida como sendo imprestável, por parte do magistrado, a depender do caso concreto.

Assim, a legislação em comento revela-se como uma norma processual de garantia, que busca a proteção das vítimas e das testemunhas e, por conseguinte, o respeito às suas vidas

privadas, durante o processo penal, além de estabelecer deveres jurídicos para as demais partes, quais sejam: magistrado, membro do ministério público, réu, defensor, órgãos auxiliares e peritos. Nessa esteira, encontra-se o ensinamento de Marco Antônio de Barros (2019, p. 186), no sentido de que

São sujeitos principais: o órgão da acusação; o réu e o seu defensor; e o juiz. Não pode haver formação da relação jurídica processual sem a intervenção desses sujeitos. De outro vértice, incluem-se no rol de sujeitos processuais secundários: a testemunha, o perito e os órgãos auxiliares da Justiça.

No que tange à responsabilização penal, a Lei 14.245/21 promoveu a alteração do art. 344 do Código Penal, com a inclusão do parágrafo único, para que a pena seja aumentada de 1/3 até a ½ em processos que envolvam crimes contra a dignidade sexual, conforme se destaca:

Art. 344 – Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até a metade se o processo envolver crime contra a dignidade sexual. (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)

Contudo, o constrangimento que se busca prevenir com a norma legal em apreço, via de regra, não se dá por meio de violência ou grave ameaça, mas sim por outros meios, como a humilhação, o que torna o supramencionado dispositivo pouco útil, na prática.

## 5 OUTROS AVANÇOS LEGISLATIVOS

Destaca-se um avanço alcançado em relação à proteção das vítimas, por meio da tipificação da violência institucional. Isso porque a promulgação da Lei 14.321, de 31 de março de 2022, repercute inovação legislativa mediante a tipificação de crime para a conduta de violência institucional, exibindo a seguinte redação:

Altera a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, para tipificar o crime de violência institucional.

Art. 1º Esta Lei tipifica o crime de violência institucional.

Art. 2º A Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 15-A:

“Violência Institucional

Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:

I - a situação de violência; ou

II - outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços).

§ 2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro.

Por conseguinte, tem-se que os objetivos elucidados no item 2 adquiriram a aptidão de serem devidamente alcançados com a criminalização da violência institucional, que até então era penalizada apenas de maneira indireta, por meio do dever de zelar pelas partes, previsto na lei 14.245/21.

Ressalta-se, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça elaborou o “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” em 2021, visando estabelecer parâmetros a serem seguidos pelo Poder Judiciário e todos os seus integrantes, no intuito de criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas, bem como de “reconhecer que a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito [...]” (2021).

Ao lado da inovação legislativa, com o estabelecimento do precitado protocolo institucional, propõe-se, concomitantemente, uma mudança nas práticas judiciárias, a fim de os percalços que impossibilitam a percepção de uma igual dignidade entre mulheres e homens sejam superados, com a utilização da metodologia do “juízo com perspectiva de gênero”.

Desse modo, pretende-se que os julgamentos ocorram com atenção às desigualdades e com o intuito de neutralizá-las, na busca por uma mudança cultural que autorize o atendimento dos objetivos fundamentais da Constituição, com o alcance de uma equidade substantiva para mulheres e homens.

Nessa esteira, Adilson José Moreira (2020, p. 147) aduz que “as instituições estatais devem atuar para que essas disparidades possam ser corrigidas de forma que o ideal do tratamento igualitário possa ser alcançado”, bem como no sentido de que “ações governamentais devem estar focadas em um tópico fundamental: o empoderamento de grupos minoritários e de grupos vulneráveis” (MOREIRA, 2020, p. 730), para a promoção plena dos princípios constitucionais de liberdade e de dignidade da pessoa humana.

## 6 CONCLUSÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, quando este expressa, de maneira objetiva, que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) a dignidade da pessoa humana”.

O supramencionado princípio rege a Constituição Brasileira e se revela como responsável por delimitar a atuação estatal no processo penal, em virtude de sua força normativa. Assim, determina que, na seara criminal, dentre outras coisas, o Estado deve atuar de modo a proteger as pessoas e, por conta de sua faceta de proteção eficiente, a não permitir que haja a violação da dignidade das vítimas durante a instrução processual.

Portanto, é dever do Estado garantir a preservação da dignidade da vítima, assim como de toda a sociedade. Dessa maneira, as alterações legislativas apresentadas são essenciais para que esse princípio seja concretizado, com a efetiva proteção da intimidade e da vida privada das vítimas. Assim, destaca-se que a importância das medidas adotadas reside na observância do princípio da dignidade humana e das garantias processuais das vítimas.

Ademais, no espaço público, tanto quanto na dimensão privada, tratamento justo é o que se espera por ser ele derivado do respeito aos direitos e garantias fundamentais de todos os seres humanos. Destarte, imperioso o estabelecimento de normas antidiscriminatórias e de uma cultura democrática no intuito de impedir práticas que obstem a participação dos indivíduos, aqui representados pelas vítimas mulheres, de maneira plena, haja vista todos serem atores competentes para agirem em busca de resposta estatal a toda e qualquer violação de seus direitos.

Nesse sentido, a criação das normas legais em análise são pequenos passos em direção à igualdade de tratamento de homens e mulheres na sociedade e por parte do sistema de justiça, mas representam grandes passos para a dignidade da vítima, principalmente da vítima mulher, nos processos judiciais. Afinal, válida é a dimensão de que, para se alcançar efetivamente a igualdade, todos devem poder conviver harmonicamente, sem a cogente sensação de necessidade de adequação a parâmetros comportamentais supostamente eleitos, pelo meio social, como mais adequados que outros.

Ao serem estabelecidos limites, deveres processuais e tipificadas condutas, impede-se ou, ao menos, tenta-se impedir, a revitimização durante o processo, objetivo este que está intimamente ligado com a proteção das vítimas e com o suporte para que todos busquem a proteção do Estado, sem medo de que este as culpe. Assim, a promulgação da Lei 14.245/21 resulta de um importante passo rumo à busca pela efetiva proteção processual dos direitos das vítimas, sendo propício que mais medidas nessa direção sejam tomadas, até que não mais seja necessário apon-

tar humilhações e preconceções sofridas no curso processual, pois essas terão encontrado seu término, diante das transformações socioculturais a serem vivenciadas.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Shirlei. Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com tese inédita de ‘estupro culposo’ e advogado humilhando jovem. **The Intercept Brasil**, 03 nov. 2020. Disponível em: < <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/> >. Acesso em: 14 abr. 2022.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?** Sequência, Florianópolis, v. 33, p. 107, 1996.

BARROS, Marco Antonio. **Processo Penal: Da investigação até a sentença**. Curitiba: Juruá, 2019, p.186.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: UNB, 2000. p. 105.

BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 20 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal, Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm?msclkid=b3733776d08111ec9e-a22d0234279819](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm?msclkid=b3733776d08111ec9e-a22d0234279819)>. Acesso em: 17 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 254, de 04 de setembro de 2018**. Disponível em: < [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_254\\_04092018\\_05092018142446.pdf?msclkid=ecdda11cd08311ec81a011b698ecdb8f](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_254_04092018_05092018142446.pdf?msclkid=ecdda11cd08311ec81a011b698ecdb8f)>. Acesso em: 17 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.431, de 04 de abril de 2017**. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm?msclkid=f1b50f0cd08311ec8c3d683f3f666d1a](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm?msclkid=f1b50f0cd08311ec8c3d683f3f666d1a)>. Acesso em: 17 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 14.245, de 22 de novembro de 2021**. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm?msclkid=64d1d0b7d08211ecbfdb3b07f1e6bdef](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm?msclkid=64d1d0b7d08211ecbfdb3b07f1e6bdef) >. Acesso em: 17 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 14.321, de 31 de março de 2022**. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/Lei/L14321.htm?msclkid=1ec63c19d08211ec8468bf454b19eb71](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14321.htm?msclkid=1ec63c19d08211ec8468bf454b19eb71)>. Acesso em: 17 abr. 2022.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo. 2. A experiência vivida. 2. Ed. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

CHAKIAN, Silvia. O argumento da “legítima defesa da honra”: histórico, vedação constitucional e desdobramentos. In: MONTEIRO, Rodrigo; DO NASCIMENTO, Simone Sibilio (Coords.). **Enfrentando a tempestade: caminhos para vencer o feminicídio**. São Paulo: Editora Dialética, 2024. p. 507-535.

DE MARI, João. Justiça mantém absolvição de acusado de estupro Mariana Ferrer. **CNN**, São Paulo, 07 out. 2021. Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/justica-mantem-absolvicao-de-acusado-de-estuprar-mariana-ferrer/> >. Acesso em: 15 abr. 2022.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance; CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.245/21 (Lei Mariana Ferrer): Considerações iniciais. **Meu site jurídico**, 24 nov. 2021. Disponível em: < Lei 14.245/21 (Lei Mariana Ferrer): Considerações iniciais. – Meu site jurídico (editorajuspodivm.com.br) >. Acesso em: 10 abr. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024. Disponível em: <<https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>>. Acesso em: 4 nov. 2024.

\_\_\_\_\_. **Violência contra mulheres em 2021**. Disponível em: < <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf> >. Acesso em: 12 abr. 2022.

GAZELE, Catarina Cecin; PEREIRA, Helaine da Silva Pimentel. Mulher – Categoria de análise e reflexos sobre a questão do feminicídio como violência de gênero. In: MONTEIRO, Rodrigo; DO NASCIMENTO, Simone Sibilio (Coords.). **Enfrentando a tempestade: caminhos para vencer o feminicídio**. São Paulo: Editora Dialética, 2024. p. 53-88.

JUSTIÇA mantém absolvição de acusado de estupro Mariana Ferrer. **Exame**, 07 mar. 2022. Disponível em: < <https://exame.com/brasil/brasil-registra-um-estupro-a-cada-dez-minutos-em-2021/> >. Acesso em: 18 abr. 2022.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAN, Fabiola. **Ingerência penal & proteção integral à vítima**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

PEREIRA, Helaine da Silva Pimentel. **A adoção da perspectiva de gênero para efetivação do primado constitucional de equidade entre homens e mulheres no sistema de justiça criminal brasileiro, em especial para as mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de Fala**. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2020.



# COMPLIANCE CRIMINAL COMO FORMA DE PREVENÇÃO CRIMINAL: POR UMA ATUAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Gustavo Senna<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo refletir sobre uma atuação contemporânea do Ministério Público no sistema criminal, especialmente por meio da implementação de instrumentos de *compliance*, que podem contribuir decisivamente para a prevenção aos crimes. Com esse objetivo, em um primeiro momento, foi necessário analisar o papel do Ministério Público no contexto de uma sociedade de risco, realizando assim uma breve incursão no passado e no presente para desse modo preparar o caminho par o futuro. Em um segundo momento inserimos a discussão sobre o sistema de *compliance* criminal como forma de prevenção à criminalidade tradicional e difusa, tornando-se necessário fazer uma distinção entre esses dois tipos de criminalidade, que reclamam uma visão diferenciada dos operadores jurídicos, notadamente porque não resta mais dúvida que a criminalidade difusa é uma realidade inegável no mundo contemporâneo, que precisa ser decifrada, tal como o enigma da Esfinge. Por fim, sem descuidar da repressão ao crime, que sempre existirá em uma sociedade de seres imperfeitos, parte-se da premissa que ainda assim a prevenção é o caminho mais efetivo em relação à criminalidade, sendo o *compliance* criminal um dos principais instrumentos para esse objetivo.

**Palavras-chave:** Ministério Público; criminalidade tradicional e difusa; prevenção; *compliance* criminal.

## INTRODUÇÃO

*Quereis prevenir delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se concentre em defendê-las e nenhuma parte seja empregada para destruí-las. Fazei com que as leis favoreçam menos as classes dos homens do que os próprios homens. Fazei com que os homens as temam, e temam só a elas. O temor das leis é salutar, mas o temor de homem a homem é fatal e fecundo em delitos (BECCARIA<sup>2</sup>).*

A epígrafe que abre o presente artigo não foi escolhida aleatoriamente e fora do contexto, pois além de ser de uma das obras fundamentais do direito penal de tradição iluminista, o trecho utilizado já deixa claro que Beccaria, a seu tempo, já revelava preocupação com a prevenção à criminalidade, o que paradoxalmente parece ter sido esquecido por muitos operadores jurídicos em pleno século XXI, pois ainda persiste a lógica monocular da repressão, como se não existissem outros caminhos possíveis.

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo; Mestre e doutorando em Direito; Professor da Escola Superior do Ministério Público/ES e da FDV; email: gustavosennamiranda@gmail.com.

<sup>2</sup> BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

Com efeito, como observa Javier Llobet Rodríguez<sup>3</sup>, na América Latina, muito por conta de um populismo punitivo irracional, o postulado de que é melhor prevenir do que punir tem sido quase que completamente desconsiderado. Assim, o grave problema da criminalidade e seu inegável crescimento acaba fazendo com que a população, seduzida pelo discurso midiático, deposite todas as suas esperanças para redução da criminalidade no aumento draconiano das penas, elegendo o direito penal como a panaceia para curar todos os males.

Mas voltando à obra citada, no ano de 1764 Beccaria, anonimamente, publicou em Milão o seu célebre e festejado livro “Dos Delitos e das Penas”, considerado um marco do Direito Penal de tradição liberal, que trouxe e ainda traz importantes reflexões para os atores do sistema de justiça criminal, sem prejuízo de algumas críticas que podem ser endereçadas ao seu pensamento.

Sem adentrar em questões a respeito do homem por detrás da obra ou de sua originalidade, várias lições do jovem pensador milanês ainda são de uma atualidade impressionante. Assim, por exemplo, são pertinentes as ponderações de Basileu Garcia, quando destacou que era “algo inédito e emocionante que um marquês de vinte e seis anos, poderoso e feliz, se preocupasse com a sorte dos desgraçados que sofriam as crueldades de uma legislação retrógada, servida por métodos punitivos verdadeiramente bárbaros.”<sup>4</sup>

No que se refere à prevenção de crimes, pode-se dizer que Beccaria foi pioneiro. Realmente, conforme destaca Urs Kindhäuser: “Difícilmente outra obra que apontara a semelhantes objetivos podría haber tenido el éxito que tuvo el tratado de Beccaria. Bien podría esto estar relacionado con que Beccaria haya sido el primer teórico en ocuparse del problema de la prevención criminal.”<sup>5</sup>

É verdade que no contexto atual algumas críticas podem ser endereçadas a um ou outro ponto do pensamento de Beccaria, como é o caso de sua defesa à corrente filosófica denominada comunitarismo, o que acaba exigindo uma adesão interna do cidadão que poderia restringir demasiadamente a sua liberdade de consciência, algo muito caro ao próprio pensador milanês. Porém, ainda assim, sua contribuição é relevante, uma vez que é louvável quando enfatiza que o comunitarismo entenda o bem comum como dependente do compromisso dos cidadãos.

Esse último aspecto ressaltado do pensamento de Beccaria merece aprovação e pode evoluir, alcançando voos maiores que não poderiam ser imaginados por ele na época e na realidade em que viveu. Realmente, podemos ver nos seus escritos ecos do princípio da integridade, que “é

---

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ, Javier Llobet. Beccaria e o direito penal de hoje. Trad. Rodrigo Murad do Prado. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 128.

<sup>4</sup> GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. 1, t. 1, p. 44.

<sup>5</sup> KINDHÄUSER, Urs. Capítulo XLI. Cómo se evitan los delitos. Acerca de la Concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria. In Beccaria 250 años después. Dei delitti e dele pene: de la obra maestra a los becarios. MATUS, Jean Pierre (diretor). Buenos Aires: IBdef, 2011, p. 468.

o que leva o ser humano, por sua própria consciência, a trilhar o caminho que o conduzirá ao estado de integridade por meio de suas palavras, ações, omissões, atitudes e decisões. É o que leva o ser humano a decidir fazer o próprio caminho da integridade.”<sup>6</sup>

E é com sustentáculo nessa linha de integridade, de caminhos para a prevenção de infrações penais, que o presente ensaio visa refletir, valendo-se, para tanto, dos programas de *compliance*. Objetiva-se demonstrar que tais programas podem contribuir para a tão desejada prevenção criminal. Nessa linha, busca-se também trazer à reflexão o papel do Ministério Público nesse modelo de atuação contemporânea.

## **1 MINISTÉRIO PÚBLICO NA SOCIEDADE DE RISCO: PASSADO, PRESENTE E FUTURO**

É sabido que o Ministério Público, desde o seu surgimento, vem gerando intenso debate pelo mundo afora, despertando paixões e ódios, críticas e elogios, necessitando urgentemente sair da zona de conforto na qual encontram-se boa parte de seus integrantes na área criminal, sob pena de cada vez mais a instituição perder espaço e legitimidade perante a coletividade.

Tradicionalmente o Ministério Público no Brasil sempre desempenhou relevante papel no sistema de justiça criminal, sendo um de seus maiores protagonistas. Aliás, não é raro no imaginário popular vislumbrar na figura dos promotores de justiça os responsáveis pela acusação daqueles que cometem crimes, ligando a instituição quase sempre a uma atuação puramente repressiva e punitivista, apesar das inúmeras e importantíssimas atribuições que desempenha na esfera extrapenal, judicial e extrajudicialmente.

Não se duvida que o relevante papel desempenhado pelo Ministério Público na esfera criminal restou ainda mais fortalecido com o advento da Constituição Federal de 1988, destacando-se o artigo 129 que, dentre outras atribuições, confere ao *parquet* a função de promover, privativamente, a ação penal pública, de exercer o controle externo da atividade policial, de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, além de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade.

Porém, as aludidas atribuições não podem estar divorciadas daquele que é o principal artigo da Constituição Federal em relação ao Ministério Público, o seu coração: o art. 127, que tem o seguinte e emblemático teor: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Esse artigo deixa claro que no sistema

---

<sup>6</sup> LUCAS, Luiz Fernando. A era da integridade: Homo Conscious: a próxima evolução: o impacto da consciência e da cultura de valores para encontrar propósito, paz espiritual e abundância material na sua vida pessoal, profissional e na sociedade. São Paulo: Editora Gente, 2020, p. 77.

constitucional pátrio o Ministério Público foi elevado à condição de “*gatekeeper* del sistema penal”<sup>7</sup>, sendo o ponto extremo de canalização do poder judiciário e da execução de política criminal do Estado.

O citado artigo, infelizmente, parece ser esquecido por parte de alguns integrantes da instituição. Daí porque nunca é demais lembrá-lo, pois serve de espécie de bússola para guiar os caminhos do Ministério Público contemporâneo, rumo a uma instituição verdadeiramente democrática, que vele pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, fundamental para a defesa dos direitos humanos.

Não bastasse o perfil constitucional, não pode a atuação do Ministério Público estar em descompasso com os desafios de uma sociedade complexa e de riscos, como a atual. Muito menos pode desconsiderar a necessidade cada vez maior de se buscar uma atuação preventiva e resolutiva, inclusive na esfera criminal, que não pode mais ser olhada apenas sob o viés puramente repressivo e punitivista, como se o Ministério Público fosse um mero acusador sistemático e cego de tempos pretéritos e sombrios, ou um personagem que representa a encarnação do mal, como se vê na literatura.<sup>8</sup>

Esse novo olhar é fundamental, especialmente em tempos de elevado encarceramento, de exagerada e irrazoável inflação legislativa em relação a tipos penais incriminadores, de impunidade da criminalidade de poder, de um crescimento da criminalidade de massa<sup>9</sup> e, também, de uma criminalidade difusa cada vez mais complexa, que em geral não é muito sentida pela coletividade, mas que possui efeitos devastadores e nefastos, minando os objetivos estratégicos do Estado Democrático de Direito (Constituição Federal, art. 3º).

É verdade que o Ministério Público teve e ainda tem um papel fundamental no enfrentamento da denominada criminalidade de massa, tradicional. Porém, nos dias atuais vivemos em uma sociedade do consumo, complexa e de riscos, que acaba dando ensejo ao florescimento de um tipo de criminalidade difusa, a reclamar um novo olhar que não pode ficar restrito apenas a uma visão monocular, punitivista. É oportuno lembrar aqui Ulrich Beck:

---

<sup>7</sup> ASSIS, Adriano Marcus Brito de. *Ministerio Público y combate a la corrupción política: cuestiones constitucionales y procesales sobre la configuración orgánica de la institución*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020, p. 133.

<sup>8</sup> Basta aqui lembrar a fala do personagem João Grilo do livro “Auto da Compadecida”, de Ariano Suassuna, quando se refere ao “Encourado”, o demônio, que o acusava naquela liturgia de responsabilização: “Foi gente que eu nunca suportei: promotor, sacristão, cachorro e soldado de polícia. Esse aí é uma mistura de tudo isso” (SUASSUNA, Ariano. *Auto da compadecida*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 111).

<sup>9</sup> A expressão “criminalidade de massa” aqui empregada diz respeito ao tipo de criminalidade mais aparente, aquela em que a população se encontra realmente sobressaltada e agredida, podendo citar, como exemplo, os crimes patrimoniais, relacionados às drogas ilícitas, de sangue (homicídio) etc. Sobre o tema: HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito. In Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

Nesse sentido, a sociedade de risco produz novas oposições de interesse e um novo tipo de solidariedade diante da ameaça, sem, porém, que se saiba ainda quanta carga ela pode comportar. Na medida em que as ameaças da modernização se acentuam e generalizam, revogando, portanto, as zonas residuais de imunidade, a sociedade de risco (em contraposição à sociedade de classes) desenvolve uma tendência à unificação objetiva das suscetibilidades em situações de ameaça global. Assim, amigo e inimigo, leste e oeste, em cima e embaixo, cidade e campo, preto e branco, sul e norte são todos submetidos, no limite, à pressão equalizante dos riscos civilizacionais que se exacerbam. Elas contêm em si uma dinâmica evolutiva de base democrática que ultrapassa fronteiras, através da qual a humanidade é forçada a se congrega na situação unitária, através da qual a humanidade é forçada a se congrega na situação unitária das autoameaças civilizacionais.<sup>10</sup>

O mundo mudou e vem mudando de forma cada vez mais veloz, com novos desafios, novos riscos, como revelou tristemente o ano de 2020, que ficou marcado como um dos momentos mais difíceis e tristes da história da humanidade, com o advento de uma megacrise que paralisou a vida social e econômica de 177 países. Como é notório, 2020 foi tomado pela terrível pandemia imposta por um minúsculo vírus (Covid-19) surgido numa cidade da China, que contaminou milhões de pessoas em todo o mundo, tendo ceifado a vida de cerca de quinze milhões conforme dados da OMS<sup>11</sup>, além de nos roubar inúmeras coisas que antes passavam despercebidas, como um simples abraço.

Bilhões de pessoas sentiram a angústia de serem privadas da vida que costumavam levar, da liberdade, esse direito tão caro e fundamental ao ser humano. O mundo ficou literalmente de joelhos perante uma ameaça invisível aos olhos. É verdade que a incerteza sempre acompanhou e acompanhará a humanidade<sup>12</sup>, mas durante a pandemia as incertezas foram turbinadas a um nível sem precedentes na história do mundo contemporâneo. Incertezas sobre o vírus, sobre as formas de contágio, sobre medicamentos já existentes, sobre uma possível vacina, sobre a efetividade de uma vacina etc.

Diversos fatores contribuíram para o surgimento do referido vírus, a exemplo de outros que surgiram ao longo da história, sendo assustadora a lista de vírus emergentes em seres humanos no mundo moderno<sup>13</sup>. Contudo, muitos especialistas e teóricos destacam a questão ambiental

---

<sup>10</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 57.

<sup>11</sup> BBC NEWS BRASIL. Número real de mortes por covid no mundo pode ter chegado a 15 milhões, diz OMS. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-61332581>. Acesso em: 09 nov. 2024.

<sup>12</sup> Como destaca Edgar Morin: “Isso nos incita a reconhecer que, mesmo escondida e recalçada, a incerteza acompanha a grande aventura da humanidade, cada história nacional, cada vida “normal”. Pois toda vida é uma aventura incerta: não sabemos de antemão o que serão para nós a vida pessoal, a saúde, a atividade profissional, o amor, nem quando ocorrerá a morte, ainda que esta seja indubitável. Com o vírus e com as crises que se seguirão, provavelmente conheceremos mais incertezas que antes e precisamos nos agarrar para aprender a conviver com isso” (MORIN, Edgar. *É hora de mudarmos de via: as lições do coronavírus*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020, p. 26).

<sup>13</sup> Boaventura de Sousa Santos elenca alguns casos: “A lista de vírus emergentes em seres humanos é longa e assustadora: Machupo, Bolívia, 1961; Marburg, Alemanha, 1967; Ebola, Zaire e Sudão, 1976; HIV, reconhecido em

e o crescimento econômico a qualquer custo como alguns desses fatores. Só para se ter uma ideia, em artigo publicado pelo IPBES (Plataforma Intergovernamental de Políticas Científicas em Serviços de Biodiversidade e Ecossistema) – que é uma organização intergovernamental que foi criada com o objetivo de melhorar a interface entre a ciência e a política em questões de biodiversidade e serviços ecossistêmicos – pode ser lido o seguinte:

Existe uma única espécie responsável pela pandemia de COVID-19 – nós. Tal como aconteceu com as crises de clima e biodiversidade, as pandemias recentes são uma consequência direta da atividade humana – particularmente nossos sistemas financeiros e econômicos globais, baseados em um paradigma limitado que valoriza o crescimento econômico a qualquer custo. Temos uma pequena janela de oportunidade, em superar os desafios da crise atual, para não lançarmos as sementes das futuras.

Doenças como a COVID-19 são causadas por microrganismos que infectam nossos corpos – com mais de 70% de todas as doenças emergentes que afetam as pessoas tendo origem na vida selvagem e em animais domésticos. As pandemias, entretanto, são causadas por atividades que colocam um número cada vez maior de pessoas em contato direto e frequentemente entram em conflito com os animais que carregam esses patógenos.

O desmatamento desenfreado, a expansão descontrolada da agricultura, a agricultura intensiva, a mineração e o desenvolvimento de infraestrutura, bem como a exploração de espécies selvagens, criaram uma “tempestade perfeita” para o alastramento de doenças da vida selvagem para as pessoas. Isso geralmente ocorre em áreas onde vivem comunidades que são mais vulneráveis a doenças infecciosas.

Nossas ações impactaram significativamente mais de três quartos da superfície terrestre da Terra, destruíram mais de 85% das áreas úmidas e dedicaram mais de um terço de todas as terras e quase 75% da água doce disponível para plantações e produção de gado.

Adicione a isso o comércio não regulamentado de animais selvagens e o crescimento explosivo das viagens aéreas globais e fica claro como um vírus que antes circulava inofensivamente entre uma espécie de morcego no sudeste da Ásia já infectou quase 3 milhões de pessoas, trouxe sofrimento humano incalculável e deteve economias e sociedades em todo o mundo. Esta é a mão humana em emergência pandêmica.

No entanto, isso pode ser apenas o começo. Embora as doenças de animais para humanos já causem cerca de 700.000 mortes a cada ano, o potencial para futuras pandemias é vasto. Acredita-se que até 1,7 milhão de vírus não identificados do tipo conhecido por infectar pessoas ainda existam em mamíferos e aves aquáticas. Qualquer um desses poderia ser a próxima ‘Doença X’ – potencialmente ainda mais perturbador e letal do que COVID-19.

É provável que futuras pandemias aconteçam com mais frequência, se espalhem mais rapidamente, tenham maior impacto econômico e matem mais pessoas se não formos extremamente cuidadosos com os possíveis impactos das escolhas que fazemos hoje.

---

Nova York e na Califórnia, 1981; uma forma de Hanta (agora conhecida como Sin Nombre), Sudoeste dos Estados Unidos, 1993; Hendra, Austrália, 1994; gripe aviária, Hong Kong, 1997; Nipah, Malásia, 1998; West Nile, Nova York, 1999; Sars, China, 2002-2003; Mers, Arábia Saudita, 2012; Ebola novamente, África Ocidental, 2014” (SANTOS: Boaventura de Sousa. O futuro começa agora: da pandemia à utopia. São Paulo: Boitempo, 2021, p. 182).

Como pode ser notado pela passagem acima, a realidade vem revelando um mundo cada vez mais complexo e de riscos, confirmando o pensamento de Ulrich Beck. Claro que existem riscos que decorrem da própria natureza, mas não há como negar que muito, infelizmente, se deve ao comportamento predatório do *homo sapiens*, que inclusive pratica atos ilícitos para satisfazer seus interesses egoístas, revelando desprezo por sua própria espécie.

E os crimes contra o meio ambiente configuram um dos exemplos mais emblemáticos dessa nova realidade, que traz a reboque uma criminalidade moderna e difusa que provoca danos muito maiores à coletividade do que os crimes tradicionais e de rua. Com isso, os desafios em relação ao enfrentamento do fenômeno criminal acabam tornando-se cada vez mais complexos e difíceis, mormente em tempos de crise do sistema de justiça criminal, com elevado descrédito e desencanto da população em relação às instituições responsáveis pelo controle e repressão aos crimes.

Não por outra razão que a atuação na esfera criminal é considerada um dos maiores desafios do Ministério Público contemporâneo, cabendo à instituição definir, com precisão, qual o papel tem a cumprir nesse campo, conforme destaca, com acerto, Marcelo Pedroso Gulart<sup>14</sup>, em especial para que possa aliar sua atuação com os direitos e garantias fundamentais, sem cair nas tentações de um populismo penal midiático, “com o emprego simbólico do direito e do processo penal como técnica de dominação e reprodução de poder”<sup>15</sup>, pois tal postura é contrária ao seu perfil constitucional.

É importante destacar, por óbvio, que a atuação repressiva do Ministério Público irá continuar por muito tempo, pois o sonho de Radbruch<sup>16</sup> de que a evolução do direito penal ocorrerá quando se encontrar algo melhor que o direito penal e, simultaneamente, mais inteligente e mais humano do que ele, possivelmente não se concretizará em um mundo de seres imperfeitos, como são os homens.

---

<sup>14</sup> Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 169.

<sup>15</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 46.

<sup>16</sup> RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Tradução e prefácios do Profe. L Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 324.

Por isso que entendemos que tendências como a corrente abolicionista<sup>17</sup>, apesar dos seus inegáveis méritos, configuram uma vertente que desconsidera a importância do Direito Penal para a proteção dos direitos humanos<sup>18</sup>, muito embora – é importante dizer – não se defenda aqui a ideia de que o Direito Penal seja a panaceia para resolver todos os males da sociedade, principalmente porque “La solución de los problemas sociales no puede servir de apoyo para utilizar el Derecho penal como arma principal”<sup>19</sup>.

Com efeito, num mundo de seres humanos imperfeitos, o Direito Penal é e continuará a ser necessário por muito tempo, cabendo ao Ministério Público estudá-lo e analisá-lo cada vez mais, para que sirva verdadeiramente como instrumento de proteção de bens jurídicos e de mudança social. Nesse sentido, são válidas as observações de Francisco Muñoz Conde:

Enquanto existir o direito penal, e nas atuais circunstâncias parece que haverá “direito penal por muito tempo”, é necessário que haja alguém que se encarregue de estudá-lo e analisá-lo racionalmente para convertê-lo em instrumento de mudança e progresso para uma sociedade mais justa e igualitária, denunciando, além de suas contradições, as do sistema econômico que o condicionam. Tão absurdo aceitar globalmente de modo acrítico o direito penal como rechaçá-lo também globalmente, qualificando-o pejorativamente de “braço armado da classe dominante”. Em todo caso, uma atitude dessa índole não pode ser adotada como atitude *a priori* ante o direito penal, qualquer que seja o modo de sociedade a que serve ou a razão do Estado a que obedeça, pois isto levaria a uma contradição com o próprio ponto de partida, aceitando como hipótese o caráter superestrutural do direito penal, e uma subutilização perigosa do instrumento mais radical de que dispõe o Estado para impor suas razões ou as razões que representa.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Uma crítica aguda ao abolicionismo é feita por Jesús-Maria Silva Sánchez, que destaca que seus defensores “utilizam exemplos triviais, de bagatela, completamente dissociados da realidade do sistema penal, o que demonstra perfeitamente as limitações da ‘alternativa abolicionista’”. (Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41), sendo exatamente por isso que levam “o carimbo da utopia”. Também critica o abolicionismo Luigi Ferrajoli: “O paradoxo, na verdade, está exatamente nas doutrinas abolicionistas de inspiração progressista, vez que o direito penal representa o maior esforço realizado para minimizar e disciplinar o arbítrio e a prepotência punitiva. O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiológicamente, uma alternativa progressista” (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 317).

<sup>18</sup> Não bastasse isso, como observa um dos maiores expoentes da doutrina abolicionista, Nils Christie, “O mais radical dos abolicionistas quer eliminar a lei penal e, de resto, toda a punição formal. No entanto, levada ao extremo, essa posição leva a graves problemas” (CHRISTIE, Nils. Uma razoável quantidade de crime. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 124), dentre os quais destaca o desejo daqueles que querem participar de um processo de reconciliação ou qualquer tipo de acordo, o risco de deterioração de tais processos, destacando ainda que “os procedimentos judiciais podem tornar certos conflitos suportáveis, assim como as liturgias religiosas – ou os ‘rituais humanos éticos’, em rápido desenvolvimento na atualidade – amenizam o sofrimento no funeral de um ente querido” (Ibid., p. 125). Porém, cabe observar que os problemas apontados não impedem que se busque, em alguns conflitos penais, o caminho da justiça restaurativa.

<sup>19</sup> DONINI, Massimo. El Derecho Penal Frente a los Desafíos de la Modernidad. Peru: Ara, 2010, p. 402.

<sup>20</sup> CONDE, Francisco Muñoz. Direito Penal e Controle Social. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33.



Realmente, a atuação na esfera criminal deve ser repensada, não podendo apenas mais ficar ancorada numa visão puramente repressiva, punitivista e seletiva, porque essa visão monocular de atuação acaba revelando-se ineficiente. E a eficiência, não há como negar, ao lado de outros princípios informadores da boa gestão pública, deve também pautar a atuação do Ministério Público.

A eficiência não é um termo exclusivo e originário do direito, ao contrário, pois de há muito permeia outras áreas e ciências, como a economia. Assim, não se desconhece que estamos diante de um termo que, além de polissêmico<sup>21</sup>, é dotado de certa vagueza, já que seu conteúdo é muito amplo.

Não obstante, embora a eficiência já fosse reconhecida como um princípio implícito, com a Emenda Constitucional nº 19/1998 ela passou a integrar expressamente o rol dos cinco princípios basilares da boa administração pública, como pode ser intuído do art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Com isso, tornou-se ainda mais clara a determinação de que “a Administração Pública cumpra bem as suas tarefas, empregando, em tempo razoável, os meios apropriados e pertinentes”<sup>22</sup>.

E basta fazer uma leitura sistemática da Constituição Federal para concluir que o sentido de administração pública empregado no seu art. 37 não se restringe ao executivo, pois abarca também as demais funções do Estado, como o legislativo e o judiciário, bem como outras instituições de garantia, como o Ministério Público. E por instituições de garantia Luigi Ferrajoli<sup>23</sup> destaca que

(...) la legitimidad del juicio reside en la garantía de la imparcial comprobación de lo verdadero, no puede depender del consentimiento de la mayoría. Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad de los consensos o lo disensos, puede hacer verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero. Consensos y disensos no añaden nada a la falsedad o la verdad de las motivaciones. Por eso el carácter electivo de los magistrados, que caracteriza por ejemplo a la experiencia constitucional americana, está en

---

<sup>21</sup> Como destaca Eduardo Luiz Cavalcanti Campos: “O termo é polissêmico e não é autóctone do direito. Na administração de empresas a eficiência é uma qualidade do processo produtivo e, mais que isso, um princípio na administração dos recursos. Nas ciências econômicas, eficiência é uma medida de desempenho, podendo-se falar em eficiência técnica e alocativa. Na própria ciência jurídica, eficiência é um conceito que pode ser analisado sob diversas perspectivas. Para a chamada Escola da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), a eficiência é um *standard* ético que deve auxiliar o jurista na perspectiva do que seja uma decisão justa. Para o Direito Administrativo, por sua vez, eficiência é um princípio (norma jurídica) que estabelece uma finalidade a ser alcançada pelo administrador público, que deve tomar os comportamentos necessários para atingir essa finalidade” (CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. O princípio da eficiência no processo civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Faculdade de Direito do Recife. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017, p. 10).

<sup>22</sup> FREITAS, Juarez. Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125.

<sup>23</sup> Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de La democracia. Madrid: Trotta, 2011, p. 207-208.

contradição, al igual que la electividad o, peor, la dependencia del ministerio público respecto del ejecutivo, con la fuente de legitimación de la jurisdicción. El sentido de la famosa frase “todavía hay jueces en Berlín”, es que debe haber siempre un juez capaz, por su independencia, de absolver a un ciudadano a falta de pruebas de su culpabilidad, incluso cuando el soberano o la opinión pública piden su condena, o de condenarlo en presencia de pruebas incluso cuando los mismos poderes desejarían su absolución. Y también debe haber, por las mismas razones, una acusación pública igualmente independiente – aunque a su vez separada de la función de juzgar – en situación que le permita valorar, sin condicionamientos de poder, la existencia de los presupuestos de la acción penal. En suma, el poder judicial es un poder-saber: tanto más legítimo cuanto mayor es el saber y tanto más ilegítimo cuanto mayor es el poder.

Portanto, ao lado da tradicional atuação demandista repressiva, é fundamental que o Ministério Público contemporâneo volte os seus olhos também para uma atuação resolutiva e preventiva, uma vez que é inquestionável que o caminho da prevenção, em muitas situações, revela-se mais eficiente. E um dos horizontes é o princípio da integridade, por meio da adoção de programas *compliance*, como será demonstrado a seguir.

## **2 COMPLIANCE CRIMINAL COMO FORMA DE PREVENÇÃO À CRIMINALIDADE TRADICIONAL E DIFUSA**

### **2.1 A CRIMINALIDADE DIFUSA COMO UMA NOVA REALIDADE DA CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA: DECIFRANDO O ENIGMA DA ESFINGE**

Uma das marcas da administração pública moderna é atuar, sempre que possível, por meio da prevenção<sup>24</sup>, pois esse é o caminho para evitar, em certas situações, danos irreversíveis para os interesses da coletividade, sem contar a inegável economicidade. E esse novo modelo de atuação não pode ser indiferente ao Ministério Público, inclusive em sua atividade fim nas diversas esferas de atuação, como a criminal, na qual ganha destaque nos dias atuais, como se viu, a criminalidade moderna e difusa, típica da sociedade de risco.

Claro que não temos a ilusão de que o Direito Penal é o único caminho para uma adequada tutela desses riscos, especialmente quando é sabido que a sua intervenção deve sempre ocorrer de forma seletiva, sem contar que o Direito Penal não se mostra, em certos casos, vocacionado para algumas situações criadoras de riscos e ameaças.

---

<sup>24</sup> Com efeito, conforme observa Juarez Freitas: “O Estado precisa agir com precaução, na sua versão balanceada, se e quando tiver motivos idôneos a ensejar uma intervenção antecipatória proporcional. Se não o fizer, aí sim, poderá se partícipe da cristalização de dano irreversível ou de difícil reparação. Em outros termos, forçoso que o Poder Público, no exercício da discricionariedade administrativa, deixe de operar com demasia ou com apática indiferença no cumprimento de seus deveres, inclusive de precaução e prevenção, na implementação das políticas públicas” (FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014 p. 126).

Contudo, é inquestionável a necessidade de intervenção do Direito Penal para exercer o gerenciamento de certos riscos e ameaças a bens jurídicos fundamentais para os objetivos estratégicos do Estado Democrático de Direito quando é percebido que a esfera extrapenal não é suficiente para a proteção desses bens. Aliás, essa intervenção é cada vez mais reclamada<sup>25</sup>. Tal percepção é ainda mais gritante nos países do terceiro mundo, onde os riscos não afetam a todos por igual, o que não passou despercebido por Nieves Sanz Mulas, ao destacar que

(...) é óbvio que os países do terceiro mundo sofrem em maior grau os perigos e catástrofes ecológicas, já que são as vítimas da face mais escura do progresso tecnológico e industrial (ex. desflorestamento e deslizamento de terras e inundações). A progressiva degradação ambiental degrada a qualidade de vida, afetando os recursos naturais, a biodiversidade e a própria saúde humana, mediante a proliferação de enfermidades e ameaça permanente de riscos, por vezes não abordáveis. Isso sem falar dos riscos de caráter sanitário-alimentar, manifestado não apenas nos efeitos da contaminação ambiental, mas também na aparição de infecções desconhecidas, na adulteração de alimentos ou nas consequências do emprego de inovações genéticas nos produtos de consumo humano. Tudo isso unido às novas patologias – físicas e psíquicas – vinculadas ao atual modo de vida, que somam a pandemias não superadas (ex. Ebola).<sup>26</sup>

E muitos desses tipos de criminalidade difusa enquadram-se no que é denominado criminalidade dourada<sup>27</sup>, difusa ou de colarinho branco, essa última expressão conforme consagrado termo cunhado por Edwin H. Sutherland. Nesse tipo e criminalidade a punição no âmbito penal não parece atingir o andar de cima com a mesma eficácia que atinge a criminalidade do andar de baixo, especialmente as práticas corruptas perpetradas pelos governantes. Infelizmente, o que é notado é uma persistente seletividade a atingir mais fortemente a classe baixa<sup>28</sup>, o que é, inega

<sup>25</sup> “O Direito Penal, enquanto aparato mais forte da esfera jurídica, pode ser utilizado para essa finalidade gerencial, inclusive, é mister salientar a existência cada vez maior de clamores para que isso ocorra. Todavia, essa utilização não pode ser desenfreada. Faz-se imprescindível a observância da missão e da função, dos limites e dos princípios do Direito Penal” (TAMBORLIN, Fábio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos. In BUSATO, Paulo César; GUARAGNI (coordenadores). Compliance e direito penal. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10).

<sup>26</sup> MULAS, Nieves Sanz. Manual de política criminal. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019, p. 63.

<sup>27</sup> A expressão remete a Versele, o qual observa que seriam os delitos não tratados no sistema penal relativo aos indivíduos que dispõem de poder político e econômico (VERSELE, Severin C., Las cifras doradas de la delincuencia. In *Revista del ILANUD AL DÍA*, Año 1, San José da Costa Rica, 1978, p. 21). Conforme observa Ela Wiecko V. Castilho (O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 52-53), é a expressão cunhada por Versele serve “para designar a cifra oculta dos crimes praticados pelos agentes que têm o poder político e o exercem impunemente em benefício próprio ou de uma minoria, bem como os agentes que dispõem de poder econômico, utilizando-o em detrimento da sociedade (...) as formas delitivas que são características dessa classe social: fraude refinadas em prejuízo de uma coletividade, manipulação fraudulenta do crédito, falências fraudulentas, autoria intelectual e crimes de colarinho branco”.

<sup>28</sup> Sobre a distinção entre o direito penal da classe baixa e o direito penal da classe alta, conferir: SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral? Traducción de Lourdes Baza. In *Obras*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 13-40.

velmente, uma constatação inequívoca diante dos dados estatísticos relacionados à condenação dos agentes responsáveis por esses tipos de crimes.

São muitos os casos que campeiam pelo mundo afora a respeito desse tipo de criminalidade e a constatação da baixa eficiência do sistema de justiça criminal. Um dos exemplos clássicos, citado por Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos, é a impunidade gritante relacionada aos “crimes ecológicos do totalitarismo, que não são mencionados de forma alguma na mídia monopolista”<sup>29</sup>, sendo esse apenas um dos tipos de delitos de colarinho branco. Em relação a eles, valendo-se da expressão utilizada pelos autores citados, percebe-se uma espécie de impunidade seletiva.<sup>30</sup>

E não é difícil concluir, pelas características desses crimes de natureza difusa e em vista do bem jurídico por eles atingidos, que o seu custo financeiro é bem superior do que o custo financeiro de todos os crimes que comumente são considerados o “problema da criminalidade”, ou seja, a criminalidade de rua e de massa. Não só, apesar de não percebido pela maioria da população, Edwin E. Sutherland, em observação que continua atual, já advertia que os “crimes de colarinho branco violam a confiança e, conseqüentemente, criam desconfiança, isto diminui a moralidade social e produz desorganização em larga escala. Crimes comuns, por outro lado, produzem pouco efeito nas instituições e organizações sociais”<sup>31</sup>.

Desse modo, é preciso decifrar o “enigma da Esfinge”<sup>32</sup>, sob pena de a sociedade sucumbir

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. Florianópolis: Tirant lo blanch. 2020, p. 124.

<sup>30</sup> “O outro lado da seletividade criminalizante é a impunidade seletiva. Assim, nos próprios países pós-sobranos toma-se especial cuidado para não se ‘tocar’ nos autocratas corporativos e seus aliados, desde que estes não quebrem os códigos vigentes entre os participantes dos seus bandos ou que não surjam conflitos entre eles, o que às vezes acontece, resultando em escândalos como o da Enron (perdas de 64.000.000.000 de dólares), Worldcom (3.850.000.000 de dólares), Lesson e a falência do Baring (1.300.000.000 de dólares), o fundo Madoff (500.000.000 de dólares), Kerviel e a Société Générale (7.000.000.000 de dólares) etc. A criminalização desses poucos macrodelinquentes caídos em desgraça é útil para mostra-los como a outra face do *self-made man* e vender ao público a ilusão de uma punição igualitária” (ibid., p. 123).

<sup>31</sup> SUTHERLAND, Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 37-38.

<sup>32</sup> “No contexto da cultura clássica dos gregos, a esfinge estava presente em um mito. Os gregos a consideravam um ser monstruoso, tido como uma espécie de ser demoníaco que fazia mal às pessoas. Em geral, os gregos reproduziam a esfinge como um ser com corpo de leão, asas e rosto feminino. Os gregos acreditavam que a esfinge era filha de Quimera, um monstro que expelia fogo pelas narinas e que possuía partes de leão, bode, cobra e dragão; e de Ortros, um cachorro de duas cabeças. A presença da esfinge na cultura grega se vinculava, principalmente, ao mito de Édipo, além disso, significava a chegada de morte e destruição ao local em que se instalava. A mitologia grega conta que a esfinge chegou a Tebas trazendo fome para a cidade e barrando todos os que se dirigiam para ela. Ela anunciava que só deixaria livres os homens que resolvessem o enigma que ela proporia. Entretanto, nenhum dos homens conseguia resolver o enigma, e assim eles eram devorados pelo monstro. Por fim apareceu Édipo, filho abandonado por um rei de Tebas chamado Laio. Édipo se apresentou para responder ao enigma, e a esfinge realizou a pergunta: ‘— Qual é o animal que de manhã anda com quatro pés, à tarde com dois e à noite com três?’ A resposta de Édipo foi: ‘— É o homem, que engatinha na infância, anda ereto na juventude e com ajuda de um bastão na velhice.’ A resposta de Édipo matou a charada da esfinge, que, envergonhada, saltou de um precipício para sua morte. Édipo então foi coroado rei de Tebas.” (HISTÓRIA DO MUNDO. Esfinge. Disponível

e ser “devorada” por essa espécie de criminalidade. Assim, sem desconsiderar o caminho demandista, que também merece ser aprimorado diante dos novos desafios que se apresentam, é fundamental buscar outros caminhos para uma tutela mais efetiva dos bens jurídicos atingidos pela criminalidade difusa e, assim, decifrar esse enigma. E um dos caminhos, que é defendido no presente ensaio, é o da promoção do princípio da integridade por meio dos programas de *compliance* como prevenção criminal.

## 2.2. COMPLIANCE CRIMINAL COMO FORMA DE PREVENÇÃO CRIMINAL

O caminho para se tornar uma pessoa íntegra não é fácil. Considerando a sua falibilidade natural, o ser humano, motivado por interesses egoístas ou até mesmo desonestos, às vezes é levado a violar regras e praticar ilícitos que atingem bens jurídicos fundamentais para uma vida digna. Por isso o fomento da aplicação do princípio da integridade, de implementação de políticas públicas em diversas áreas, revela-se uma das metas mais importantes para a prevenção da criminalidade, especialmente quando tem-se a noção de que o Direito Penal, isoladamente, não é apto a realizar a gestão de todas as situações criadoras de riscos e ameaças que caracterizam crimes.

Em outras palavras, o enfrentamento do crime, como já destaquei, não pode mais ficar apenas sob a responsabilidade do Estado, o que, aliás, pode ser extraído da Constituição Federal, como não deixa dúvida o seu art. 144: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Encarar o enfrentamento da criminalidade com os olhos voltados para a prevenção revela-se importante não só para a tutela dos bens jurídicos penalmente protegidos, mas também porque acaba gerando outros efeitos positivos importantes, como a economicidade.<sup>33</sup> Porém, é preciso uma mudança radical de comportamento por parte das instituições privadas e públicas e, também, por parte do cidadão, resgatando valores como a virtude.

Não obstante a palavra “integridade”, em razão da origem da própria expressão, tenha um caráter polissêmico, concorda-se aqui com Marcelo Zenkner que, fundamentado na filosofia kantiana, descreve as características de uma pessoa que pode ser considerada íntegra da seguinte forma:

---

em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-antiga/esfinge.htm#:~:text=Na%20mitologia%20grega%2C%20%20C3%89dipo%20foi,na%20cultura%20dos%20gregos%20antigos>. Acesso em 09 nov. 2024.

<sup>33</sup> Segundo o Anuário de Segurança Pública 2024, o gasto anual com segurança pública relativo ao ano de 2023 alcançou a considerável cifra de R\$ 137,9 bilhões (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2024. Disponível em; <https://apidspace.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/1d896734-f7da-46a7-9b23-906b6df3e11b/content>. Acesso em 09 nov. 2024.

Pode-se descrever uma pessoa íntegra na medida em que todas as suas crenças, métodos, medidas e princípios derivarem de um único núcleo de valores, ou seja, de uma lei universal imposta a ela própria, com reflexos em todas as suas ações. A integridade, por isso, não autoriza que uma pessoa aja de modo contrário a uma regra que ela própria deseja ver seguida universalmente.<sup>34</sup>

E essa perspectiva se alinha com perfeição ao ideal de prevenção criminal, o que, felizmente, começa a ser percebido, como pode ser visto com o surgimento de leis criadoras de regras que transferem aos particulares a obrigatoriedade não só o envio de informações, como também de instalações de programas internos que visem a dificultar a prática de crimes, sendo um dos exemplos emblemáticos a Lei nº 9.613/1998 (denominada de “Lei de Lavagem de Capitais”), que depois das alterações promovidas pela Lei nº 12.683/2012 tornou ainda mais incisiva essas obrigações, em especial no ambiente empresarial, no qual vem se falando de sustentabilidade das práticas empresariais<sup>35</sup>, que nada mais é do que uma consequência natural e positiva da integridade.

E entre esses programas sobressai-se o *compliance* (deriva verbo *to comply*), que consiste numa prática há muito difundida no ambiente empresarial<sup>36</sup>, quando as empresas internalizaram a preocupação relativa à sustentabilidade empresarial, ou seja, de adotar boas práticas que transmitissem uma boa imagem pública. Os programas de *compliance* têm por objetivo primordial prevenir riscos que possam repercutir negativamente na imagem, na reputação e na economia das empresas, funcionando desse modo como um importante mecanismo para auxiliar na organização e no cumprimento das disposições legais, revelando-se um instrumento fundamental para uma boa governança corporativa, conforme observam Célia Lima Negrão e Juliana de Fátima Pontelo:

---

<sup>34</sup> ZENKNER, Marcelo. Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 48.

<sup>35</sup> “O ingresso da noção de sustentabilidade na vida econômica vem, sobretudo, da intensificação da percepção de riscos procedentes em larga medida do emprego de tecnologias no bojo da atuação empresarial. Tais riscos protagonizam a tomada de decisões políticas, eis que refletem sobre a humanidade, e esta, a seu turno, passa a refletir sobre eles, gerando um ambiente de ‘modernidade reflexiva’. Tudo faz entrarem em cena novas palavras de ordem. Assim, por exemplo, a governança corporativa, que deve orientar-se pela preservação de quatro valores: a) *fairness*, enquanto ‘senso de justiça’ no trato de acionistas majoritários e minoritários, de modo equânime; b) *disclosure*, como transparência plena das relações entre a empresa e os demais agentes da vida econômica que com ela interagem; c) *accountability*, tangente à veracidade na prestação de contas, efetuada mediante práticas de auditoria e contabilidade consistentes; d) *compliance*” (GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In BUSATO, Paulo César; GUARAGNI (coordenadores). Compliance e direito penal. São Paulo: Atlas, 2015, p. 73).

<sup>36</sup> Nesse sentido pode ser lembrado Bacigalupo, que observou que estima-se, por exemplo, que “85% de los bancos europeos han establecido actualmente amplias normativas sobre conductas adecuadas a derecho y directivas de *compliance*” (BACIGALUPO, Enrique. Compliance y derecho penal. Pamplona: Thomson Reuters, 2011, p. 86).

A atividade de *compliance* é o pilar da governança corporativa, que visa garantir o cumprimento das normas existentes na organização e, ao mesmo tempo, assegurar a devida supervisão contínua e preventiva. A missão da área de *compliance* em uma organização é assegurar que a existência de políticas e normas e os pontos de controle nos processos sejam capazes de mitigar riscos e atuar na definição e verificação dos controles internos e práticas saudáveis de governança corporativa (...). A implementação de ações *compliance* passa pelo reconhecimento da cultura, estrutura, procedimentos e fluxos operacionais da organização. Quando uma organização está em *compliance*, significa que ela está em conformidade, ou seja, está cumprindo as leis e regulamentos internos e externos. Para que esta conformidade ocorra, é imprescindível que todos os empregados e colaboradores se envolvam, executando suas tarefas sob o prisma da ética, da conformidade e da transparência.<sup>37</sup>

Inegável, portanto, a importância dos programas de *compliance* para a prevenção de variados tipos de ilícitos criminais difusos cometidos no ambiente empresarial, como os crimes financeiros (v.g., sonegação fiscal, crimes contra o sistema financeiro nacional), de lavagem de capitais, contra a saúde, contra as relações de consumo, contra o meio ambiente<sup>38</sup> etc., merecendo essa prática ser impulsionada pelos órgãos e instituições responsáveis pela fiscalização, como o Ministério Público que, desse modo, estará atuando de forma mais eficiente na tutela desses bens e, assim, atuar como uma verdadeira instituição de garantia.

A propósito, dois tristes casos merecem ser lembrados, que são os casos Mariana (em 2015) e Brumadinho (em 2019). O primeiro, aliás, é considerado o maior desastre ambiental da história do Brasil<sup>39</sup>, tendo provocado a liberação de uma onda de lama de mais de dez metros de altura e com isso a liberação de 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos, atingindo os Estados de MG e ES por meio do Rio Doce (que não é mais doce, tornando-se um “rio de lama”), alcançando o litoral, com destaque para a Praia de Regência no ES, que até o episódio era um paraíso dos surfistas, mas que depois da tragédia ambiental virou um mar de lama, fazendo com que a vila de mesmo nome se tornasse quase como uma vila fantasma.

Especialistas destacam que as barragens que se romperam foram erguidas com a mesma técnica, que é considerada obsoleta e de maior risco. Há fortes indícios de que o aspecto econômico prevaleceu em detrimento da proteção do meio ambiente natural e urbano, pois no modelo

---

<sup>37</sup> NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. *Compliance, controles internos de riscos: a importância da área de gestão de pessoas*. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 19.

<sup>38</sup> “Portanto, a função dos programas de *compliance* é essencial para que haja efetiva proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, servindo para as presentes e futuras gerações como instrumento preventivo e precaucional, que assegura o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar ao máximo os riscos oriundos da sociedade de risco global. Afinal, o que está em jogo é a proteção de um macrobem, e não de um microbem ambiental” (CAMARGO, Luan José Jorge; BOM, Luiz Fernando Oliveira; FURLAN, Priscila Rizk. *Compliance em matéria ambiental penal e extrapenal*. In BUSATO, Paulo César; GUARAGNI (coordenadores). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 287).

<sup>39</sup> Disponível em: <http://www.florestalbrasil.com/2019/01/maiores-desastres-ambientais-do-brasil.html>. Acesso em: 08 nov. 2024.

de alteamento à montante a construção de novas etapas da barragem é feita sobre os rejeitos depositados, na parte interna da estrutura. É o formato mais comum de depósitos de rejeitos na mineração<sup>40</sup>, mas que em vista de suas características reclamam maior observância das regras de prevenção, de modo a evitar danos irreversíveis.

Não é tudo, infelizmente é percebido em certos casos como os citados que essa visão contrária aos interesses da coletividade também ocorre em relação ao comportamento de agentes pertencentes aos órgãos públicos responsáveis pela fiscalização ambiental, seja por desídia ou corrupção. Assim, tem-se uma proteção deficiente do meio ambiente, na medida em que é permitido o normal funcionamento de empresas em descompasso com as regras e princípios existentes.

É claro que agora cabe a responsabilizar civil e criminal os responsáveis por tais fatos, a título de culpa ou dolo. Porém, ainda que um processo criminal termine e venha a absolver os inocentes e a condenar os culpados, os danos provocados foram irreversíveis. E o mais trágico é que possivelmente esses ilícitos ambientais poderiam ser evitados caso fossem observados rigorosamente programas de *compliance* no ambiente empresarial e público, poupando-se o meio ambiente, vidas e sonhos que foram terrivelmente interrompidos.

Desse modo, como já destacado, nota-se a inquestionável vocação dos programas de *compliance* para a prevenção da criminalidade difusa<sup>41</sup>, com ganhos inegáveis para os interesses da coletividade. Não obstante, entendemos que essa política pública pode também revelar-se eficiente para a prevenção de uma gama variada de crimes tradicionais, de massa, praticados por culpa ou dolo. Inclusive, alguns casos de alto impacto na sociedade e de repercussão nacional merecem ser lembrados, como os seguintes: incêndio na Boate Kiss (casa noturna, ocorrido em 2013, que tirou a vida de 242 jovens), incêndio no alojamento do Flamengo (provocando a morte de 10 jovens jogadores, ocorrido em 2019), incêndio no edifício histórico do Museu Nacional no Rio de Janeiro (em 2018). Certamente que a probabilidade da ocorrência desses casos teria sido drasticamente diminuída na hipótese de adoção dos programas de *compliance*.

Um outro exemplo que pode e deve ser destaque são as situações de crimes praticados por policiais contra civis, uma vez que a adoção dos programas de *compliance* no cotidiano das instituições policiais, em especial a militar em vista da sua atividade ostensiva, pode indubitavelmente prevenir variados ilícitos comuns perpetrados por esses agentes, como homicídios<sup>42</sup>,

---

<sup>40</sup> Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/01/29/interna-brasil,7338\\_14/barragens-que-ruiram-em-brumadinho-mariana-tinham-modelo-ultrapassado.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/01/29/interna-brasil,7338_14/barragens-que-ruiram-em-brumadinho-mariana-tinham-modelo-ultrapassado.shtml). Acesso em: 08 nov. 2024.

<sup>41</sup> O que reclama um estudo mais aprofundado que foge aos limites do presente ensaio.

<sup>42</sup> No ano de 2018, segundo o Anuário de Segurança Pública 2019, 6.220 pessoas foram mortas em virtude de intervenções policiais. 1 a cada 11 a cada cem mortes violentas foram provocadas pelas polícias, 17 pessoas por dia (Disponível em: < <https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FI>



lesões corporais, abusos de autoridades etc. Fundamental prevenir esses delitos, pois acabam gerando um efeito perverso, que é a percepção equivocada, por parte do cidadão, de um “Estado criminoso” ou um “Estado Infrator”<sup>43</sup>, perdendo o Estado, assim, a sua legitimidade democrática.

Por fim, referência especial merece a corrupção pública, que é, inquestionavelmente, um dos ilícitos criminais mais emblemáticos para a implantação dos programas de *compliance* visando à prevenção. Aliás, esse caminho está em consonância com a ideia de promoção de integridade na administração pública, que deve criar mecanismos e instrumentos de prevenção de riscos no cotidiano da gestão, de modo a prevenir o cometimento de atos ilícitos, sendo um exemplo a implantação e estruturação dos órgãos de controle interno. Inclusive, sobre esse ponto, são apropriadas as seguintes observações de Aloísio Zimmer Júnior:

Cabe também ao gestor proporcionar as adequadas condições para seu funcionamento e eficácia designando profissional competente e com perfil adequado para o cargo máximo do Sistema de Controle Interno Municipal, que pode ser a chefia da Unidade ou apenas um cargo de Assessor do Prefeito em municípios menores; realizando concurso público para provimento dos cargos dos servidores que atuarão no Controle Interno; promovendo capacitação permanente desses servidores; adotando as melhores práticas de gestão; ajudando a prevenir desperdícios, abusos, fraudes e desfalques; atentando para as irregularidades apontadas pelas Unidades ou servidores do Controle, e tomando providências para saná-las. Lembre-se que o gestor poderá incorrer em responsabilidade solidária, em caso de omissão<sup>44</sup>.

A conclusão inexorável é que medidas isoladas no enfrentamento da corrupção pública revelam-se de baixa eficiência, sendo fundamental quebrar resistências em relação à promoção da integridade nas administrações públicas<sup>45</sup>. Nessa linha, a título de exemplo, é recomendável que em relação às concorrências públicas a administração pública promova planos de capacitação dos servidores, notadamente para a governança de aquisição e fraudes em licitação, incentivando a participação do público interno nos eventos de capacitação, fomentando inclusive uma sensação de pertencimento para com a administração.

Inclusive, a tradução desse tipo de política pública administrativa foi cristalizada ainda mais pela Lei nº 12.846/2013, conhecida como “Lei Anticorrupção”, que reforça a importância

---

NAL\_21.10.19.pdf>, acesso em 17/04/2021). É um número estarrecedor, que merece uma urgente reflexão por parte de toda a sociedade.

<sup>43</sup> FIGUEIREDO, Nelson Lopes de. O Estado infrator. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>44</sup> ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 426.

<sup>45</sup> “Ainda existe uma forte resistência no âmbito das administrações públicas em substituir os sistemas que dependem da integridade pessoal de determinados agentes públicos que, em operações de risco, isoladas e quixotescas, partem para o enfrentamento de sistemas extremamente corruptos, por abordagens baseadas na implementação de políticas públicas de prevenção à corrupção. Medidas isoladas produzem efeitos apenas temporários e, no mais das vezes, geram apenas o afastamento de determinado grupo corrupto e sua substituição por outro” (ZENKNER, Marcelo. Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal, ob. cit., p. 255).

da prevenção no enfrentamento do grave problema da corrupção e, conseqüentemente, de órgãos internos fundamentais da administração, como os de controle interno, ouvidorias e corregedorias, que precisam urgentemente sair do papel.

Nessa esteira, como mecanismo de prevenção a esses tipos de comportamentos, não há mais como desconsiderar esse tipo de política pública na administração pública, uma vez que, como observa Aloísio Zimmer Júnior, “os programas de *compliance* aplicados ao setor público devem ser pensados como catalisadores para o cumprimento desse dever pelos servidores. Deve-se fomentar uma cultura de boa gestão na instituição, permitindo que os servidores – subordinados ou da Alta Administração – participem da fiscalização institucional para o devido cumprimento das normas legais”<sup>46</sup>.

Realmente, a adoção de programas de integridade na administração pública está em perfeita harmonia com um modelo de boa gestão, contribuindo com a criação de um sentimento de fidelidade às instituições, sem contar o fato de que também colabora com as autoridades superiores quanto à detecção de irregularidades, inibindo inclusive a atuação de agentes públicos “Macunaímas”<sup>47</sup>, cujo comportamento representa inequivocamente um duro golpe na meritocracia, sem contar que pode acabar consagrando uma verdadeira ode à mediocridade na administração pública, criando terreno fértil para o homem “que prospera e se reproduz no silêncio e nas sombras”<sup>48</sup>, isto é, o medíocre que, em conjunto, pode causar efeitos deletérios para a democracia, com sérios reflexos para os interesses da coletividade.

Com efeito, fazendo as devidas adaptações, são válidas as seguintes palavras de José Ingerinos para o rechaço da figura do “homem medíocre” na vida e na administração pública:

Há épocas em que o equilíbrio social se rompe a seu favor. O ambiente se torna refratário a todo anseio de perfeição; os ideais se esgotam e a dignidade se ausenta; os indivíduos acomodados têm, então, sua primavera florida. Os Estados se convertem em mediocracias; a falta de aspirações, que mantenham alto o nível de moral e de cultura, aprofunda incansavelmente o lamaçal. Embora isolados não merecem atenção; em conjunto, formam um regime, representam um sistema especial de interesses inarredáveis. Subvertem o critério dos valores morais, falseando nomes, desvirtuando conceitos: é lirismo a justiça; a sinceridade é tolice; a admiração, uma imprudência; a paixão ingenuidade; e a virtude uma estupidez<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais, ob. cit., p. 459.

<sup>47</sup> Na sua clássica e famosa obra, “Macunaíma: herói sem nenhum caráter”, Mário de Andrade conclui que “o brasileiro não tem caráter” porque não tem uma civilização própria. Macunaíma é retratado como índio, negro e, também, branco. Ele simplesmente não tinha identidade e por essa razão mudava de caráter conforme a situação (ANDRADE, Mario de. Macunaíma: herói sem caráter. 2 ed. São Paulo: Penguin, 2016).

<sup>48</sup> INGERINOS, José. O homem medíocre. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 62.

<sup>49</sup> Ibid., p. 78.

Enfim, os atos de má governança reveladores de demérito administrativo acabam funcionando como verdadeiras usinas de criação de espaços na administração pública que venham a favorecer o florescimento da corrupção em suas diversas formas. Por isso, buscar soluções para evitar os atos de má governança e de demérito administrativo surge como tarefa de primeira grandeza se se quer realmente prevenir a corrupção. A prevenção de riscos é essencial nessa matéria, o que reclama lançar um olhar para a integridade, para a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Sem embargo de a referida lei ser mais voltada para o setor privado, é recomendável e desejável que as boas práticas de prevenção aos atos de corrupção também sejam implantadas no setor público, e isso tanto na administração direta como, também, na indireta. Aliás, como bem observa Aloísio Zimmer Júnior, “Nesse sentido, a Controladoria-Geral da União elaborou uma série de Cartilhas nos últimos anos, reafirmando a importância da implantação desses mecanismos de integridade no âmbito público. Tratando-se de corrupção, não há como exigir apenas dos entes privados que adotem mecanismos de combate, devendo o próprio Estado adotar instrumental exemplar”<sup>50</sup>.

Dessa forma, não há como questionar a necessidade de que as administrações públicas adotem programas de integridade que, de acordo com a Controladoria-Geral da União – CGU, pode ser definido como “o conjunto de arranjos institucionais que visam a fazer com que a Administração Pública não se desvie de seu objetivo precípua: entregar os resultados esperados pela população de forma adequada, imparcial e eficiente. A corrupção impede que tais resultados sejam atingidos e compromete, em última instância, a própria credibilidade das instituições públicas”<sup>51</sup>. Embora as orientações da CGU tenham sido endereçadas para o âmbito da administração pública federal, o conceito pode servir como fonte inspiradora para outras administra-

---

<sup>50</sup> ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais, ob. cit., p. 519. Merece registro o seguinte registro contido no Guia de Implantação de programa de integridade nas empresas estatais: orientação para gestão da integridade nas empresas estatais federais, elaborado pela CGU: “Nos últimos anos, têm ganhado grande destaque as medidas de governança e, especificamente, de conformidade (‘compliance’) adotadas por empresas em todo o mundo, consolidando entre o público a noção de que estas empresas não têm apenas obrigação de gerar lucros para seus acionistas, mas, também, obrigações mais amplas para a sociedade. Atualmente, faz parte da estratégia de posicionamento e imagem das grandes empresas demonstrar que são responsáveis social e ambientalmente, o que inclui, de forma crescente, a demonstração do compromisso destas empresas em evitar a ocorrência de fraude e corrupção. No caso das empresas estatais, este compromisso em atuar de forma socialmente responsável não está vinculado apenas a uma estratégia de posicionamento empresarial e de imagem, mas, de forma intrínseca, à sua responsabilidade como entidade gestora de recursos públicos, comprometida com os princípios da administração pública” (BRASIL. Controladoria-Geral da União. Guia de implantação de programas de integridade nas empresas estatais: orientações para a gestão da integridade nas empresas estatais federais. Brasília: CGU, dez. 2015, p. 9-10. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2024).

<sup>51</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União. Guia de integridade pública: orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional. Brasília: CGU, dez. 2015, p. 5. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2024.

ções (estados e municípios), bem como para o Legislativo, o Judiciário e instituições, como as policiais e o Ministério Público<sup>52</sup> que, de acordo com sua respectiva realidade, poderão elaborar outra definição em eventual legislação que regulamentar o tema<sup>53</sup>.

Referidos programas, como destaca Marcelo Zenkner, integrarão uma espécie de microssistema anticorrupção na administração pública<sup>54</sup>, criando anticorpos para a detecção de fraudes e atos de corrupção, tornando-a forte na prevenção, ou seja, uma administração antifrágil<sup>55</sup>. Nessa linha, são perfeitamente válidas e adequadas as seguintes observações da CGU: “Tais medidas, no entanto, não podem ser entendidas como partes isoladas, sem conexão. São peças de um mesmo quebra-cabeça que, devidamente montado e estruturado, tem por objetivos proteger a Administração Pública contra riscos de corrupção e garantir a adequada prestação de serviços à sociedade, fim último de qualquer política pública”<sup>56</sup>. Enfim, é curial que o objetivo primordial de tais medidas é a tutela do direito fundamental à boa administração pública<sup>57</sup>, o que, dentre outros fatores positivos, acaba refletindo na prevenção de ilícitos de corrupção.

Obviamente que todas as iniciativas relativas ao microssistema de prevenção à corrupção estão em permanente construção. Mas, para a sua efetiva implantação, considerando a recalci-trância de muitos gestores, é fundamental também um protagonismo dos órgãos de fiscalização e repressão, como o Ministério Público, que dispõe de variados instrumentos para fomentar práticas de boa gestão, não só por meio de uma atuação proativa, resolutiva e preventiva, como também, quando necessário, repressiva.

---

<sup>52</sup> Inclusive, em relação aos Ministérios Públicos, considerando a forma de escolha dos procuradores gerais de justiça, seria muito interessante refletir seriamente sobre a adoção de programas de *compliance* para resguardar, dentre outros valores, o princípio da impessoalidade na atuação dos órgãos de execução que atuam nos primeiro e segundo grau. É um tema fascinante, que foge aos limites do presente ensaio e que merece estudo próprio, o que pretendemos fazer no futuro.

<sup>53</sup> Como exemplo, cita-se o Decreto Federal 8.420/15, que regulamentou a Lei 12.846/13 no âmbito do Poder Executivo Federal e que no seu art. 41 trouxe a seguinte definição: “Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”

<sup>54</sup> ZENKNER, Marcelo. Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal, ob. cit., especialmente p. 197-201. 255

<sup>55</sup> Que é, antes de tudo, “preocupada com a realização máxima do interesse público, com corpo técnico capacitado e valorizado e com procedimentos claros e éticos de atuação para a efetivação de uma justiça social plena e para um sustentável desenvolvimento do Estado” (CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Administração pública antifrágil. In Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento – XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (co-ord.). Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 290).

<sup>56</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União. Guia de integridade pública: orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional, ob. cit., p. 5. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2024.

<sup>57</sup> Sobre algumas propostas para esse microssistema ver: SENNA, Gustavo. Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 298-301.

Esse é o caminho para resguardar o direito fundamental à boa gestão pública e a consequente prevenção de crimes de corrupção e outras inúmeras infrações penais. Com efeito, criar mecanismos para que se tenha uma administração pública antifrágil, fomentando práticas de *good governance*, pode representar o ponto de partida para finalmente iniciar o percurso do caminho traçado pela Constituição Federal, que consagrou expressamente regras e princípios que devem nortear a atuação de todos que lidam com a coisa pública, irradiando-se esses efeitos para a sociedade civil. Portanto, essa é uma questão ética, de integridade, uma vez que muitos crimes como os de corrupção, em vista das suas consequências, cobra vidas e ameaça a democracia, pois solapa seus fundamentos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O momento atual não permite troca de acusação e transferência de responsabilidades entre os atores do sistema – o que deve ser buscado são convergências e soluções para a ruptura dos processos corruptivos  
(Marcelo Zenkner<sup>58</sup>)

É tempo de encerrar o presente ensaio. Por isso o epílogo poderia ser acompanhado de um posfácio, esclarecendo que essa história não acaba aqui, uma vez que avançar é preciso, pois ainda existem muitos caminhos pela frente. Lembrando Machado de Assis: “Esquecer é uma necessidade. A vida é uma lousa, em que o destino, para escrever um novo caso, precisa de apagar o caso escrito.”<sup>59</sup> Assim, inspirado no genial escritor, a questão do enfrentamento da criminalidade pode ser comparada a uma lousa, porque, afinal, trata de vidas, estando em constante desenvolvimento. Logo, é necessário sempre buscar novos caminhos para enfrentar esse fenômeno, mais eficientes e adequados com os postulados de um Estado Democrático e de Direito. É o que propomos.

Falando de forma metafórica, para que se concretize o sonho de uma sociedade mais justa e igualitária, na qual os direitos humanos sejam respeitados e efetivamente preservados, é fundamental que a integridade penetre na aorta da sociedade e chegue ao seu coração.

Como demonstrado ao longo do presente ensaio, esse é um caminho possível e viável para a prevenção criminal, sendo um modo de pensar contemporâneo, consciente de que o enfrentamento da criminalidade sob o viés puramente punitivista, sem levar em conta também a pre-

---

<sup>58</sup> Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal, ob. cit., p. 27.

<sup>59</sup> Conto “Verba Testamentaria”, da obra “Papeis Avulsos”. In ASSIS, Machado. Obra Completa de Machado de Assis. Vol. II. Rio de Janeiro: Nova Aguillar, 1994, p. 87.

venção, tende a um retumbante fracasso, passando a imagem de um Estado débil e ineficiente, frustrando, desse modo, as expectativas da coletividade.

Não só, pois o caminho da prevenção é também mais humano, uma vez que poupa muitos bens jurídicos caros para a sobrevivência humana com dignidade, como a integridade física, o meio ambiente, a saúde, a vida etc. Enfim, tudo que se propõe por essa via é preservar sonhos que são interrompidos com a prática de crimes que poderiam ser evitados.

Valendo-se das palavras de Marcelo Zenkner, na epígrafe que abre o presente epílogo, não é o momento de apontar possíveis culpados, mas sim de uma união de esforços convergentes, na busca de soluções para o enfrentamento do grave problema da criminalidade, rompendo com a ultrapassada visão de que o único caminho é a punição, o Direito Penal, que é e ainda será necessário na sociedade, mas que não é a única porta possível. Outras portas precisam ser abertas, e uma delas, indubitavelmente, é o caminho da integridade por meio da implantação de programas de *compliance* como prevenção criminal.

Enfim, invocando o pensamento do filósofo da alteridade, o francês Emmanuel Lévinas<sup>60</sup>:

O outro vem antes de mim, sou o outro. O que o outro tem como deveres para comigo é problema dele não meu!... No que se refere à relação com o outro, sempre volto à minha frase de Dostoiévski. É uma frase central dos Irmãos Karamazov: “Somos todos responsáveis por tudo e por todos, e eu mais do que os outros.”

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Mario de. **Macunaíma**: herói sem caráter. 2 ed. São Paulo: Penguin, 2016.
- ASSIS, Adriano Marcus Brito de. **Ministerio Público y combate a la corrupción política**: cuestiones constitucionales y procesales sobre la configuración orgánica de la institución. Valencia: Tirant lo blanc, 2020.
- ASSIS, Machado. **Obra Completa de Machado de Assis**. Vol. II. Rio de Janeiro: Nova Aguillar, 1994.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Guia de implantação de programas de integridade nas empresas estatais**: orientações para a gestão da integridade nas empresas estatais federais. Brasília: CGU, dez. 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf>.
- CAMARGO, Luan José Jorge; BOM, Luiz Fernando Oliveira; FURLAN, Priscila Rizk. *Compliance*

<sup>60</sup> Qui eles-vous? La Manufacture, 1987, p. 101-3

em matéria ambiental penal e extrapenal. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI (coordenadores). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Faculdade de Direito do Recife. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

CASTILHO, Ela Wiecko V. Castilho. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Administração pública antifrágil. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). **Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento – XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DONINI, Massimo. **El Derecho Penal Frente a los Desafíos de la Modernidad**. Peru: Ara, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Principia iuris**. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de La democracia. Madrid: Trotta, 2011.

FIGUEIREDO, Nelson Lopes de. **O Estado infrator**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário de Segurança Pública 2024**. Disponível em: <https://apidSPACE.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/1d896734-f7da-46a7-9b-23-906b6df3e11b/content>.

FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1, t. 1. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1973.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI (coordenadores). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

HASSEMER, Winfried. **Segurança Pública no Estado de Direito**. In: Direito Penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

INGERINOS, José. **O homem medíocre**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

KINDHÄUSER, Urs. Capítulo XLI. Cómo se evitan los delitos. Acerca de la Concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria. In: MATUS, Jean Pierre (diretor). **Beccaria 250 años después**. Dei delitti e dele pene: de la obra maestra a los becarios. Buenos Aires: IBdef, 2011.

- LÉNINAS, Emmanuel. **Qui eles-vous?** La Manufacture, 1987.
- LUCAS, Luiz Fernando. **A era da integridade:** Homo Conscious: a próxima evolução: o impacto da consciência e da cultura de valores para encontrar propósito, paz espiritual e abundância material na sua vida pessoal, profissional e na sociedade. São Paulo: Editora Gente, 2020.
- MORIN, Edgar. **É hora de mudarmos de via:** as lições do coronavírus. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.
- MULAS, Nieves Sanz. **Manual de política criminal.** Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.
- NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos de riscos: a importância da área de gestão de pessoas.** Brasília: Editora Senac, 2014.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Tradução e prefácios do Prof. L Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **Beccaria e o direito penal de hoje.** Trad. Rodrigo Murad do Prado. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SANTOS: Boaventura de Sousa. **O futuro começa agora:** da pandemia à utopia. São Paulo: Boitempo, 2021.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta.** ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral? Traducción de Lourdes Baza. In: Obras. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- SENNA, Gustavo. **Combate à má governança e à corrupção:** uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- SUASSUNA, Ariano. **Auto da compadecida.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco:** versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- TAMBORLIN, Fábio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI (coordenadores). **Compliance e direito penal.** São Paulo: Atlas, 2015.
- VERSELE, Severin C. **Las cifras doradas de la delinquencia.** In Revista del ILANUD AL DÍA, Año 1, San José da Costa Rica, 1978.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica:** criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. Florianópolis: Tirant lo blanch. 2020.
- ZENKNER, Marcelo. **Integridade governamental e empresarial:** um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e improbidade administrativa:** cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.



# CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO E SUA CAPACIDADE DE RENDIMENTO PARA O SISTEMA DE IMPUTAÇÃO

## *MEANINGFUL CONCEPTION OF ACTION AND ITS CRITICAL YIELD FOR THE CRIMINAL LIABILITY SYSTEM*

*Paulo César Busato*<sup>1\*</sup>

### RESUMO

Este artigo explora a capacidade de rendimento crítico da concepção significativa da ação para o sistema de atribuição de responsabilidade penal. Para tanto, explora os resultados que pode obter em comparação com os conceitos clássicos de ação em quatro distintos problemas: as atuações em estado de inconsciência, tais como hipnose ou sonambulismo; as omissões impróprias; os casos de delitos de posse e as condutas de pessoas jurídicas.

**Palavras-chave:** Conceitos de ação. Inconsciência. Omissões. Delitos de posse. Ação de pessoas jurídicas.

### ABSTRACT

This paper discuss the critical performance of the conception of *meaningful action* for the criminal accountability system. In order to do so, it explores the results that can be obtained in comparison with the classical concepts of action in four distinct problems: unconsciousness, such as hypnosis or somnambulism; improper omissions; the cases of possession offenses and the conduct of the legal entities.

**Keywords:** Action concepts. Unconsciousness. Omissions. Possession offenses. Action of legal entities.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Breves considerações sobre a falência dos modelos teóricos do delito. O que resta da pretensão científica. 2. Breves apontamentos sobre as funções do conceito de ação na teoria do delito. 3. A concepção significativa da ação: um novo leque de possibilidades; 3.1. As atuações em estado de inconsciência; 3.2. A omissão imprópria como equivalência de sentido: crítica à insuficiência da posição de garante; 3.3. Novos horizontes: a possibilidade de recorte dos delitos de posse; 3.4. As ações realizadas por pessoas jurídicas. Conclusão.

### INTRODUÇÃO

A teoria do delito é um sistema que se justificou, durante muito tempo, na premissa de igualdade, na pretensão de que a submissão ao sistema dogmático produziria resultados equânimes.

---

<sup>1\*</sup> O autor é doutor em Problemas atuais do Direito penal, pela Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha; Professor de Direito penal da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

No fundo, tratou-se de uma projeção da liberdade dos modernos<sup>2</sup>, na ideia de sobrepor a uma regra formal única todos os casos penais, em busca de um resultado justo para todos.

E o método pelo qual se pretendeu alcançar tal igualdade foi uma aposta na ciência. Tanto é assim, que a primeira formulação das chamadas teorias do delito propôs exatamente um sistema organizado a partir de um método analítico, próprio das ciências naturais, equilibrado entre dois conceitos – de abertura e fechamento do sistema de imputação, a saber, ação e culpabilidade – provenientes das ciências naturais.

A história do desenvolvimento destas teorias do delito consistiu, a partir daí, em uma sucessão infundável de intentos de superação do modelo anterior, sem, no entanto, jamais deixar de lado uma pretensão de verdade generalizante.

É verdade que os intentos sucessivos procuravam resolver insuficiências do paradigma anterior, mas sempre na preservação de uma estrutura de corte científico.

No curso desse desenvolvimento, nem sempre a dogmática foi instrumentalizada no sentido de seu objetivo inicial, senão que chegou a servir precisamente como justificativa generalizante de preferências ditadas por inspiração político-criminal pouco alvissareira, para dizer o mínimo<sup>3</sup>.

De qualquer sorte, a ideia geral de um conjunto de princípios jurídicos que permita equalizar resultados de juízos individuais gerando resultados mais justos é tudo o que se pode aspirar de uma política criminal de viés democrático. Assim, alguns filtros técnicos gerais, sempre que não se perca de vista o todo do acontecimento delitivo<sup>4</sup> podem perfeitamente ser utilizados para melhorar os resultados produzidos pelo processo de imputação. O cuidado central a tomar é não pretender converter as regras em dogmas imutáveis, com o sacrifício das particularidades do evento.

Evidentemente, em um sistema puro de precedentes, formatado a partir da lógica do razoável, é bastante mais simples alcançar tais resultados práticos do que em um sistema baseado na legalidade, especialmente, dada a tradição científica que aprisionou a legalidade na norma positiva.

---

<sup>2</sup> A expressão “liberdade dos modernos” é usada por Vives Antón em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 725. O mesmo sentido libertário da afirmação do direito entre os modernos é referido por Hassemmer em HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. de María del Mar Díaz Pita e Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 24-29.

<sup>3</sup> A respeito, é essencial a leitura de MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo*. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 e LLOBET, Javier. *Nacionalsocialismo y antigarrantismo penal (1933-1945)*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2015.

<sup>4</sup> Este alerta está em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Principio de legalidade...cit., p. 781.

Neste contexto, se é que se entende útil ainda preservar um modelo de imputação baseado na fórmula da legalidade, o passo adiante a ser dado parece ser o aproveitamento das bases oferecidas pela filosofia da linguagem.

Se não por outra razão, dado o fato de que a obra de Wittgenstein represente a mais bem elaborada forma de confluência entre duas das mais importantes tradições filosóficas ocidentais: a tradição crítica e a tradição lógica.

Se há algo ainda a fazer para reformar o modo de imputar em direção a resultados mais próximos do que se pode chamar prestação jurisdicional, isto deve provir da crítica aos modelos existentes que se faça através da linguagem.

É evidente que uma mudança de paradigma deste calibre abre uma enorme possibilidade de melhores soluções a respeito da imputação como um todo e que em uma breve intervenção como esta, não seria possível abordá-los todos.

Por isso, o texto aponta somente para a função de delimitação negativa da ação em Direito penal, ainda assim, fazendo-o de modo incompleto, pondo em destaque tão só propostas de releitura de abordagens feitas dentro dos tradicionais modelos dogmáticos, procurando evidenciar as vantagens de clareza e recorte crítico que uma concepção de ação vinculada à filosofia da linguagem pode trazer.

Ainda assim, nos temas tratados, o que se pretende fazer é apenas compilar as abordagens que têm sido feitas sobre temas relativos ao reconhecimento ou não da ação em matéria penal, tomando por referência a concepção significativa da ação, oferecendo, aqui e ali, argumentos de reforço ou novos argumentos em favor de tal abordagem dos temas.

## **1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FALÊNCIA DOS MODELOS TEÓRICOS DO DELITO. O QUE RESTA DA PRETENSÃO CIENTÍFICA**

É de todos sabido que a formulação da teoria do delito é o produto melhor acabado de toda uma época, de uma forma de pensar o Direito penal que traduziu uma aposta na ciência<sup>5</sup>.

Esta escolha tinha uma clara orientação libertária<sup>6</sup> frente a um *status quo* da discussão sobre o sistema punitivo em face de sua promessa de segurança e igualdade.

A escolha da ciência como paradigma, no entanto, ocultava aspectos condicionantes que, tendo ou não sido vistos *ab initio*, conduziram ao efeito completamente oposto àquele que se buscava.

---

<sup>5</sup> Veja-se detalhes em SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do Direito penal sob uma perspectiva Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 23-28 e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Principio de legalidad*,... cit., p. 736.

<sup>6</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 101.

Por um lado, o modelo científico traduz uma opção pelo compasso binário de corte absoluto entre verdade e falsidade que se opõe de modo frontal à característica mais central do direito: sua fluidez. Não é difícil perceber que a discussão argumentativa do direito não versa sobre *coisas no mundo*, e sim sobre convenções. É certo que tais convenções produzem efeitos mais ou menos cogentes sobre pessoas e coisas no mundo, mas resulta bastante difícil afirmar que o direito possua um caráter *ôntico*.

Em segundo lugar, esta mesma lógica conduziu à importação acrítica, para o âmbito do sistema de imputação, de bases conceituais afirmadas em planos extrajurídicos que deveriam ser a baliza de afirmação do caráter científico do Direito penal.

É por esta e não por outra razão que a primeira grande disputa entre escolas de Direito penal, travada dentro da teoria do delito, deu-se em torno da afirmação de um *ser da ação*, ou seja, sobre uma verdade a respeito de um conceito básico de caráter ontológico, capaz de vincular toda a estrutura do sistema de imputação<sup>7</sup>. A afirmação de um ponto de vista – como uma verdade – invalidava completamente o outro.

Desnecessário repisar as inúmeras críticas mútuas entre os modelos causal naturalista, sua variante neokantiana e o modelo finalista do delito<sup>8</sup>. Basta apontar para o resultado final desta guerra: a aniquilação completa de todos os conceitos ontológicos de ação para o cumprimento das funções que os próprios juristas deles exigiram, dado o resultado de incapacidade da postura causal naturalista para explicar a omissão e a insuficiência do finalismo na explicação do crime culposos<sup>9</sup>.

A solução – diga-se, radical – frente ao colapso do modelo ontológico científico do sistema de imputação, foi o abandono completo da ação como ponto de influxo da teoria do delito e a reorganização do sistema de imputação em torno de uma base completamente normativa, que arrancava da imputação como decisão política sobre que condutas incriminar.

Por um lado, esta opção, admitia, *a priori*, ser o Direito penal essencialmente um modelo de expressão política, balizado por funções de caráter social<sup>10</sup> e não por condicionantes naturais. Por outro, preservou-se do modelo científico o método analítico, a estrutura sistemática e uma boa carga de conteúdo natural dentro das próprias categorias do delito<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> No fundo, causalismo e finalismo tinham muito mais em comum do que diferenças entre si, conforme já expus em BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 43.

<sup>8</sup> Veja-se MARINUCCI, Giorgio. *El delito como acción. Crítica de un dogma*. Trad. de José Eduardo Sainz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 57-130. Também comentei estes fatos em BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa...cit.*, pp. 35-104.

<sup>9</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Principio de legalidade...cit., pp. 764-765.

<sup>10</sup> A questão é referida expressamente por ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*. 4. ed. München: Beck, 2006, pp. 221 e ss. e JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*. 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 43 e ss, por exemplo.

<sup>11</sup> Que sirva como exemplo, a forma de Roxin explicar o dolo, que inclui uma intenção de caráter nitidamente

Esta insistência com o paradigma ôntico científico retira o Direito penal de seu ambiente, conduzindo a um sério *erro categorial*<sup>12</sup>.

Pretende-se medir e organizar o Direito – e o Direito penal – com a régua científica, sem que se perceba que o Direito são só palavras, ainda que seja verdade que as palavras são todo um mundo<sup>13</sup>. Esta pretensão é fadada ao fracasso, na medida em que o Direito é uma práxis e não uma ciência<sup>14</sup>.

Conforme bem refere Vives Antón<sup>15</sup>, remonta ao *Tractatus Lógico-philosophicus*<sup>16</sup>, de Wittgenstein, a referência a que a estrutura do conhecimento científico, pressupõe uma cisão entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido e, com isso, a própria linguagem científica constrói a realidade conforme certas regras, que a convertem em objeto da experiência vistas desde filtros preestabelecidos. Em virtude disso, as teorias científicas no nos permitem dizer nada do mundo, mas tão somente nos mostram a própria rede conceitual com a qual o capturam, em uma circularidade da qual não podem escapar.

Por isso, as diferentes concepções sobre a verdade deste ou daquele conceito de ação tinham a plena capacidade de invalidar completamente os conceitos que a elas se opunham. Partindo de um dado conceitual elementar, mas condicionante, dentro do paradigma da verdade própria do modelo científico, somente tem sentido o resultado afim àquele dado elementar.

Com isso não se prova nada a respeito da insuficiência deste ou daquele modelo, mas tão somente a inutilidade do modelo circular imposto pela fórmula científica.

Não obstante isso, uma característica da ciência remanesce como algo que pode ser almejado pelo direito: o desenvolvimento, a evolução, a pretensão de avançar em direção ao aperfeiçoamento das construções jurídicas, “a pretensão de que disponhamos de teorias sempre mais simples e melhores”<sup>17</sup>, o que se resolve sempre empregando novas práticas, afinal, é nesse senti-

---

psicológico em primeira pessoa e seu conceito de ação como “manifestação da personalidade”. Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*cit., respectivamente pp. 438 e ss. e 269 e ss.

<sup>12</sup> Trata-se de um erro equivalente ao que ocorre hoje em dia com a pretensão de interferência das neurociências em *Direito penal*. A respeito, veja-se, HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito penal. Trad. de Paulo César Busato. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Neurociências e Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7 e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Neurociencia y determinismo reduccionista. Una aproximación crítica. *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.). Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, 2013, p. 227.

<sup>13</sup> Isso vai bem expresso na conhecida frase de Wittgenstein: “Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus*, 1918, parágrafo 5.6.

<sup>14</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 489.

<sup>15</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...*cit., pp. 464-465.

<sup>16</sup> Veja-se WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus...*cit., n<sup>os</sup> 6.341, 6.342 e 6.124.

<sup>17</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...*cit., p. 465. Vives afirma que este aspecto da ciência, qual seja, o progresso, o desenvolvimento, é capaz de dizer algo do mundo.

do – nem sempre bem compreendido pelos menos versados no paradigma da linguagem<sup>18</sup> – que se louva o ar benfazejo da iniciativa de reformulação do sistema de imputação em consonância com os postulados da concepção significativa da ação, especialmente por sua reorientação da teoria à práxis.

A explicação de Vives Antón a respeito, não deixa margem para dúvidas:

Mediante a ciência conduzimos o mundo. As teorias científicas são experimentadas no laboratório e aplicadas na vida. Uma teoria ou um conjunto de teorias é melhor se nos permite utilizar melhor o mundo para nossos fins. A superioridade de umas teorias sobre outras se comprova, pois, na prática.

E, se isso é assim, é preciso buscar na prática – na ação – a origem do significado. As práticas sociais delimitam objetos e condutas e permitem substituí-los por símbolos linguísticos, por palavras. As palavras adquirem, assim, significado, em contextos de uso e toda extrapolação do contexto originário deve assentar-se, também, em práticas<sup>19</sup>.

Portanto, o significado de uma proposição, tanto em linguagem comum quanto em linguagem científica (em nosso caso em linguagem teórico-jurídica), descansa sobre o uso que se faz dele, e só pode ser melhorado na medida em que se melhora as práticas nas quais se assenta<sup>20</sup>.

O que se pretende demonstrar nos tópicos que seguem é precisamente que, nos temas escolhidos – à margem de que existem muitos outros mais decorrentes da adoção do paradigma linguístico – é possível aproximar o sentido jurídico do sentido comum das práxis resultantes da aplicação do modelo teórico, melhorando logicamente os resultados produzidos.

## **2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE AS FUNÇÕES DO CONCEITO DE AÇÃO NA TEORIA DO DELITO**

É de todos sabido que a existência de o ponto álgido de teorização sobre o a teoria do delito está associado a uma disputa a respeito da afirmação de se a ação é causal ou final, fulcradas em uma pretensão de verdade científica sobre se um fato determinado é crime ou não. Uma verdadeira “guerra de Escolas” que teria deixado um legado de construção teórica até hoje importante para os penalistas: um sistema de imputação muito aperfeiçoado<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Por exemplo, entre os penalistas, Bruno Moura dirige sua crítica sobre a ação significativa ao vazio, ao afirmar que o fato de propor algo novo não constitui prova de evolução científica, o que demonstra sua total incompreensão acerca da proposta. Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude penal e justificação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 113 e ss. A prova de incompreensão total do paradigma que aqui e em outro lugar foi sustentado é a inconsistente aproximação que o mesmo autor fez, no mesmo texto, entre as perspectivas de Wittgenstein e Heidegger. Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude...cit.*, pp. 106-107.

<sup>19</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, p. 466.

<sup>20</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, p. 466-467.

<sup>21</sup> Cf. a respeito, pp. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte Geral. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora,

No entanto, para vencer a referida guerra, exigiu-se dos conceitos de ação o cumprimento de tantas funções que nenhum deles logrou, afinal, cumprir.

Propôs-se que o conceito *correto, verdadeiro*, de ação, deveria ser capaz de cumprir distintas funções concomitantemente, a saber: uma *função classificatória*, consistente em ser a ação um gênero comum do qual caiba derivar as distintas espécies delitivas, sejam ativas ou omissivas, dolosas ou imprudentes; uma *função de coordenação*, por consistir em um substantivo ao qual se acrescentam os adjetivos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, que conforma entre eles um laço de união, sem antecipação alguma do seu conteúdo; uma *função de definição*, que se traduz em consistir em um substrato material apto a sofrer as desvalorizações provenientes da ilicitude e da culpabilidade; e uma *função negativa ou de delimitação*, que permita distinguir o que é e o que não é uma ação, na medida em que só as primeiras podem ser objeto do Direito penal<sup>22</sup>.

Rapidamente demonstrou-se a inconsistência desta pretensão, seja por insuficiência dos próprios conceitos<sup>23</sup>, seja pela tautologia da própria exigência, demonstrando remanescer como válida unicamente a pretensão de afirmação da função negativa da ação em Direito penal, ou seja, deixar à margem do sistema de imputação a análise dos acontecimentos que não constituem ação<sup>24</sup>. Esta inconsistência foi, em última análise, o que obstou um caminho que se anunciava promissor<sup>25</sup>.

As mais repercutidas tentativas de livrar o sistema de imputação da equivocada sobrecarga de funções imposta ao conceito de ação cometeram o equívoco de realizar o recorte sem oferecer um conceito mais consistente para levar a cabo a tarefa remanescente, de distinção entre as ações e os acontecimentos, mas sim destituindo a ação do lugar central que ocupava na elaboração da responsabilidade penal. Em outras palavras: ao se demonstrar a incapacidade dos conceitos ontológicos de ação para cumprir tudo o que deles se esperava, não apenas retiraram as funções impertinentes exigidas ao conceito, mas relegou-se completamente a ideia de ação

---

2004, pp. 231-236.

<sup>22</sup> Sobre o tema veja-se VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, pp. 123-124 e ...cit., pp. 57-130. Também comentei estes fatos em BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa...cit.*, pp. 57 a 92.

<sup>23</sup> Sobre a incapacidade de atendimento à função classificatória de compor um *supraconceito* de ação, veja-se VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, pp. 124-128 e MARINUCCI, Giorgio. *El delito como acción...cit.*, pp. 57-130. Também comentei estes fatos em BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa...cit.*, pp. 73 e ss., e sobre o paradoxo mutuamente excludente entre o cumprimento da função de *definição* e a função de *coordenação* ou *enlace*, veja-se VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, pp. 128-131 e MARINUCCI, Giorgio. *El delito como acción...cit.*, pp. 57-130. Também comentei estes fatos em BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa...cit.*, pp. 64 e ss.

<sup>24</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, p. 124.

<sup>25</sup> Na expressão de Vives Antón, “[...] la teoría social de la acción está a punto de decirlo todo; y, sin embargo, a fuerza de dar vueltas a un círculo vicioso, no dice – finalmente – nada”. *Idem*, p. 135.

em favor da ideia de imputação<sup>26</sup>. Ou seja: mudou-se a pergunta de orientação do Direito penal. Passou a não ser mais importante a pergunta sobre o que fez ou deixou de fazer o criminoso, mas passou-se a perguntar sobre quais as razões para castigá-lo. Não é um acaso, pois, que a ação, no sistema de Roxin, ceda o espaço de protagonismo na organização da teoria do delito para a imputação, pois um conceito tão frágil e tautológico não poderia ser eixo de nada.

O efeito deletério necessário que provém daí é a posição de protagonismo alcançada pela norma em detrimento da ação, o que só poderia gerar – como de fato gerou – no seu limite, a conversão do funcionalismo para sua versão sistêmica, qual seja, a escolha de um modelo auto-poietico em torno da norma positiva, remetendo a ação para um plano ainda mais obscuro, qual seja, o de mera sombra do paradigma da omissão.

Este foi o molde da proposta de Jakobs<sup>27</sup>, seguindo uma linha antes explorada por Herzberg<sup>28</sup>, ao identificar a ação como “resultado individualmente evitável”.

Evidentemente, como a omissão depende essencialmente da norma para adquirir relevância penal, as fórmulas baseadas na omissão, em suas distintas versões, representaram e representam uma opção pela norma como centro de justificação de um processo de atribuição penal, opção que não parece representar a melhor política criminal.

Não há dúvidas a respeito do acerto que consiste em reduzir o ponto de partida do processo de imputação à separação dos acontecimentos que não consistem em ação. No entanto, constitui um equívoco insistir em que tal parâmetro possa ser oferecido por um conceito de ação identificado com um substrato físico ou psíquico. Por outro lado, elidir o problema com a substituição da ação pela imputação não apenas não resolve o problema, como dá origem a outros problemas que anteriormente inexistiam.

---

<sup>26</sup> A referência aqui se faz às propostas alinhadas ao funcionalismo, em especial as de Roxin e Jakobs. Veja-se que Roxin já sustentava, *ab initio*, a completa inviabilidade de obter resultados práticos de um sistema que se baseasse em um conceito de ação (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito penal*. 3. ed. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 108) embora, neste caso, estivesse referindo-se aos conceitos ontológicos então praticados. Jakobs, por seu turno, nega que exista ação em si, como conceito, mas somente ações determinadas em contextos de evitação (JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*. 2. ed. Trad. de Joaquin ...cit., p. 199).

<sup>27</sup> A primeira formulação de um conceito de ação por Jakobs aparece no livro homenagem a Welzel, no trabalho JAKOBS, Günther. *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*. In: Stratenwerth, Günter et al (eds.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Berlim: 1974, pp. 307 e ss. O mesmo conceito é trabalhado em seu tratado JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlim: 1983, pp. 120. Mais tarde, como efeito de desenvolvimento de sua perspectiva normativa subordina já diretamente a ação à imputação afirmando ser a primeira apenas uma “causação imputável” (Cf. JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: VAM-Civitas, 1997, pp. 101-102).

<sup>28</sup> Confirma-se em HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlim: De Gruyter, 1972, pp. 171 e ss., é quem, apoiado pelo princípio de não evitação de Kahrs, chega a afirmar que a ação, em termos penais é “a evitável não evitação na posição de garantidor”. Esta opção, se, de um lado, obviamente, congregava uma possibilidade de resolver o problema do supraconceito de ação, remetia, por outro lado, à discussão da responsabilidade pela evitação que, obviamente, só poderia residir na própria norma, quebrando assim, a pretensão de haver um substrato pré-jurídico.



Portanto, é igualmente equivocado pretender realizar a função negativa da ação em Direito penal a partir de concebê-la como a modificação voluntária do meio externo, o direcionamento de uma finalidade ou uma manifestação da personalidade ou mesmo a partir de considerações acerca da omissão. Todas estas concepções partem do equívoco de conceber a ação individualmente e não intersubjetivamente; como um substrato, e não como o sentido de um substrato<sup>29</sup>.

### 3 A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO: UM NOVO LEQUE DE POSSIBILIDADES

O problema de delimitação do que é ou não é ação para o Direito penal deve ser abordado não a partir da discussão sobre se podemos ou não dizer que a conduta comissiva e a omissão são efetivamente ações a partir da busca de um substrato comum, e sim buscando entender *porque*, a despeito de que tenham ou não substrato comum, podem ambas serem interpretadas conforme seu sentido<sup>30</sup>.

Vale dizer: sustenta-se que um sistema jurídico-penal de imputação não é mais do que a estruturação linguística de uma *práxis* que consiste em cotejar normas e ações com o objetivo de afirmar, do modo mais justo possível, que algumas destas ações são crime e outras não.

Este *sentido* de uma ação deve ser buscado no pensamento de Wittgenstein<sup>31</sup>, segundo quem, tal sentido surge da interação social mediada por regras, cuja inteligibilidade só é possível no contexto de uma *forma de vida*. As formas de vida comuns permitem-nos entendermos acerca dos usos costumeiros de uma palavra para significar algo e para que uma ação seja identificada enquanto tal, bem como para a identificação de que tipo de ação se trata.

Neste ponto, resulta decisiva a contribuição de Habermas<sup>32</sup>, com sua teoria da ação comunicativa, tomada por Vives Antón<sup>33</sup> para o desenvolvimento da teoria da ação significativa, adotada neste trabalho como referência para uma reconstrução das possibilidades de recorte dogmático dos limites de imputação.

<sup>29</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, p. 221.

<sup>30</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, p. 147.

<sup>31</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 2. ed. Barcelona: Crítica, 2002, pp. 516-517.

<sup>32</sup> O passo a mais de Habermas é valorado por Vives Antón como o intento de buscar as bases de uma sociologia que proceda em termos de análise de linguagem, o que vai adiante da mera pretensão “terapêutica” de Wittgenstein, que visava apenas o esclarecimento de conceitos. A explicação aparece em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, p. 209, o qual remete à obra de HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 2011, pp. 233-234, onde Habermas explica a abordagem do que chama de “ciências da ação” que pretende adotar. No Brasil, a respeito, resulta interessante a exploração da passagem da razão prática à razão comunicativa e suas aplicações para o direito, que faz Luiz Moreira em MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, especialmente nas pp. 99 e seguintes.

<sup>33</sup> Veja-se VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, pp. 208-213.

A ação se identifica não pela ideação ou pela consecução de um fim<sup>34</sup>, mas sim pela característica de *seguir uma regra*, que é de onde deriva a expressão de *sentido* que permite diferenciar as ações dos meros acontecimentos como expressão de intenções, pretensões e propósitos. Claro está que estes só ganham existência no contexto de sua realização.

Daí que, nas palavras de Vives Antón, a ação passe a ser entendida “não como *substrato* comportamental suscetível de receber um sentido, mas *como sentido* que, conforme um sistema de normas, pode ser atribuído a determinados comportamentos”<sup>35</sup>.

Passa-se, pois, a apresentar uma compilação de estudos onde a ação significativa se revelou um caminho promissor para a produção de resultados mais justos quanto a problemas envolvendo a presença ou ausência de ação, em matéria penal.

Basicamente, apresentar-se-ão dois casos explorados inicialmente pelo próprio Prof. Tomás Vives Antón e outros dois elaborados por seus seguidores.

### 3.1. AS ATUAÇÕES EM ESTADO DE INCONSCIÊNCIA

A doutrina tradicional – que curiosamente pouco se altera nos modelos pretendidamente funcionalistas<sup>36</sup> – aponta como um dos casos clássicos de ausência de ação as atuações em estado de inconsciência.

É bastante óbvio que a afirmação de que o que se pratica durante um estado de sonambulismo ou de hipnose não constitui ação obedece à adoção de um paradigma de filosofia da mente.

A quebra desta perspectiva em favor de um modelo ancorado em linguagem leva a considerar de modo diferente estes casos, em função da expressão de sentido.

Vives Antón<sup>37</sup> se propôs a discutir as hipóteses de atuação em estado de inconsciência, colocando em cheque a abordagem da identificação da existência de uma conduta a partir de considerações sobre a *voluntariedade* como um elemento psicológico intrínseco, vale dizer, como uma expressão de um dado interno, situado na mente do sujeito que condiciona a existência da ação.

O autor entende que, ao trasladar as exigências da identificação de uma ação para o plano de aferição do *sentido* das palavras da lei no uso comum da linguagem, não se poderia dizer que um sonâmbulo *não atua*.

<sup>34</sup> Até mesmo os animais são capazes de orientar-se segundo fins e isso se presta apenas à identificação dos processos causais, não da ação enquanto tal. Cf. HABERMAS, Jürgen. Acciones, operaciones, movimientos corporales. In: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6. ed. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 2011, p. 233.

<sup>35</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, p. 221.

<sup>36</sup> Veja-se, por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Direito penal. Parte General*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 220-222.

<sup>37</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Lady Macbeth y la doctrina de la acción. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador et al (dir.). *Crímenes y castigos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 941 e ss.

Intuitivamente, em sentido linguístico comum, a própria descrição do que faz o sonâmbulo é tratada como *andar dormindo*, o que traduz a expressão de sentido de *fazer algo*, que é *andar*.

Vives explora inicialmente a abordagem que se fez no âmbito do *common law* a respeito do caso *Hill versus Baxter*<sup>38</sup> que é o caso de um motorista que cai inconsciente e acaba provocando um acidente. O caso discute a conduta de *dirigir* e, até que ponto é possível chamar assim o que faz um motorista que desmaia ou que cai no sono.

Vives inicia pela exploração da opinião de Hart<sup>39</sup>, quem, estudando a questão da voluntariedade como elemento exigível ou não para a configuração da ação, questiona até quando, em linguagem comum, é possível utilizar os verbos que designam ação. Sustenta que podemos falar que alguém está dirigindo um veículo enquanto ainda não caiu no sono, mas não dizemos que dirige quando já caiu no sono. No entanto, enquanto está ainda adormecendo, caindo no sono, podemos não apenas falar que o sujeito está *dirigindo*, como também que está *dirigindo perigosamente*, por associarmos sua atitude a um dever de evitar cair no sono, o que significa que parte do *sentido* da ação reside em que haja um mínimo de consciência do controle muscular<sup>40</sup>.

Para Hart, desde a perspectiva do uso ordinário do inglês, o sonâmbulo que passeia adormecido carece de consciência e, mas o simples fato de que se usa a expressão *sleepwalking*, basta para denotar que se os movimentos aparecem coordenados em uma conduta de passear, o fato de que o sujeito esteja inconsciente não nos impede de utilizar um verbo que equivale a uma ação para descrever seu comportamento<sup>41</sup>.

Daí que, para Hart, a inconsciência não tem o condão de afastar a existência da ação.

---

<sup>38</sup> O caso, de 1958, refere-se a um homem que dirigiu uma distância considerável antes de sofrer um acidente. Ele foi acusado de condução perigosa. Ele não conseguia lembrar de nada entre um ponto muito inicial da jornada e imediatamente após o acidente. Foi sugerido (e aceito em primeira instância) que ele não estava consciente do que estava fazendo, e “que ele não era capaz de formar qualquer intenção quanto à sua maneira de dirigir”. A razão para isso é que ele sucumbiu a uma doença desconhecida e não conseguiu controlar suas ações. Como a condução perigosa sob o Ato de Trânsito em Rodovia de 1930 era um crime de responsabilidade objetiva (*strict liability*), a negação da existência de *mens rea* não seria suficiente para isentá-lo de responsabilidade penal. Daí o argumento do automatismo. Lord Goddard decidiu que haveria algumas situações em que “o motorista estaria em tal estado de inconsciência que não se poderia dizer que ele estivesse dirigindo”. Esta é, na verdade, uma negação do *actus reus* e não da *mens rea*, o que aproveitaria ao réu. No entanto, Lord Goddard apontou haver provas de que o acusado havia simplesmente adormecido. Como isso era algo sobre o qual ele tinha controle substancial, presumindo ter consciência de que estava cansado, decidiu que era imprudente continuar dirigindo, devendo subsistir responsabilidade. O juiz Pearson concordou basicamente com todos os pontos do argumento, mas discordou que o réu devesse ser condenado. Ele sustentou que, como o réu havia dirigido uma distância substancial sem incidentes, ele estava claramente “dirigindo com habilidade” e, portanto, deve ter estado *dirigindo*. O recurso da promotoria foi acolhido e o caso foi encaminhado de volta para o juiz. O réu, no entanto, acabou sendo considerado culpado. O juiz, neste caso, considerou que apenas um ato ou omissão *voluntária* pode se qualificar como um *actus reus*.

<sup>39</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and Responsibility*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 90 e ss.

<sup>40</sup> Idem, p. 109.

<sup>41</sup> Idem, p. 109.

O passo seguinte de Vives Antón<sup>42</sup> é apresentar um resumo da contraposição que Michael S. Moore faz a Hart, trabalhando sobre o exemplo de uma cena de Shakespeare<sup>43</sup>, onde Lady Macbeth desce as escadas com uma vela nas mãos, sonâmbula, e começa a movimentar as mãos como se as lavasse. Moore pretende demonstrar que o uso da linguagem comum não é suficiente para determinar o que é uma ação.

Para Moore, Lady Macbeth não *falaria*, nem fazendo o gesto de lavar as mãos, nem *caminhando*, porque não *atuava* de modo algum, já que faltaria, no caso, precisamente a voluntariedade própria da ação. Moore<sup>44</sup> nega a tese de que só podemos definir volições por seus efeitos sem qualquer possibilidade de afirmar qualquer característica intrínseca a ela, a partir de uma crítica à imprecisão do uso da linguagem comum para a designação das ações. Ele sustenta que utilizamos também linguagem comum para designar ações de objetos inanimados, como, por exemplo, quando dizemos que a árvore *derruba* suas folhas ou a água *alcança* seu próprio nível ou ainda o ácido sulfúrico *dissolve* o zinco<sup>45</sup>.

Portanto, sustenta Moore<sup>46</sup> que o socorro ao uso cotidiano da linguagem para a afirmação é insuficiente, sendo necessário identificar a voluntariedade que, para ele, seria uma qualidade funcional dos seres humanos, a qual não corresponderia nenhuma realidade objetivamente independente, pelo que, “a teoria volitiva seria a melhor aposta sobre a natureza da ação”.

Como terceiro passo de sua construção, Vives Antón<sup>47</sup> remete ao pensamento de Bernard Williams<sup>48</sup>, para quem, em princípio, a linguagem ordinária pode proporcionar orientações para a interpretação da lei penal.

<sup>42</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Lady Macbeth y la doctrina de la acción....cit., pp. 944.

<sup>43</sup> Assim descreve Shakespeare o ato V de seu drama:

“(Entra LADY MACBETH, com uma vela.)

DAMA: – Vejam-na! Aí vem! Essa é sua aparência usual; e, por minha vida, ela está profundamente adormecida. Observem, ela se aproxima.

DOUTOR: – E essa vela que leva consigo, de onde a apanhou?

DAMA: – Tinha a seu lado. Sempre há uma vela ao seu lado; ela ordenou assim.

DOUTOR: – Olhem, tem os olhos abertos.

DAMA: – Sim, mas fechados às sensações.

DOUTOR: – O que faz agora? Vejam, esfrega as mãos.

DAMA: – É um gesto normal nela fazer como se lavasse as mãos. Eu a vi assim, sem parar, durante um quarto de hora.

LADY MACBETH: – Ainda resta aqui uma mancha.

DOUTOR: – Silêncio! Ela fala. Escreverei o que sua boca diga para melhor fixá-lo na memória.

LADY MACBETH: – Fora, mancha maldita! ¡Fora, te digo!... Uma, duas, e bem, já é hora de fazê-lo... o inferno é sombrio... Vergonha, meu senhor vergonha! Um soldado com medo?... Por que temer que se saiba quando ninguém pode pedir ao poder que ostentamos que preste contas?... Quem teria pensado que o velho tivesse tanto sangue?”

<sup>44</sup> Expressamente em MOORE, Michael S. *Act and Crime. The philosophy of Action and its implications for Criminal law*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 256.

<sup>45</sup> Idem, pp. 253-254.

<sup>46</sup> Idem, p. 165.

<sup>47</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Lady Macbeth y la doctrina de la acción...cit., p. 945.

<sup>48</sup> WILLIAMS Bernard. La filosofía como una disciplina humanística. México D. F.: FCE, 2011, pp. 119-120.

Porém, esta possibilidade não reside simplesmente no fato de ser possível usar os verbos ativos quando alguém realiza algo sonâmbulo ou hipnotizado – o que poderia ser rechaçado com o argumento de Moore –, mas sim por ser possível afirmar que os exemplos da linguagem ordinária mostram, indiscutivelmente, que nos casos de sonambulismo, aquilo que o sonâmbulo faz não é descrito simplesmente como ação, mas sim como ação intencional (*purposive action*)<sup>49</sup>, pelo que o uso ordinário da linguagem deve prevalecer sobre a interpretação filosófica para fins de interpretação da lei penal; que vários aspectos de seus movimentos corporais obedeciam a um contexto intencional, tais como levantar da cama, reconhecer algo como uma vela, acender, abrir a porta e descer as escadas: todas estas foram ações que ela poderia ter executado quando se encontrava desperta, e em boa parte são explicadas pelas mesmas razões que seriam usadas estando ela desperta<sup>50</sup>.

Assim, afirma Vives Antón<sup>51</sup> que no caso do exemplo, não se trata apenas de sustentar que Lady Macbeth agiu segundo o uso comum da linguagem, mas também que conceitualmente, neste caso cabe falar de ação, também porque é possível entrever, em sua conduta, o expressar de intenções.

Portanto, para negar que existe ação nos casos de sonambulismo e hipnose, é necessário poder dizer que, segundo o uso comum da linguagem, não cabe falar que o sonâmbulo ou hipnotizado *matou*, *lesionou*, *subtraiu* ou realizou qualquer dos verbos próprios do tipo, o que resulta certamente questionável.

E se isso se colhe do adequado sentido de linguagem comum, eis aí primeira razão forte para que seja reconhecida no caso, a existência de ação: a *prestação jurisdicional* em matéria de imputação é, antes de tudo, *prestação*, ou seja, um ato de prestar contas aos jurisdicionados, de dar sentido para o ato de atribuir responsabilidade e esta resposta deve fazer sentido, sobretudo, para as pessoas, o que remete ao uso necessário do sentido de linguagem compartilhado. Pobre do direito que, ao ser aplicado, resulta incompreendido por seus destinatários.

Mas a presença da ação não traduz, por si só, a existência de responsabilidade penal pelo que se pratica em estado de sonambulismo ou sob efeito de hipnose.

Para Vives Antón<sup>52</sup>, embora presente a ação, a falta de consciência pode afastar a responsa-

<sup>49</sup> WILLIAMS, Bernard. Voluntary Acts and Responsible Agents. In: Oxford Journal of legal studies, v. 10, n. 1, março de 1990, pp. 1-10.

<sup>50</sup> Moore invoca, para defender sua teoria, a distinção de Strawson entre predicados M e predicados P, dos quais os primeiros se aplicariam aos corpos materiais e os segundos constituiriam os predicados que geralmente aplicamos somente às pessoas. Mas, como assinala Bernard Williams, não se pode utilizar esta distinção para discernir quando um predicado pertence a uma ou outra classe, como põe de manifesto o presente caso. Com efeito, de que possa haver predicados que se apliquem somente às pessoas enquanto corpos não se infere que o sujeito a que se atribuem os atos enumerados possa ser entendido só como um corpo; senão que melhor parece o contrário.

<sup>51</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Lady Macbeth y la doctrina de la acción...cit., p. 945.

<sup>52</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Lady Macbeth y la doctrina de la acción...cit., p. 949.

bilidade por falta de imputabilidade, pois, não se trata de não ter atuado, senão de não ter atuado com plena consciência do que se fazia.

De fato, afirma que no Direito espanhol<sup>53</sup>, as hipóteses de afastamento da responsabilidade por exculpação incluem os casos de transtorno mental transitório, onde vislumbra que devam enquadrar-se os casos de hipnose e sonambulismo.

Neste caso, como se nota, adotar a posição de Vives Antón não supõe qualquer alargamento do espectro de responsabilização (já que, seja por ausência de ação ou culpabilidade, mancaria a responsabilidade penal), mas sim um ajuste de sintonia fina a respeito das teses que amparam a imputação, com um evidente ganho de aproximação entre o sentido jurídico e o sentido comum.

Mas eu gostaria ainda de oferecer um argumento de reforço à proposta do Prof. Vives Antón. É que a hipótese de exclusão da ação nos casos de atuação inconsciente é alinhada comumente, entre os teóricos do delito, ao lado do caso fortuito, da força maior ou coação física irresistível, como casos de ausência de ação.

Aplicado o critério proposto por Vives Antón, nenhuma destas hipóteses deixaria de ser um caso de ausência de ação.

Vejam os.

Perceba-se que, adotado o sentido comum da linguagem, não se diz que o sujeito que é empurrado por outro contra um vaso de cristal tenha *quebrado* o vaso, ou que quem, quando segurava uma pistola teve seu dedo premido contra o gatilho pela intervenção de um terceiro que lhe apertava a mão, que *disparou* a pistola. Isto porque, claramente, não se pode dizer que tais pessoas expressaram intenção alguma.

O mesmo se diga a respeito dos casos de força maior. Não se pode dizer – em sentido comum – que o condutor de um veículo que é arrancado da pista para um precipício por um vento de tempestade *conduziu seu veículo*, ou que *navegava* o capitão de um barco que naufraga durante um *tsunami*. É bastante óbvio que nestes casos não se exprime um propósito e, portanto, não há ação, em sentido comum.

Se os resultados de aplicação dos mesmos filtros de interpretação produzem, no caso do sonambulismo e da hipnose, resultados diversos, este é um claro indicador de que não se deveria alinhar todos os casos uniformemente como causas de ausência de ação, competindo, como sugere o Prof. Vives, deslocar a discussão sobre hipnose e sonambulismo, para o campo do transtorno de consciência, portanto, do transtorno mental, com efeitos na culpabilidade.

---

<sup>53</sup> Idem, p. 950.

### 3.2 A OMISSÃO IMPRÓPRIA COMO EQUIVALÊNCIA DE SENTIDO: CRÍTICA À INSUFICIÊNCIA DA POSIÇÃO DE GARANTE

O abandono do modelo de ação e omissão ontológicos permite resolver, de entrada, algumas das aporias clássicas quanto à imputação da omissão imprópria. Afinal, como é sabido, ao partir-se da omissão como a ausência de um movimento voluntário que se projeta no plano físico, resulta impossível pretender estabelecer uma relação de causalidade à margem da admissibilidade de uma causalidade hipotética<sup>54</sup>, já que não se pode *cometer* algo por omissão.

Para a solução deste paradoxo, a doutrina<sup>55</sup> construiu como solução a chamada *posição de garante*, que consiste em condições especiais ocupadas pelo agente que, conjugadas à omissão e ao resultado, podem levar à atribuição deste àquele.

Ocorre que, como já se observou antes na doutrina<sup>56</sup>, não é possível admitir-se por idênticas duas coisas logicamente distintas, tal como propõe a fórmula da posição de garantidor. Enquanto nos delitos de comissão a responsabilidade penal tem por requisito unicamente a produção do resultado, na conduta omissiva imprópria, não bastaria a superveniência do resultado senão que se faria necessária também especial condição que é a posição de garante.

Ademais, desde um ponto de vista normativo, resulta também óbvio que a norma afligida na comissão por omissão é uma norma proibitiva e não um comando. Se as normas proibitivas são vedações a que se produza um resultado e este não pode ser *produzido* – no sentido de *causado* ou *provocado* – por um *nada* ontológico<sup>57</sup>, parece óbvio que o recurso a uma posição de garante não resolve a fragilidade derivada da exigência de uma causalidade hipotética.

Trata-se, pois, de um resultado abusivo no que se refere ao princípio de legalidade, pois, se imputa um delito cuja previsão legal é comissiva a uma conduta omissiva. E se o faz não em face do que esta omissão provoque – já que dela nada pode derivar, senão através de presunções – mas sim em face de uma especial posição jurídica ocupada pelo agente, à margem de que não se possa dizer, em sentido comum da linguagem, que o omitente realmente atuou na forma prescrita pelo tipo.

Foi Armin Kaufmann<sup>58</sup> quem antes intuiu para o caminho da linguagem como solução para o problema do deficit de legalidade existente na comissão por omissão. Segundo ele, a comissão

<sup>54</sup> A essa classe de solução refere NAGLER, Johannes. Die problematik der Begehung durch Unterlassung. In: *Gerichtssaal n. III*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1938, pp. 31 e 32.

<sup>55</sup> Por exemplo, idem, pp. 60-61.

<sup>56</sup> Veja-se as críticas em Kaufmann, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 268-269.

<sup>57</sup> A respeito do vazio ontológico constituído pela omissão é clássica e essencial a crítica de Radbruch em Radbruch, Gustav. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967, pp. 132 e ss.

<sup>58</sup> Kaufmann, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión...cit.*, pp. 268-288.

por omissão estaria ajustada ao princípio da legalidade se a perspectiva da linguagem comum fosse adotada, mas o mesmo autor afirma que tal opção não resultaria possível por razões de segurança jurídica, já que a linguagem comum seria errática e indigna de confiança.

Vives Antón<sup>59</sup> questiona tal insegurança e o faz precisamente comparando com o que pode oferecer em termos de segurança jurídica a opção pela posição de garante como referência.

O que propõe Vives Antón<sup>60</sup> para atender à precisão exigida pelo princípio de legalidade consistente na reserva de castigar alguém apenas pelo que especificamente está previsto em lei, é precisamente apoiar-se na linguagem comum para estruturar os requisitos da responsabilidade em comissão por omissão.

E a linguagem comum – o significado das palavras – afirma-se através das condutas e não dos objetos. Falar uma linguagem comum é, antes de tudo, adotar certos comportamentos regulares.

As palavras não designam, em si mesmas, nenhum objeto físico ou mental, pois, fosse assim, ao acedermos ao objeto, mesmo àquele que nunca antes vimos, seríamos capazes de afirmar precisamente as palavras que o designam. Assim também, não haveria indeterminação, pois as palavras significariam de modo exato<sup>61</sup>.

O significado das palavras provém do contexto do seu emprego, ou seja, do seu uso comportamental, e estes usos são múltiplos, pelo que não devemos esperar que eles sejam uniformes, o que levaria, a princípio, a parecer procedente a crítica de Kaufmann.

No entanto, em sentido jurídico, verifica-se que o uso corrente da linguagem na afirmação das condutas tende a estabelecer-se em torno de padrões, derivados de práticas de usos estáveis que são precisamente plasmados nas práticas de reconhecimento dos sentidos das condutas pelos intérpretes e aplicadores do direito<sup>62</sup>.

Por outro lado, ainda que afirmada pela práxis uma vantagem frente a indeterminação da fórmula clássica, resta ainda por demonstrar como propor uma fundamentação específica para a omissão imprópria que supere o problema de como atribuir um resultado a uma omissão.

---

<sup>59</sup> Veja-se, com mais detalhes o tema em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Segundo Seminario: Nullum Crimen sine lege. Comisión por Omisión y Dogmática Penal. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, María Luísa; GÓRRIZ ROYO, Elena (orgs.). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 170-182. Merece destaque também, entre as observações dos intervenientes no seminário, as de RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. El lenguaje de la vecina y la posición de garante como redundancia en la comisión por omisión. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, María Luísa; GÓRRIZ ROYO, Elena (orgs.). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 232-251.

<sup>60</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, pp. 598-606.

<sup>61</sup> Veja-se comentário, neste sentido, em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, p. 599.

<sup>62</sup> Nesse sentido, Idem, p. 600.



Se o caminho não pode ser o recurso a uma causalidade hipotética ou o socorro da posição de garante, o que permitiria lograr uma equivalência entre, por exemplo, o ato de causar a morte comissivamente ou através de uma omissão?

Acudindo exatamente à condição que permite identificar a diferença entre o que são condutas e o que são fatos, é possível perceber o traço de concordância entre ação e omissão que permitirá a identificação da responsabilidade omissiva imprópria.

Como já afirmado, o que diferencia um *atuar* de um mero *acontecimento*, é a possibilidade de *interpretação* contida na conduta, em termos de propósitos, crenças e finalidades. E a *interpretação*, em si, é um *processo de comunicação*, portanto, não é, em sentido ôntico, *nada*, não tem existência fora do próprio processo de comunicação de sentido. Portanto, o traço de unidade entre ações e omissões estriba precisamente nisso, ou seja, em não *ser* nada, mas apenas *significar*, predicado que se pode identificar tanto em um movimento do corpo quanto na ausência de tal movimento<sup>63</sup>.

Este *significado* da ação ou omissão pode, de modo contextual, como expressão de sentido, ser revelador de idêntica *persecução de fins*, ao obedecer certas regras de padrões estabelecidos pelos quais se reconhece tais fins como pretensão de causação de certo resultado.

Tomada como significado a própria ação e omissão, *causar* um resultado já não se identifica como uma relação entre objetos no mundo, mas sim, no sentido de von Wright, na “intervenção intencional no curso da natureza”<sup>64</sup>. E, nesse sentido, é perfeitamente aceitável que se persiga um objetivo determinado em um contexto dado, através da realização positiva de um movimento ou da ausência de tal movimento.

Deste modo, em termos da responsabilidade em comissão por omissão, a adoção da teoria da ação significativa oferece uma nova perspectiva acerca das exigências do princípio de legalidade, pois se passa a exigir não uma posição determinada em face de deveres especiais somada a uma presunção de causalidade, mas sim uma *equivalência de sentido* da causação do tipo. Ou seja, em sentido de linguagem comum, só se pode dizer que o autor do delito em comissão por omissão *realizou o verbo do tipo*, ou seja, *matou, lesionou*, etc. quando houver equivalência de sentido de sua omissão em face do padrão de conduta comissiva.

Nota-se, pois, um evidente rendimento crítico, de recorte do âmbito de imputação e de valorização do princípio de legalidade, não alcançável a partir das demais concepções a respeito da ação em Direito penal.

---

<sup>63</sup> Confira-se explicação similar em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal...cit.*, p. 603.

<sup>64</sup> Veja-se WRIGHT, Georg Henrik von. *Explanation and Understanding*. Ithaca: Cornell University Press, 1991, pp. 90-91.

Ademais, revela-se na perspectiva uma ótima aproximação – outra vez – do sentido comum, tão carente ao direito. Trata-se de mais uma fuga de *ilha da fantasia* criada por uma dogmática cada vez mais intrincada e complexa, que causa no destinatário de sua aplicação a perplexidade da falta de compreensão.

Como argumento de reforço à posição de Vives, é possível acrescentar o *antropocentrismo* de sua opção.

Perceba-se que a opção pelos contextos de usos como forma de reconhecer o sentido válido da responsabilidade omissiva, chama para o centro da discussão os jogos de linguagem cujas regras são pautadas na comunhão de formas de vida no ambiente social o que é muito diferente de ter por centro de definição da responsabilidade o dever normativamente ínsito à regra da posição de garante.

### 3.3 NOVOS HORIZONTES: A POSSIBILIDADE DE RECORTE DOS DELITOS DE POSSE

Ao contrário dos casos anteriores, perfeitamente explorados pelo Professor Vives Antón, aqui se avança em uma direção que ele próprio não tomou ainda.

Assume-se, pois, que se não são perfeitamente coincidentes as observações deste tópico com seu posicionamento, ao menos são elas inspiradas pelas bases por ele propostas com a *concepção significativa da ação*.

Trata-se da crítica aos chamados *delitos de posse*.

O reconhecido processo de expansão do Direito penal tem lugar mais evidente no emprego de técnicas de tipificação<sup>65</sup> que encurtam exigências a respeito da prova, facilitando a imputação. De todas as fórmulas conhecidas, a que mais evidentemente realiza este recorte é a técnica dos *delitos de posse*. Ela “*converteu-se em uma das estratégias prediletas do novo denominado Direito penal de risco ou de segurança*”<sup>66</sup>.

Acontece que, como já tive ocasião de discutir mais detidamente em seminário em Valência em 2014<sup>67</sup>, conquanto a incriminação de condutas descritas como *possuir* ou *ter* contemplem

---

<sup>65</sup> Isso é o que vem reconhecendo a doutrina que debruçou-se sobre o tema. Veja-se, por exemplo, MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. Na Alemanha, PRIT-TWITZ, Cornelius. *El derecho penal alemán, ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?* Reflexiones sobre la razón y los límites de los principios limitadores del Derecho penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). *La insostenible situación del Derecho penal*. Granada: Comares, 2002, pp. 427 e ss.

<sup>66</sup> COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2012, p. 19.

<sup>67</sup> O texto foi publicado originalmente como BUSATO, Paulo César. *Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomas Vives Anton y George Fletcher*. In: *Revista Penal n° 35*. Huelva-Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 5-23, mas também recebeu versão em português, publicada como BUSATO, Paulo César. *Uma crítica aos delitos de posse a partir*

formas gramáticas verbais, isso não é suficiente para fazer com que se convertam em um legítimo Direito penal do fato simplesmente porque não traduzem, absolutamente, uma ação.

Naturalmente, esta classe de questionamento só pode ter lugar a raiz do emprego da *concepção significativa da ação*. Não é suficiente como garantia de um Direito penal do fato frente a um Direito penal de autor a simples exigência de que o núcleo dos tipos de ação ou omissão seja um verbo. Isso não assegura frente as possíveis incriminações de um estado de pessoas. Isto porque, há uma infinidade de casos em que os verbos empregados pelos tipos penais simplesmente não tem o sentido nem de ação, nem de omissão e isto é precisamente o que ocorre com as expressões *ter* e *possuir*.

As fórmulas clássicas de sistemas de imputação, com suas concepções ontológicas de ação, jamais lograram realizar uma crítica contundente a esta técnica de tipificação.

Menos capacidade de rendimento crítico ainda tiveram os modelos funcionalistas que, ao estabelecerem a centralidade da organização na imputação em lugar de fazê-lo em face da ação, não só não impediram, como ainda facilitaram, a incriminação de supostos perigos identificados com a posse como estado<sup>68</sup>.

Sabe-se que *ações* são diferentes dos *atos*. Estes simplesmente *acontecem*, enquanto que as ações, para serem reconhecidas como expressões de sentido no contexto de um jogo de linguagem, devem indicar o sentido dos *fins*, *propósitos* ou *objetivos* do atuante.

Na verdade, expressões como *ter em depósito* ou *possuir*, bastante comuns entre os tipos penais da legislação recente, descrevem um *estado de pessoa* e não uma conduta. Isto resulta de fácil verificação quando se analisa as possibilidades de que tais expressões possam traduzir *fins*, *propósitos*, ou *objetivos* do atuante.

É óbvio que resulta possível pretender *possuir* ou *ter* um determinado objeto. No entanto, as ações que devem ser desempenhadas para lograr tais objetivos são completamente diversas dos verbos descritos. Para *ter* ou *possuir*, é preciso *obter*, *adquirir*, *receber*, enfim, *fazer algo*.

Não se consegue *possuir* simplesmente *possuindo* ou *ter* simplesmente *tendo*. A presença destes verbos em um jogo de linguagem simplesmente não traduzem nenhuma realização, é preciso acudir a outra pergunta, que é como logrou-se *possuir* ou *ter*. Ou seja, se continua perquirindo a respeito das justificativas sobre como seguir uma regra na linguagem comum.

---

do conceito de ação significativa. Conexões entre o *civil law* e o *common law* nas tesis de Tomas Vives Antón e George Fletcher. In: LOBATO, José Danilo Tavares; Saad-Diniz, Eduardo; FALCONE, Andrés (org.). *Delitos de posse: drogas, porte de arma e pornografia*. São Paulo: Liber Ars, 2016, pp. 169-190.

<sup>68</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión como hecho punible. In: *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 14, Madrid: UNED, 2004, p. 167.

Portanto, com tais expressões, não se chega – para usar a expressão do próprio Wittgenstein – à *rocha dura* onde a pá que cava em busca do sentido entorta, que são as efetivas *ações*<sup>69</sup>.

Percebe-se que, em sentido comum da linguagem, *possuir* ou *ter* não constituem ação, mas sim resultado de outra ação que, eventualmente, pode ser incriminada. Quem *tem* posses, fez algo antes para lográ-lo e, se não fez, nada impede que *tenha*. É que o resultado de *ter* ou *possuir* sequer necessariamente é voluntário. Quem *tem* uma enfermidade ou *possui* dívidas, certamente não logrou, com isso, nenhum objetivo.

Portanto, parece óbvio que *ter* ou *possuir* não são verbos cujo uso comum nos jogos de linguagem possa ter o condão de traduzir qualquer classe de conduta, uma vez que não podem representar, em sua própria expressão, qualquer classe de *objetivo* ou *pretensão* do agente.

Há ainda um argumento de reforço no sentido de que *ter* e *possuir* não consistem absolutamente em ação alguma, mediante sua submissão à análise de *causalidade*. Se, como vimos, a causalidade não se traduz por uma relação entre objetos no mundo, mas sim como intervenção intencional no curso da natureza.

Seria o caso de questionar, então, que capacidade tem *possuir* e *ter* de expressar uma intervenção intencional no curso da natureza?

Se *os resultados só podem ser imputados a quem lhes deu causa mediante ação ou omissão*, tal como expressamente refere o art. 13 do Código penal brasileiro, para que *possuir* ou *ter* pudessem ser reconhecidos como ações, deveriam certamente ser capazes de produzir tais resultados.

É isso, porém, o que se vê, ao menos, quando se analisa o sentido comum da linguagem em que tais termos são empregados. Simplesmente, não se vislumbra como se possa afirmar tal causação com um mínimo de sentido lógico.

Por exemplo, a posse de pornografia infantil não amplia em nada a agressão ao bem jurídico intimidade e desenvolvimento regular da sexualidade da vítima que se lesionou pela aquisição e poderá ter ampliada pela difusão, mas nunca pela simples *posse*<sup>70</sup>. O mesmo se pode afirmar em relação à saúde pública na *posse* de drogas ou à incolumidade pública em razão da *posse* de armas. Quem *tem* uma arma ou drogas, simplesmente por *ter*, não logra provocar nenhum resultado.

---

<sup>69</sup> Veja-se Wittgenstein, Ludwig. *Investigações filosóficas...cit.*, § 217. “Como posso seguir uma regra?” – se isso não for uma pergunta sobre causas, então é pela justificativa para, segundo ela, agir assim. Se esgotei as razões, então alcancei a rocha dura e minha pá entorta. Estou, portanto, inclinado a dizer: “Simplesmente, eu ajo assim.”

<sup>70</sup> Para uma discussão específica sobre a posse de pornografia infantil veja-se ESQUINAS VALVERDE, Patricia. El tipo de mera posesión de pornografia infantil en el Código Penal Español (art. 189.2): razones para su destipificación. In: *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, nº 18. Madrid: UNED, 2006, pp. 171-228, especialmente pp. 185 e ss.

O argumento de que a *posse* representa, em si, um perigo é completamente insustentável porque *possuir* ou *ter* não é um fazer, mas simplesmente um estado de pessoa.

Neste aspecto, a adoção de uma *concepção significativa de ação* oferece um novo paradigma para a discussão dos delitos de posse, na medida em que se exige, para o reconhecimento da ação, uma expressão de sentido em linguagem comum, que traduza as *pretensões* de alguém, coisa que obviamente não se logra nestes casos.

A verdade é que não é todo verbo que, em sentido comum, constitui efetivamente um fazer ou não fazer. Assim como *possuir*, *brilhar* ou *valer* representam fatos em forma verbal. A diferença específica é que *possuir* supõe obrigatoriamente uma pessoa e *brilhar* ou *valer* podem referir-se a pessoas ou coisas.

O equívoco já foi desfeito por Ernst Gellner<sup>71</sup>, ao observar que as palavras e conceitos nem sempre estão orientados a uma única direção e justamente o fato de que a filosofia clássica pensava assim levou a vários equívocos. Basicamente, o autor refere ao equívoco de pretender que verbos como “ser” ou “existir”, funcionem da mesma forma que verbos ativos, como “cantar” ou “latir”. Tem lugar aqui um evidente *erro categorial*, pois, conquanto todos os verbos tenham igual função gramatical, seu uso – e, logo, o sentido que expressam – podem orientar-se em direções distintas.

Exatamente como antes visto em relação às condutas realizadas sob hipnose ou sonambulismo, é fácil perceber que não se pode dizer, em sentido comum, que quem *possui* tenha *feito algo*, pelo fato de *possuir*.

Em linguagem ordinária não há como afirmar que quem *possui* necessariamente realiza uma ação intencional (*purposive action*)<sup>72</sup>. *Uma pessoa que possui olhos verdes ou possui cabelos castanhos, nada fez.*

Assim, ao adotar-se uma base teórica para a organização do sistema de imputação que incorpore a *concepção significativa da ação* de Tomás Vives Antón, surge um enorme ganho de rendimento para a crítica do uso da técnica de tipificação dos *delitos de posse*, permitindo sustentar que se trata de uma incriminação ilegítima de um estado de pessoa e, portanto, de um Direito penal de autor.

### 3.4 AS AÇÕES REALIZADAS POR PESSOAS JURÍDICAS

O último ponto diz respeito à capacidade de ação de parte das pessoas jurídicas em Direito penal.

<sup>71</sup> GELLNER, ERNST. *Palabras y cosas*. Madrid: Tecnos, 1962, p. 43.

<sup>72</sup> A respeito, já antes citado, veja-se WILLIAMS, Bernard. *Voluntary Acts and Responsible Agents...cit.*, pp. 1-10.

À margem da evidente polêmica que levanta, convém destacar inicialmente que o criador da *concepção significativa da ação* não explorou este ponto como ainda, quando teve ocasião de manifestar-se, opôs-se francamente à possibilidade de responsabilização penal das corporações.

Não se quer aqui polemizar, nem tampouco ingressar em um tema tão amplo e tão intrincado quanto pode ser todo o sistema de incriminação de pessoas jurídicas, para onde tem migrado recentemente o Direito penal continental.

O objetivo aqui é bastante mais modesto.

Acontece que a totalidade dos sistemas de imputação de pessoas jurídicas propostos até agora apresentam a gravíssima falha de imputar as estas condutas que lhe são alheias. E o fazem diretamente pela via dos modelos vicariais ou de *respondeat superior*, quando não, ocultos atrás de *defeitos de organização*, que conectam a responsabilidade com a conduta alheia pela via do artifício dos *atos de conexão*, como é o caso do modelo espanhol e do Projeto de Código Penal que atualmente tramita no Brasil.

Seja como for, o que está ocorrendo na prática é a adoção, sem travas, de uma claríssima violação do princípio de culpabilidade, representada por fórmulas de heterorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Portanto, a despeito de ser ou não viável a construção de tal sistema como um todo – discussão que pertenceria a um ambiente muito mais amplo que este – cabe destacar que qualquer intento minimamente sério neste sentido tem que partir de uma proposta de autorresponsabilidade, que significa basicamente exigir que a pessoa jurídica só possa ser responsável por suas ações e não por ações realizadas por terceiros.

O que se quer aqui é simplesmente verificar se a *concepção significativa da ação* oferece ou não um ponto de partida mais promissor para a discussão deste tema técnico e político-criminal.

É preciso referir ainda, antes de expor os argumentos pelos quais se pretende responder afirmativamente à questão, que a *concepção significativa da ação*, ainda que não por seu criador, já foi empregada antes como argumento para a afirmação da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, por alguns dos seguidores desta perspectiva<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Veja-se CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (orgs.). *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 317-318; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 306; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no Direito penal empresarial. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao Direito penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: De Plácido, 2017, pp. 19 e ss.

É fácil perceber que do ponto de vista das concepções clássicas ontológicas a incapacidade de oferecer um conceito de ação com capacidade de rendimento para fundamentar a responsabilidade penal dos entes coletivos é simplesmente impossível dada a sobreposição entre o movimento físico e o conceito de ação. Isto o restringe de modo absoluto às pessoas físicas.

No plano dos modelos funcionalistas, conquanto a base estrutural da teoria do delito tenha migrado para a tipicidade e imputação, facilitando a construção de um sistema para a RPPJ, manteve-se, como regra, concepções de ação não completamente desvinculadas de eventos mentais, sem despreendimento do modelo cartesiano de filosofia da mente, como se pode ver pelo exemplo, antes mencionado, da ação como *manifestação da personalidade*, de Roxin.

Mas o problema, aqui, é outro: ao substituir-se a ideia de ação pela de imputação, em vez de enfrentar-se o problema central da autorresponsabilidade, simplesmente se lhe deixa de lado, em favor da decisão político-criminal de se é devido ou não imputar.

Ou seja, o instrumental oferecido pelo funcionalismo é incapaz de oferecer uma discussão séria sobre atribuição de responsabilidade por ações próprias e não por ações alheias.

A concepção significativa, ao compreender a ação como o significado do que se faz leva a que a ação só possa ter sentido jurídico desde que interpretada em conjunto com seu entorno. Deste modo, como bem refere Carbonell Mateu, “o relevante não é nem o movimento, nem sua ausência, mas precisamente que esse código comunicativo”<sup>74</sup> que faz identificar a ação como tal. Isto porque “o fato de que tenha uma significação não converte um movimento em ação; simplesmente a ação se manifesta através do movimento; o significado se manifesta através do movimento ou de sua ausência, que deixaram de ser ações para converter-se em meros suportes físicos – possivelmente prescindíveis – de um significado social”<sup>75</sup>.

Sendo assim, se partimos de que a única coisa que converte uma ausência de movimentos em ação é seu sentido; e que a omissão não requer suporte material algum, podemos afirmar, com Carbonell Mateu, que as concepções clássicas de interpretação do que seja uma ação ou omissão, desde um ponto de vista jurídico, estiveram equivocadamente atreladas a “um pensamento cartesiano e uns vestígios naturalistas irredutíveis”<sup>76</sup> completamente incorretos, já que “a ação não era o não fazer, mas seu sentido comunicativo”<sup>77</sup>.

Portanto, parece que a *concepção significativa da ação*, ancorada na associação entre ação e linguagem traçada pelo Wittgenstein tardio em seus *jogos de linguagem*, abre um novo e

---

<sup>74</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...cit., p. 316.

<sup>75</sup> Idem, p. 316.

<sup>76</sup> Idem, p. 317.

<sup>77</sup> Idem, p. 317.

promissor campo de exploração do sentido comunicativo do que possa ser ação para fins do Direito penal.

Não se ignora que o próprio Wittgenstein, ao explorar os jogos de linguagem pareceu referir-se a ações humanas, ao dizer que a linguagem é uma práxis, vale dizer, o que equivale a referir uma *atividade humana* guiada por regras. No entanto, dado que é notório que ele foi acérrimo crítico até mesmo da interpretação que de seus trabalhos fizeram seus seguidores mais próximos, é bastante provável que não se logre jamais uma univocidade sobre a leitura de seus aforismos.

Portanto, ciente de que se trata de uma leitura tendenciosa e parcial a que aqui se faz, gostaria de apontar algumas das proposições contidas nas investigações filosóficas que, segundo vejo, podem, no mínimo, nos pontos em que tocam à *concepção significativa da ação*, esboçar um caminho de trabalho em direção a uma fórmula de *autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas*, permitindo falar, ao menos, de uma ação que lhe seja própria.

Partindo da ideia de que os jogos de linguagem compreendem não somente as expressões da linguagem, mas todas as ações com as quais estas expressões estão interligadas<sup>78</sup>, conforma esse campo uma totalidade de sentido como produto de sociabilidade ou interatividade.

Deste modo, os jogos de linguagem referem-se a atividades linguísticas específicas, isto é, a certos modos de aplicação e instrumentalização da linguagem, não havendo uma característica única partilhada por todos os jogos que constituem a linguagem, portanto, tampouco a respeito de todas as ações. Isto significa que o *sentido da ação* de uma pessoa jurídica simplesmente não tem porque se sobrepor ao *sentido da ação* da pessoa jurídica. O que sim, parece necessário, é que ambas *façam sentido*, quando de seu uso na linguagem comum.

Se tem sentido tudo o que, de acordo com a nossa linguagem social e comunicativa comum, possa ser fonte de significado, ou seja, se uma *ação* ou *omissão*, em sentido jurídico, é a expressão comunicativa de um fazer ou não fazer, traduzida em um verbo típico que expressa intenções, segundo a linguagem comum, parece ser possível afirmar que uma pessoa jurídica efetivamente atue.

Afinal, há evidente sentido comum nas expressões: *a empresa anunciou contratações; a companhia contaminou o rio; pretendendo evitar uma denúncia criminal, a empresa Z recolheu os impostos que se lhe apontava como devidos*. São, indubitavelmente, *expressões de sentido* denotativas de fins da pessoa jurídica especificamente e não necessariamente das pessoas físicas que a compõem<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Wittgenstein, Ludwig. *Investigações filosóficas...cit.*, § 7.

<sup>79</sup> A respeito das possibilidades de isolamento entre a vontade penal das pessoas jurídicas frente as pessoas físicas que a compõem, já me pronunciei, detidamente em BUSATO, Paulo César. *Vontade penal da pessoa jurídica*. In:



Se as formas de linguagem complexas só podem se desenvolver sobre comportamentos normativos, o que se encontra no fundo dos jogos de linguagem é sempre uma ação, que é a condição última para a prática do fenômeno linguístico. Então, se faz sentido linguístico comum afirmar um *fazer* de pessoas jurídicas, é porque estas ações são algo que se encontra no fundo do desenvolvimento da própria linguagem com sentido e é o que se lhe permite reconhecer enquanto tal.

E se, de acordo com a pragmática, as regras da linguagem são o que permite avaliar e julgar por padrões de correção os usos e significados das palavras, e somente os usos *normais* podem ser prescritos, ou seja, como falar corretamente<sup>80</sup>, caso realmente postular uma ação de pessoas jurídicas fosse um contrassenso, deveria ser também um contrassenso linguístico.

Obviamente, nem sempre haverá uma sobreposição entre o que pode fazer uma pessoa jurídica e uma pessoa física, porque ações como manter relação sexual, ou outras, não são alcançáveis por pessoas jurídicas. Porém, não se pode negar que – naquilo que sua natureza permita – uma pessoa jurídica pode perfeitamente expressar pretensões e fins e nisso reside certo *parentesco de familia*.

Os usos das palavras – conseqüentemente, o reconhecimento das ações – não só não são iguais, como os usos diferentes que fazemos das palavras constituem a própria linguagem.

Portanto, se falamos de ações de pessoas jurídicas no entorno do direito, o uso comum jurídico do termo produz sentido comum entre os usuários da linguagem jurídica. Trata-se de um uso específico, mas comum, no sentido de que é compartilhado por uma comunidade.

É por isso que todo sujeito de direito que descumpra uma norma pode ser objeto de atribuição de sentido<sup>81</sup>. Se esta atribuição de sentido se plasma na exigência do cumprimento das normas pela submissão de seu comportamento a estas, é bastante claro que quem se submete ou não a tais normas é quem tem capacidade de ação<sup>82</sup>.

Enfim, o significado de uma palavra – em nosso caso, as palavras que compõem os tipos delitivos – não é determinado por um objeto jurídico ou material nem por uma entidade que as realiza (seja física ou jurídica), mas simplesmente por seu uso na linguagem<sup>83</sup>, ou seja, por sua

---

BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 211-224.

<sup>80</sup> Veja-se Wittgenstein, Ludwig. *Investigações filosóficas...cit.*, § 141.

<sup>81</sup> “Quem pode descumprir um dever exigível é sujeito de direito. E ninguém duvida da capacidade de uma pessoa jurídica para descumprir obrigações e adquirir, com isso, responsabilidades patrimoniais ou inclusive de qualquer outra índole”, logo, “se a ação é significado, as pessoas jurídicas têm capacidade de ação; podem ser sujeitos de delitos”. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...cit.*, pp. 317-318.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 317.

<sup>83</sup> Wittgenstein, Ludwig. *Investigações filosóficas...cit.*, § 43.

aplicação nas diferentes circunstâncias que compõem os variados jogos de linguagem<sup>84</sup>.

Se o limite é o sentido e hoje é possível usar, com sentido jurídico, a expressão *a companhia X fraudou balanços*, é porque vivemos um contexto em que tal uso é compartilhado por práticas afirmadas.

O mesmo não ocorreria jamais – ou seja, o uso da linguagem perderia o sentido – se a mesma expressão tivesse sido usada no Século X, antes da invenção das *Chart of Incorporation*.

Não é possível, evidentemente, com isso, afirmar que a *concepção significativa da ação* resolve o problema da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Apenas ousaria afirmar que sua adoção permite alvitrar um caminho bastante mais promissor para o desenvolvimento de uma fórmula de autorresponsabilidade que, talvez, nunca chegue, mas que, certamente, tem bastantes mais possibilidades do que aqueles oferecidos até este momento.

É bem verdade que aqui, o resultado final não é restritivo. Quer dizer, se oferece um caminho para imputar e não para recortar a imputação, o que levaria a pensar, em um primeiro momento, que a proposta é nociva.

No entanto, olhando a questão mais de perto, desde um ponto de vista político-criminal, é preciso refletir que o caminho de uma autorresponsabilidade e não de uma heterorresponsabilidade é mais respeitoso para com os direitos e garantias fundamentais de todos.

Ademais, percebido que as *realizações* dos entes coletivos configuram a expressão de sentido de ação ou omissão juridicamente relevante inclusive para o Direito penal, retira-se-lhes uma condição de privilégio à qual indevidamente foram alçadas. Se o ordenamento jurídico deve ser entendido como um sistema de controle social, munido de um mecanismo sancionador que ameaça os descumprimentos das normas com sanções, parece evidente que todos os sujeitos capazes de descumprimento das normas de convivência vejam-se submetidos a idênticas classes de consequências. Definitivamente, este sistema não poderia funcionar sem uma submissão igualitária de todos às consequências das violações normativas. Qualquer desequilíbrio desta igualdade representa um óbvio abuso da posição de poder<sup>85</sup>. No caso das pessoas jurídicas isso é um mínimo exigível, uma vez que estas sequer se situam em uma posição de igualdade com as pessoas físicas, mas sim em uma posição de superioridade, tal como já identificou, há muito tempo, o direito civil, especialmente na esfera consumerista.

As empresas deflagram atividades que se inscrevem entre as mais gravemente destrutivas dos interesses dos indivíduos em sociedade e, ao optar deliberadamente – já que o direito é ape-

---

<sup>84</sup> *Idem*, § 197.

<sup>85</sup> Esta ideia é oferecida como fundamento político-criminal da responsabilidade penal de pessoas jurídicas por CARBONELL MATEU, Juan Carlos e MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.). *Comentarios a la reforma penal del 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 57-58.

nas o desenho de uma escolha de formas de regulação da vida em sociedade – por um conceito jurídico de ação que exclua as pessoas jurídicas representa nada menos que a defesa de um privilégio em favor de poderosos.

## CONCLUSÃO

É uma evidência crescente que a pretensão de afirmação das liberdades fundamentais por meio da estruturação de um sistema de imputação dogmática entregue nas mãos da ciência provocou mais distorções do que êxitos, e os novos desafios em matéria de imputação vêm exigindo a adoção de novos modelos em diversas áreas.

Embora seja necessário deixar de lado a pretensão de verdade e outros preconceitos do modelo científico, não podemos deixar de pretender avançar para a produção de resultados que são sempre mais justos com o sistema de imputação. A melhor maneira de logr -lo   o emprego da crítica baseada na filosofia da linguagem.

Existem muitos campos nos quais essa abordagem oferece novas perspectivas muito promissoras. Aqui, tratou-se apenas de explorar aspectos relacionados   fun o negativa exercida pela a o no direito penal, em quatro pontos diferentes.

Provou-se a necessidade de rever os fundamentos pelos quais se isenta de responsabilidade criminal aqueles que atuam em estados de inconsciência, como sonâmbulos e hipnotizados.

Apresentou-se vantagens notáveis para o princípio da legalidade no uso da equivalência de sentido entre omissão imprópria e comissão para efeitos de responsabilidade criminal, quando comparado com o tradicional, ligados   teoria da posi o de garantidor.

Propôs-se importa crítica sobre o uso da técnica para classificar de delitos de posse, demonstrando que, em tais casos, nenhuma a o está presente.

Finalmente, verificou-se a possibilidade de oferecer uma verdadeira fórmula de autorresponsabilidade das pessoas jurídicas, como modelo de supera o da heteroresponsabilidade existente, a partir da ado o de uma concep o significativa de a o.

Como pode ser visto, tanto os problemas clássicos de imputa o quanto os mais recentes encontram na abordagem da filosofia da linguagem um campo fértil para a reflexão em busca do que deve sempre guiar os operadores do direito penal: a preocupa o constante na produ o de resultados melhores e mais justos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. A empresa   capaz de a o? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concep o significativa da a o no Direito penal empresarial. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). Comentários ao Direito penal Econ mico Brasileiro. Belo Horizonte: De Plácido, 2017.

BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomas Vives Anton y George Fletcher. In: Revista Penal, nº 35. Huelva-Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

BUSATO, Paulo César. Uma crítica aos delitos de posse a partir do conceito de ação significativa. Conexões entre o civil law e o common law nas tesis de Tomas Vives Antón e George Fletcher. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, Andrés (org.). Delitos de posse: drogas, porte de arma e pornografia. São Paulo: Liber Ars, 2016.

BUSATO, Paulo César. Vontade penal da pessoa jurídica. In: BUSATO, Paulo César. Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUSATO, Paulo César. Direito penal e ação significativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.). Comentarios a la reforma penal del 2010. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (orgs.). Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

COX LEIXELARD, Juan Pablo. Delitos de posesión. Bases para una dogmática. Buenos Aires- Montevideo: BdeF, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal. Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia. El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal Español (art. 189.2): razones para su destipificación. In: Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª Época, no 18. Madrid: UNED, 2006.

GELLNER, Ernst. Palabras y cosas. Madrid: Tecnos, 1962.

HABERMAS, Jürgen. Acciones, operaciones, movimientos corporales. In: HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. 6. ed. Trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Cátedra, 2011.

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Punishment and Responsibility. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2008.

HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito penal. In: BUSATO, Paulo César (org.). Neurociências e Direito penal. Trad. de Paulo César Busato. São Paulo: Atlas, 2014.

HASSEMER, Winfried. Persona, Mundo y Responsabilidad. Trad. de María del Mar Díaz Pita e Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Die unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip. Berlin: De Gruyter, 1972.

JAKOBS, Günther. Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem. In: STRATENWERTH, Günter et al (eds.). Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974. Berlin: 1974.

- JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte General. 2. ed. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther. Estudios de Derecho penal. Madrid: VAM-Civitas, 1997.
- JAKOBS, Günther. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Berlin: De Gruyter, 1983.
- Kaufmann, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- LLOBET, Javier. Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945). San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2015.
- MARINUCCI, Giorgio. El delito como acción. Crítica de un dogma. Trad. de José Eduardo Sainz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas, 2001.
- MOORE, Michael S. Act and Crime. The philosophy of Action and it's implications for Criminal law. New York: Oxford University Press, 1993.
- MOREIRA, Luiz. Fundamentação do Direito em Habermas. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MOURA, Bruno de Oliveira. Ilícitude penal e justificação. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Direito penal. Parte General. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- NAGLER, Johannes. Die problematik der Begehung durch Unterlassung. In: Gerichtssaal n. 111. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1938.
- PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán, ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y los límites de los principios limitadores del Derecho penal. Trad. de Mercedess Castiñeira Palou. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). La insostenible situación del Derecho penal. Granada: Comares, 2002.
- Radbruch, Gustav. Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. El lenguaje de la vecina y la posición de garante como redundancia en la comisión por omisión. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, María Luísa; GÓRRIZ ROYO, Elena (orgs.). Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- ROUANET, Sérgio Paulo. Mal estar na modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito penal. 3. ed. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.
- ROXIN, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. 4. ed. München: Beck, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. O método do Direito penal sob uma perspectiva Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión como hecho punible. In: Revista de Derecho penal y Criminología, 2a época, no 14, Madrid: UNED, 2004.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Segundo Seminario: Nullum Crimen sine lege. Comisión por Omisión y Dogmática Penal. In: In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, María Luísa; GÓRRIZ ROYO, Elena (orgs.). Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Lady Macbeth y la doctrina de la acción. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador et al (dir.). Crímenes y castigos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Neurociencia y determinismo reduccionista. Una aproximación crítica. Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.). Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, 2013.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del Sistema Penal. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WILLIAMS, Bernard. La filosofía como una disciplina humanística. México D. F.: FCE, 2011.

WILLIAMS, Bernard. Voluntary Acts and Responsible Agents. In: Oxford Journal of legal studies, v. 10, n. 1, março de 1990.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigaciones Filosóficas. 2. ed. Barcelona: Crítica, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Tractatus Lógico-Philosophicus. Ed. crítica de Jesús Padilla Gálvez. Valencia: Tirant-Humanidades, 2016.

WRIGHT, Georg Henrik von. Explanation and Understanding. Ithaca: Cornell University Press, 1991.

# CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: A IMPORTÂNCIA DE FALAR E A ARTE DE OUVIR

## *CHILDREN AND ADOLESCENTS VICTIMS OF SEXUAL VIOLENCE: THE IMPORTANCE OF TALKING AND THE ART OF LISTENING*

Tarcila Teixeira<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítimas de violência e as possibilidades de abordagem trazidas pela Lei 13.431/2017. 3. Criança e adolescente vítimas: por que (não) falar? 4. Revelação: a importância de saber ouvir. 5. A retratação. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

### RESUMO

Este trabalho apresenta as formas de escuta trazidas pela Lei 13.431/2017, que objetivam primordialmente a proteção da criança e do adolescente vítimas de violência. A partir desta normativa, vem a análise sobre a conduta dos profissionais diante do desafio de ouvir a vítima, principalmente considerando o direito dessa de falar. Análise do contexto da revelação da violência do ponto de vista da necessidade de saber ouvir e dar permissão para a fala da vítima. A verdadeira motivação para a retratação da vítima e a necessidade de se ter conhecimento da dinâmica psíquica da criança e de seus desafios a partir da revelação.

**Palavras-chave:** violência; escuta; capacitação; revelação; retratação.

### ABSTRACT

*This work presents the forms of listening brought by Law 13.431 /2017, which aim primarily to protect children and adolescents victims of violence. From this norm, comes the analysis on the conduct of professionals in the face of the challenge of listening to the victim, especially considering their right to speak. Analysis of the context of the disclosure of violence from the point of view of the need to know how to listen and give permission for the victim's speech. The true motivation for the victim's retraction and the need to have knowledge of the child's psychic dynamics and its challenges from the revelation.*

**Keywords:** violence; listening; training; revelation; retraction.

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça do Ministério Público do Paraná, Coordenadora da Coordenadoria de Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas e membro com atuação junto ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e Execução Penal. Especialista em Proteção Integral a Crianças e Adolescentes (PUC/PR/2009). Formadora e Multiplicadora em conteúdos de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes vítimas de violência (CONSIJ-PR e EMAP -2016). Docente da Fundação do Ministério Público do Paraná. Autora de diversos artigos relacionados ao tema da violência contra crianças e adolescentes. Coautora do livro “Crimes contra Crianças e Adolescentes”, Editora Juspodivum, São Paulo, 2023.

## 1 INTRODUÇÃO

Protagonizamos ao longo da história verdadeiras crueldades no trato com crianças e adolescentes vítimas de crimes, submetendo-as a procedimentos revitimizantes, culpabilizantes e ameaçadores, observados em entrevistas múltiplas conduzidas por profissionais despreparados, em órgãos distintos e a partir de iniciativas descoordenadas e isoladas, voltadas oras para a satisfação de demandas do âmbito protetivo, oras do persecutório.

Em qualquer das hipóteses, contudo, o objetivo sempre foi o cumprimento dos deveres estatais, primordialmente dentro da função persecutória, buscando-se a satisfação das demandas sem qualquer compromisso com os resultados quanto ao atendimento dos interesses das crianças e adolescentes envolvidos.

As vítimas sempre foram abordadas como *instrumentos de produção de provas*, sendo de se destacar que, observada a violência, pouco se buscava quanto à recomposição dos direitos da criança e do adolescente.

Outra questão muito criticada por todos os estudiosos da matéria é a distribuição destas múltiplas oitivas muitas vezes ao longo de anos ou, ainda, passado longo período da ocorrência dos fatos. O panorama evidenciado nos processos judiciais por todo o país, revela que muitas vítimas chegavam a ser ouvidas entre oito e dez vezes, em abordagens distribuídas em até dez anos após a revelação dos fatos. Na fase investigatória ou a pretexto de se promoverem as medidas no âmbito protetivo, a vítima na maioria dos casos era ouvida pelo Conselho Tutelar, por profissionais da educação, por policiais militares, assistentes sociais e psicólogos (principalmente ligados aos serviços da rede de proteção municipal) e polícia civil, geralmente através de profissionais sem preparo específico para este tipo de abordagem, para posteriormente serem levadas a renovar seu depoimento perante a justiça, via de regra numa sala de audiências, confrontada com a defesa do acusado e sendo tratada como uma mera testemunha, invariavelmente tratada por “senhora”, mesmo em tenra idade.

Diagnosticada esta gritante realidade, fora promulgada a Lei 13.431/2017, que, instituindo um sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, busca o rompimento deste processo de violência secundária, mediante o planejamento de abordagens que primordialmente observem as necessidades e a condição peculiar da criança e do adolescente de pessoa em desenvolvimento.

Contudo, tal normativa não deve ser interpretada como um instrumento a desencorajar a oitiva da vítima, já que promover a escuta da criança com o adequado preparo, de forma responsável, respeitosa, acolhedora e profissional, pode ser o importante início de um processo terapêutico de superação dos traumas.

Contudo, é necessário ter sensibilidade quanto aos sinais emitidos pela vítima e quanto aos



sentimentos que exsurtem a partir do momento que supera a barreira do segredo, principalmente para que tenhamos um olhar crítico quando se observar a retratação.

## **2 O SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA E AS POSSIBILIDADES DE ABORDAGEM TRAZIDAS PELA LEI 13.431/2017**

Romper com os procedimentos de vitimização secundária, ou revitimização, é, sem dúvida, um dos maiores objetivos da Lei 13.431/2017.

A partir de uma primeira leitura dos seus dispositivos já se pode extrair tal contexto, retratado pela previsão de integração das ações, criação de fluxos e adoção de protocolos voltados a garantir a proteção da criança e do adolescentes vítimas de violência, no que concerne às abordagens a serem realizadas tanto no âmbito protetivo quanto persecutório, principalmente porque na maioria das hipóteses haverá correspondência com figuras típicas de natureza criminal.

O artigo 227 da Constituição Federal inaugurou a Doutrina da Proteção Integral, que foi posteriormente albergada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º, Lei 8.069/1990), vindo a alcançar importante incremento a partir desta legislação específica, que intrinsecamente impõe, quando da ocorrência de qualquer forma de violência contra criança ou adolescente, “a observância dos direitos inerentes à população infantojuvenil, desde os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana até garantias específicas decorrentes de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento”<sup>2</sup>.

Tal normativa basicamente elegeu formas específicas de abordagem voltadas ao asseguramento de um atendimento adequado, humanizado, célere e profissional, exigindo mais eficiência na atuação dos órgãos de repressão e proteção, a fim de não causar revitimização.

Por isso não temos dúvidas que o maior compromisso desta lei é com o rompimento deste processo de revitimização, tanto que ao prever as formas de violência, em seu artigo 4º, culminou por contemplar a “violência institucional”, ou seja, aquela violência praticada por agentes da rede de proteção, que deixam de observar as cautelas e os direitos das vítimas por ocasião de abordagens precipitadas, sem preparo, sem respeito, sem cuidado.

E nesta esteira de buscar maior rigor na regulamentação destas ações, a lei prevê duas formas de oitiva da criança ou adolescente vítimas ou testemunhas de violência: a escuta especializada e o depoimento especial, cujas dinâmicas foram igualmente esmiuçadas na normativa, com reforço para a necessidade de qualificação específica de profissionais, humanização dos espaços

---

<sup>2</sup> Breves anotações da Lei 13.431/2017, in <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1413>.

destinados ao acolhimento e oitiva de vítimas e respeito à condição e ao desejo de falar ou não acerca dos fatos, o que deixa definitivamente de ser uma obrigação.

Assim, a partir da constatação de que houve violência contra crianças e adolescentes, impõe-se a observância do sistema de garantias voltado a assegurar, sobretudo, um atendimento articulado, qualificado e humanizado, a partir de fluxos e protocolos pré-definidos para todos os atores da rede de proteção, nos termos propostos pela Lei 13.431/2017, regulamentada pelo Decreto 9.603/2018.

E, a partir de então, nem admitimos falar em *proteção integral e prioritária*, porque inadmissível, a nosso ver, falar em proteção num contexto que não coincida com a prevenção. Entendemos que, observada a violação, impõe-se primordialmente o reconhecimento da falha da família, da sociedade e do Estado, enquanto solidários na obrigação de assegurar a observância dos direitos, nos termos do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Então, em verdade, todo esse sistema de garantias instituído pela Lei nº 13.431/2017, regulamentada pelo Decreto 9.603/2018, ainda que, a partir da perspectiva constitucional da *proteção*, não possa ser considerado um sistema eficiente de prevenção da violência contra crianças e adolescentes, deve ser visto, especificamente, como um mecanismo para prevenção da violência institucional, *entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização*<sup>3</sup>.

Ocorrida a violência, hipótese em que o direito obviamente restou violado, impõe-se então passarmos a um processo de recomposição de direitos, com foco de fato no superior interesse da vítima, enquanto pessoa em desenvolvimento, já que até então o que vínhamos observando é o cuidado com o que ousou chamar de “*superior interesse do Estado*”, exclusivamente dentro de sua pretensão punitiva.

A lei 13.431/2017 prevê apenas duas possibilidades de oitiva da vítima após a revelação ou quando houver sinais da ocorrência de violência: a escuta especializada e o depoimento especial.

A escuta especializada, prevista no art. 7º da lei, ficou reservada para a rede de proteção e se traduz como “o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.”

Sobre esta *limitação* desde logo indagamos qual seria. Muitos defendem que a escuta deve ser superficial, bastando o levantamento mínimo dos fatos com vistas exclusivamente à tomada de providências a nível protetivo.

---

<sup>3</sup> Art. 4º, inciso IV, da Lei 13.431/2017.

Entendo, contudo, que o *limitado* aqui não pode nos levar a realizar uma escuta incompleta, capenga e inacabada, que não nos permita de fato entender adequadamente as circunstâncias que envolvem os atores, o tempo, o lugar e o modo como a violência ocorreu, sob pena de acabarmos pecando pela falta de providências necessárias em razão da não percepção de determinadas facetas da situação.

Daí a necessidade de haver um profissional especialmente capacitado para esta abordagem, além de um fluxo e um protocolo pré-definidos pela rede de cada município, de forma a conduzir um trabalho adequado sob todos estes aspectos.

Já o depoimento especial, descrito no art. 8º como “o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”, vem sendo de regra reservado para a tarefa persecutória, poucas vezes se observando a colheita do depoimento especial na esfera protetiva.

E esta é, sem dúvida, a melhor opção, já considerando que a esfera criminal demanda a observância ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, princípios que não são obrigatoriamente observados na esfera protetiva, e poderiam levar à necessidade de repetição do depoimento, o que é de todo contraindicado.

Mas aqui cabe-nos, desde logo, indagar como estamos encarando essa missão, ou seja, como estamos desempenhando este papel de ouvintes junto às vítimas, já que é nítido que abandonamos o processo que até então nos autorizou a tratar nossas crianças e adolescentes vítimas como vimos tratando, no criticado contexto de um verdadeiro *massacre* psicológico, sem, entretanto, demonstrarmos maturidade para encarar estes novos procedimentos com a responsabilidade e respeito devidos, chegando muitas vezes a simplesmente preterir a fala da vítima, refletindo efetivo desprestígio em relação ao desejo e anseios da criança e do adolescente.

### **3 CRIANÇA E ADOLESCENTE VÍTIMAS: POR QUE (NÃO) FALAR?**

E por que falamos em desprestígio?

Porque há um sentimento de reserva se instalando por parte dos profissionais da rede de proteção e do sistema de justiça quando tratam de fatos relacionados a crimes contra crianças e adolescentes. O temor de fazer “errado” e ser responsabilizado por violência institucional foi mais impactante no cenário do que o próprio compromisso com a efetivação dos direitos trazidos pela lei, do que o próprio desejo de prestigiar a vontade da vítima em falar e ser ouvida de forma respeitosa e responsável.

A palavra da vítima que, nas hipóteses da violência que acomete a população infanto-juvenil, é o que temos de mais valioso, vem deixando de ser prestigiada, muitas das vezes sob o argumento de que isto é feito para protegê-la.

Muitos profissionais da rede de proteção e da Justiça interpretaram a lei de forma equivocada, entendendo que devem evitar ao máximo qualquer contato, qualquer conversa com a criança ou o adolescente vítimas de violência, e que esta só deve falar sobre os fatos em última hipótese.

Ousamos discordar.

Isto porque, a exemplo do ECA, a Lei 13.431/2017 também contempla expressamente, em seu art. 5º, inciso VI, o direito da criança e do adolescente serem ouvidos e manifestarem seus desejos e opiniões.

E a experiência tem mostrado que, quando devidamente esclarecida sobre os procedimentos após a revelação, quando fortalecida pela conduta de acolhimento dos profissionais envolvidos com a escuta, quando efetivamente respeitada em sua condição de vítima, a criança sempre opta por falar e, mais do que isso, retira deste momento muito da força e resiliência perdidas no processo abusivo.

Extremamente valorosa a contribuição de Sanderson (2005) no ponto:

Parece que, ao ser capaz de identificar sua experiência e conversar a respeito, a criança tem condições de processar o que aconteceu e integrar essa experiência, o que sugere que guardar o “segredo” e manter-se em silêncio se somam para aumentar o impacto do abuso sexual.

Não há no mundo um modelo exitoso em que a vítima não fale... Estudo realizado em 28 países do mundo pela Childhood Brasil (SANTOS, 2017), revela procedimentos que prestigiam a fala da vítima. E aqui, quando falamos em êxito, falamos mais uma vez com enfoque no interesse da vítima, no seu direito de entender os procedimentos, de elaborar os fatos na sua psiquê, de se reconhecer na condição de vítima e abandonar os estigmas de culpa, medo e vergonha, iniciando neste momento o importante processo de superação dos traumas.

E não temos dúvida que a fala da vítima, num procedimento adequadamente avaliado dentro das premissas que encontram seus verdadeiros anseios e interesses é o início deste processo de superação.

Tratar a criança ou adolescente como seres que desconhecem o que é melhor para elas nem sempre é uma estratégia adequada de proteção. Temos que respeitá-los na sua plenitude e informá-los de fato acerca dos procedimentos. Temos que desonerá-los emocionalmente, para que possam avaliar de forma racional. E é aí que o panorama muda completamente daquele até então refletido no trabalho da rede e nas ações judiciais: quando a criança e o adolescente entendem verdadeiramente o espaço que ocupam neste cenário, quando entendem que toda a nossa força de trabalho está, naquele momento, voltada à atendê-la em suas demandas e angústias, quando entendem que as reconhecemos como vítimas e estamos dispostos a ouvi-las com todo

o respeito e desprendimento, elas invariavelmente querem falar, e se sentirão extremamente prestigiadas, e dali sairão indubitavelmente mais seguras, mais fortes, mais leves.

De fato, falar sempre foi libertador. Mas criamos uma barreira quando a questão se volta à violência, principalmente sexual, contra crianças e adolescentes. Entendemos, via de regra, que qualquer abordagem lhes será prejudicial. Como leciona Marceline Gabel, “a criança tem medo de falar e, quando o faz, o adulto tem medo de ouvi-la.” (GABEL, 1997, pág.11).

No abuso sexual com síndrome do segredo, a criança precisa saber que nós conhecemos as razões pelas quais ela pode ser incapaz de falar.

E muitas vezes se revela necessário de fato dar à criança a permissão para comunicar, considerando os sete aspectos do segredo enunciados por Furniss que impedem a criança de comunicar-se sobre a violência (FURNISS, 1983):

- 1) Nós precisamos introduzir “uma ideia” sobre um segredo;
- 2) Nós precisamos tratar da ansiedade em relação ao segredo;
- 3) Nós precisamos tratar da ansiedade em relação a não-crença;
- 4) Nós precisamos tratar da ansiedade em relação às ameaças;
- 5) Nós precisamos tratar da ansiedade em relação às consequências da revelação;
- 6) Nós precisamos tratar da ansiedade em relação a utilizar uma linguagem sexual explícita, introduzindo, nós próprios, uma linguagem sexual;
- 7) Nós precisamos tratar do próprio abuso sexual.

E imprescindível a valorização da palavra da criança. Marceline Gabel destaca (GABEL, 1997):

A abordagem que uma sociedade faz dos abusos sexuais está necessariamente ligada às mudanças nas relações entre os interesses do Estado, da família e da criança em particular, ao papel atribuído à criança numa sociedade determinada. Uma perspectiva histórica é incontornável para compreender ao mesmo tempo o interesse atual para esse fenômeno e o risco subjacente de sufocar ou de ridicularizar a palavra da criança.

Com efeito, temos convicção que incitar a fala, muitas vezes ainda na fase da revelação, levando em consideração a importância da palavra advinda da própria criança, permite, a partir do conhecimento dos fatos, pensar em cuidados sociais, psicológicos e médicos, responsabilizar o agressor e eliminar o sentimento de culpa, permitindo a reabilitação da vítima, que na maioria dos casos se sente aliviada por falar.

Até porque o silêncio pode ser extremamente tóxico. Por isso, as crianças precisam de “licença e permissão explícitas” para falar abertamente sobre a violência, em especial o abuso sexual, de modo a evitar a perturbação psicológica como consequência da confusão em relação à experiência abusiva (FURNISS, 1993).

Furniss explica:

Geralmente, nós primeiro temos que dar à criança a permissão explícita para comunicar. Isso significa levar em conta todas as ansiedades que impedem a criança de revelar. A criança precisa saber que nós sabemos por que ela está preocupada, por que ela talvez esteja assustada e perturbada, e ainda assim periga ela não falar. Os profissionais que lidam com crianças devem saber que existem muitas razões pelas quais uma criança pode estar assustada e ‘motivada a não estar motivada a revelar’, e por que a criança pode não confiar em nossa ajuda.” (FURNISS, 1993).

E, sem dúvida, a culpa está entre os principais fatores a impedir a vítima de falar.

A culpa, primeiramente externa ao sujeito e apreendida a partir dos valores morais dos pais e da sociedade, aos poucos vai se tornando uma instância crítica e punitiva, o “superego”, definido por Freud como uma instância da personalidade que tem o papel de censor, e que tem a consciência moral como uma das funções, que acata a lei e proíbe a transgressão.

Neste contexto, como os pais e a sociedade em geral vive sobre muitos tabus relacionados às questões sexuais, apenas ocupando-se de esquivar-se do assunto com as crianças, acabam por plantar a ideia da proibição, do erro, do mal, de forma que quando a criança se vê envolvida em práticas desta natureza, desde logo passa a carregar uma enorme culpa que a impede de falar.

Por isso nos parece essencial que a criança e o adolescente falem, porque para além de revelarem o abuso, elas revelam o nível de sua culpa, pois o que ela pode dizer e, principalmente, sentir, pode ser muito diferente da lógica dos adultos.

Martine Lamour (1997), citando Ferenczi (1936, pag. 130), apresenta os sentimentos e o comportamento da criança após o abuso sexual:

Seu primeiro movimento seria a recusa, o ódio, o nojo, uma resistência violenta: ‘não, não, não quero, é forte demais, dói, me deixe’. Isso ou algo parecido seria a reação imediata se não fosse inibida por um medo intenso. As crianças sentem-se física e moralmente indefesas, sua personalidade ainda é muito fraca para que protestem, mesmo em pensamento; a força e a autoridade esmagadora dos adultos as emudecem, e podem até fazê-las perder a consciência. Mas esse medo, quando atinge o ápice, obriga-as a se submeterem automaticamente à vontade do agressor, a adivinhar seu menor desejo, a obedecer esquecendo-se completamente e a identificar-se totalmente com o agressor.

Daí decorre então a vergonha, da consciência do erro, mais um fator a dificultar a fala da criança.

As reações da criança vítima de violência sexual, descritas por Summit (1983), são o segredo, o sentimento de impotência, a adaptação, a revelação tardia e não convincente e a retratação.

Aqui é importante destacar que para a criança, a culpa não termina com o fim do abuso sexual. Neste contexto, a intervenção adequada, aí incluída a sua escuta, pode livrá-la de parte desta culpa e, ainda, ajudá-la a estruturar-se, dando outro significado à proibição que lhe gera

essa culpa e mostrando que o trabalho de abordagem faz parte de um processo de reconhecimento de sua condição de vítima.

O receio que desenvolvemos de ouvir a criança é tratado por Furniss (1990, p. 567) como uma dominação em razão de movimentos emocionais muito violentos: “na revelação, a crise inicial é primeiramente uma crise dos profissionais”. E segue: “uma ação imediata e não planejada dos profissionais frequentemente acaba impedindo que se estabeleça a realidade dos abusos e dá lugar a reações não terapêuticas dos profissionais, sem finalidade nem objetivos claros” (Furniss, 1983, p. 565).

#### **4 REVELAÇÃO: A IMPORTÂNCIA DE SABER OUVIR**

Ainda que a legislação não pareça dar a devida importância para o momento da revelação, temos que este é certamente o *locus* de fala mais relevante da criança e adolescente submetidas à qualquer forma de violência.

Toda a normativa caminha no sentido de tratar o momento da revelação como desimportante, valorizando os procedimentos de oitiva a serem realizados, segundo a lei, para confirmação dos fatos noticiados, seja através da escuta especializada, seja através do depoimento especial.

Mais uma vez, ousamos discordar, pois não há que se olvidar que na dinâmica estabelecida no psicológico da vítima ao resolver falar, este é o momento de maior valor do ponto de vista da fidedignidade da versão apresentada e, ainda, do quanto esta vítima vai conseguir sustentar do quanto falado neste momento.

Quando cogitam em seu íntimo a possibilidade de revelar, desde logo as crianças podem pensar que não serão acreditadas, que serão apontadas como culpadas e, ainda, que serão punidas (SANDERSON, 2005).

Neste cenário observo que estamos supervalorizando os momentos posteriores de escuta e não estamos nos preparando adequadamente para receber esta revelação. E ao fazê-lo de forma amadora e despreparada, poderemos estar comprometendo toda a fala da criança, seja mediante sugestionamento ou induzimento, que poderão macular definitivamente a versão, seja conduzindo-a muitas vezes à retratação.

Certamente a revelação é de todos os momentos o único que não podemos planejar, preparar protocolos, qualificar profissionais, pois é um momento que não está sob nosso domínio profissional, mas sim sob total controle da vítima. Contudo, sabemos que alguns ambientes da rede social da criança e do adolescente são preferidos para a eleição do destinatário da revelação, principalmente o ambiente escolar. Professores e outros profissionais da área da educação são frequentemente escolhidos para ouvir a revelação, inclusive porque a escola acaba por promover atividades ligadas à prevenção de violências que acabam por despertar na vítima a

necessidade de falar, hipótese em que, se for devidamente ouvida, poderá falar, colocando-se na fronteira entre seu sofrimento e o anseio por proteção.

Sobre as dificuldades enfrentadas pelo destinatário da revelação, Christiane Thouvenin (1997) discorre:

É sempre grande o embaraço da pessoa escolhida para partilhar esse tipo de confidência, sejam qual for sua relação com a criança, mesmo se a confissão é feita por meias-palavras, com desamparo ou até uma atitude de desafio. Essa pessoa não só poderá conhecer o desconforto da dúvida, reação descrita em uma pesquisa sobre as atitudes dos interventores diante de maus-tratos físicos (E. Hadjiisky *et al.*, 1986), mas também terá de posicionar-se diante da obrigação legal de advertir as autoridades. Deverá escutar a vítima, apoiá-la e pensar na proteção da criança ou adolescente que lhe revelou o ocorrido.

Não há que se olvidar que a revelação é um momento crucial que pode, por si só, apresentar um risco de trauma suplementar para a criança ou adolescente, a chamada vitimização secundária, porque aqui está ameaçada a vida psíquica da criança, já que este segredo teve papel de destaque por um período geralmente longo de sua existência.

Dentro deste panorama é imprescindível que todos os profissionais que atuam com crianças e adolescentes, em especial professores, sejam minimamente orientados para esta tarefa, que certamente é indelegável, pois caso o escolhido decline desta missão, poderá levar a criança a se calar para o resto de sua vida.

É imperioso considerar que a criança orienta sua escolha a partir de sinais de empatia, competência e disponibilidade, podendo este momento ser fatal caso ela só encontre interlocutores *cegos e surdos* (GABEL apud THOUVENIN, 1997).

A questão crucial é ouvir a criança, evitando interrompê-la, adiantar-se, principalmente sugerindo situações que não estão sendo de fato relatadas por ela.

E esta escuta, no âmbito da revelação, deve ser uma escuta genuína, onde se prestigia a fala da criança, sem muitas indagações, já que a vítima será levada posteriormente à confirmação dos fatos através dos procedimentos de escuta especializada ou depoimento especial, preferencialmente por meio de cautelar de antecipação de provas.

Segundo Furniss (FURNISS, 1993, pág. 24), “o princípio mais importante a respeitar é que é necessário perceber a primeira revelação dos fatos como um momento privilegiado, no qual estaremos mais perto dos fatos se agirmos corretamente.”

Portanto, quando escolhidos para ouvir, temos que ter em mente desde logo a dificuldade de relatar fatos em relação aos quais seu corpo foi objeto tornam tudo muito difícil para a vítima. E não é só este enfoque que justifica tanta dificuldade em falar. A vítima, no caso de violência sexual, geralmente interagiu com o agressor, adotou condutas, alcançando muitas vezes a proa-



tividade no cenário abusivo (obviamente sem consentimento válido) que a colocam numa posição muito desconfortável na descrição dos fatos. É comum que tenha assentido à solicitação de toque no membro do agressor, de felação, de práticas que demandaram não só uma permissão, mas uma ação concreta de sua parte. E aí se verifica um incremento absurdo dos sentimentos de culpa e vergonha, sendo então imprescindível que o profissional desde logo a recoloca na genuína posição de vítima, declare que a reconhece nitidamente nesta posição, independentemente do que eventualmente tenha se sentido obrigada a fazer.

## 5 A RETRATAÇÃO

Outro fenômeno muito comum é a retratação da vítima, que, após revelar que se viu submetida a alguma forma de violência, acaba por negar a verdade dos fatos durante o processo que se desencadeia a partir desta revelação.

Para responder a pergunta acerca do porquê da retratação ser tão frequente, SUMMIT (1983), citado por THOUVENIN (1997, pág. 101), realizou profundo trabalho de pesquisa nos Estados Unidos e Canadá, concluindo que a retratação deve ser considerada uma adaptação extrema à situação de violência, um retorno à situação anterior e ao silêncio. A partir desta pesquisa, descreveu, em 1983, a “Síndrome de Adaptação da Criança Vítima de Abusos Sexuais”, com as seguintes características:

- O segredo: a realidade aterrorizante para a criança deve-se ao fato de que a coisa só acontece quando está sozinha com o adulto que abusa dela e isso não deve ser partilhado com ninguém.
- A criança fica sem defesa pelo fato de tratar-se de alguém da família. Pois, se por um lado apreendeu que precisa desconfiar de “estranhos”, por outro, disseram-lhe que “na família tudo é permitido”. O domínio perverso sobre a criança pode, a partir daí, ser exercido mais facilmente. Podemos imaginar, nessas condições, o quanto é difícil escapar à lei familiar rompendo o silêncio.
- A criança cai na armadilha e deve adaptar-se. Trata-se de situações essencialmente repetitivas, impulsionadas pelo constrangimento interno que move o autor dos abusos diante de uma presa fácil. Se a criança não buscou imediatamente ajuda e não foi protegida, só lhe resta aprender a aceitar a situação e encontrar um meio de sobreviver a ela.

O jornal *Child Abuse and Neglect* publicou em 1983 um artigo em que Summit descreveu tal síndrome, onde mostra que o momento da descoberta é extremamente traumático para a criança, porque de regra os adultos demonstram não compreender os comportamentos das crianças, pois relevam-se contrários à sua própria projeção de reação (de recusa, de fuga), razão

pela qual passam a duvidar da criança, o que pode, inclusive, levar à retratação. Então a criança passa a ser vítima também da incredulidade dos adultos.

Como disse Gavin De Becker, citado por Anna C. Salter (SALTER, 2009, pag. 171), “gentileza é uma decisão”. Contudo, Anna alerta que nós não acreditamos nisso, pois pensamos que os predadores “devem ao menos ter a decência de ser rudes”, razão pela qual nas hipóteses em que conhecemos o agressor e duvidamos de sua capacidade de ofender, acabamos demonstrando à vítima que não conseguimos acreditar em sua história. Sanderson (2005, xvii) também alerta: “A maioria dos abusadores sexuais de crianças apresentam-se como pessoas extremamente simpáticas, gentis e atenciosas.”

Em importantes estudos realizados com agressores sexuais, estes relataram que as crianças feitas suas vítimas revelaram os ataques, mas não foram creditadas, o que os fortaleceu na reiteração e nos incrementos de ousadia sexual (SALTER, 2003).

Lembramos que muitas vezes a dúvida levantada pelos adultos se deve à própria interpretação que fazem das reações e comportamentos da vítima, já que nem sempre o sofrimento é visível, já que a criança pode facilmente adaptar-se às sevícias sexuais e ao contexto familiar nocivo, abstraindo-se de sua infelicidade e sofrimento.

Inclusive porque, como alertado por Sanderson (2005), a criança que sofre abuso desde a tenra infância pode ser levada a crer que a interação sexual entre adultos e crianças é algo normal, principalmente na relação paterno e materno afetiva, de forma que pode não entender que está sofrendo abusos.

Sob este aspecto, defendemos que a retratação ainda se prende a dois sentimentos por parte da vítima, o primeiro de decepção em relação ao destinatário da revelação de quem esperava uma proteção efetiva e um verdadeiro comprometimento com o seu bem estar acima de qualquer outro interesse, e o segundo de fragilidade emocional diante de todas as cobranças que sente lhe serem dirigidas a partir da falência da família, do afastamento do agressor e muitas vezes de sua efetiva prisão, que podem representar, no contexto familiar, fatores de inúmeras dificuldades, inclusive econômica, para os demais membros da família. Sem contar com a questão da estigmatização social.

Segundo Furniss (1993), é imprescindível que os profissionais que atuam com crianças percebam o quanto a sua reação pode influenciar no processo de revelação. Assim, se suspeitam que a criança esteja buscando comunicar o abuso sexual, jamais devem simplesmente interpretar esta mensagem, mas sim devem dar a criança a licença para falar. Isto porque a criança pode estar conscientemente testando o interesse do profissional pelo aspecto de realidade da alusão ao abuso sexual, se somos capazes de extrair algo de real naquela fala e se ela pode confiar nele.

Ainda que o abuso tenha sido muito prejudicial à criança, o relacionamento com a pessoa que cometeu o abuso, o apego a ela e a interação de abuso sexual podem, não obstante, ter sido a experiência mais intensa e importante da vida da criança. Ao deixar de considerar e examinar essa experiência, por razões protetoras, os profissionais repetem exatamente a experiência traumática do abuso sexual da criança como uma síndrome de segredo.

Desta forma, o preparo e o necessário acolhimento da vítima são imprescindíveis para evitar a retratação, já que a criança passa a sofrer muito após a revelação, quando sua realidade passa do íntimo ao social, momento em que pode recuar ao se dar conta das pesadas consequências desse procedimento. Consequências que vão desde a situação de prestar depoimento, até ver alguém com quem indubitavelmente teve uma relação afetiva importante ser acusado, condenado e até preso.

Por isso, ouvir uma criança ou adolescente não é mesmo fácil, e o modo de fazê-lo nunca será óbvio, tampouco a escolha do método de abordagem. Neste contexto, é inegável a dificuldade dos profissionais, o que reforça a necessidade de formação específica.

A responsabilização do autor do abuso sexual, principalmente quando se trata do pai ou padrasto, pode ser algo muito pesado para a criança suportar. Já dizia Furniss que a maioria das crianças que sofreram abuso sexual só querem que a violência acabe, querem ser protegidas e querem seus pais de volta, mas um pai que não mais abuse dela (FURNISS, 1993).

E não podemos descuidar de mais uma conclusão importante neste universo: a de que a retratação pode ser motivada pela própria conduta inadequada dos interventores, muitas vezes profissionais que hostilizam a vítima e não lhe oferecem o amparo e segurança necessários para que possa sustentar a verdade sobre os fatos.

Enfim, o sucesso de todo este processo, em especial quanto aos reflexos na vida da vítima, só depende da forma como iremos conduzi-lo. Mireille Nathanson muito sabiamente resume:

“Em primeiro lugar, a criança deve ser acolhida e reconfortada. É essencial mostrar-lhe logo de início que ela é sujeito e não objeto da ação realizada; seja qual for a pessoa que a acolha, deve-se dizer e mostrar rapidamente à criança que ela tem direito à palavra, que será ouvida e merecerá crédito; para isso, é necessário que a criança possa ser ouvida em particular, sem a presença dos pais, mesmo se estes forem indulgentes.” (NATHANSON, 1997, pág. 158)

## 6 CONCLUSÃO

Falar é, de fato, terapêutico. Quando o sofrimento habita o íntimo de uma criança ou adolescente, dividir esta experiência, por mais traumática que tenha sido, lhe proporcionará iniciar um importante processo de superação, a partir principalmente da adequada elaboração dos fatos e identificação da responsabilidade de cada ator desta história.

Precisamos definitivamente abandonar esta equivocada postura de sempre poupar a vítima de falar e partir para uma conduta que se comprometa com o devido esclarecimento do procedimento à criança/adolescente, permitindo que esta faça uma escolha verdadeiramente consciente entre o desejo de falar ou calar.

Para tanto, o preparo específico dos profissionais é medida emergencial. Todos os envolvidos nestas ações que demandam o contato com a vítima devem ter um preparo distinto daquela formação acadêmica exigida genericamente para os desempenhos das funções profissionais. Juizes, promotores de justiça, psicólogos, assistentes sociais, professores, conselheiros tutelares, enfim, é premente que busquem especializar-se para alcançar este novo olhar, busquem entender a mente de uma criança, de um adolescente, como pensam e o que move suas ações e reações.

Tudo para definitivamente assumirmos esta importante tarefa de dar voz às nossas crianças e adolescentes submetidas às mais terríveis formas de violência, na maioria das vezes praticadas por aqueles que deveriam protegê-las, inclusive por força de comando constitucional.

E mais do que isto, devemos reconhecer que desempenhamos papel importante na busca da superação dos traumas, pois só quando conseguir compartilhar sua experiência e as angústias daí decorrentes, entendendo que não há espaço para a culpa, o medo e a vergonha, a vítima conseguirá iniciar este difícil, mas possível, processo de redenção.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.
2. \_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Promulgado em 13 de Julho de 1990.
3. \_\_\_\_\_. **Lei 13.431, de 04 de abril de 2017**.
4. \_\_\_\_\_. **Decreto nº 9.603, de 10 de dezembro de 2018**.
5. FERENZI, S. “**Confusion de langue entre les adultes et l’enfant: le langage de la tendresse et de la passion**”. Psychanalyse. Paris. Payot. 1983.
6. FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança. Uma abordagem multidisciplinar**. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre. Artes Médicas. 1993.
7. GABEL, Marceline e col. **Crianças Vítimas de Abuso Sexual**. São Paulo. Summus Editorial. 1997.
8. HABIGZANG, Luíza F. E KOLLER, Silva H. e col.. **Violência Contra Crianças e Adolescentes. Teoria, pesquisa e prática**. Porto Alegre. Artmed. 2012.
9. POTTER, Luciane e col. **Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2016.
10. SANTOS, Benedito Rodrigues e col.. **Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência Sexual. Metodologias para tomada do depoimento especial**. Curitiba. Appris Editora. 2017.
11. SALTER, Anna C. **Predadores. Pedófilos, Estupradores e outros Agressores Sexuais**. São Paulo.

M. Books do Brasil Editora Ltda. 2009.

12. SANDERSON, Christiane. **Abuso Sexual em Crianças**. São Paulo. M. Books do Brasil Editora Ltda. 2005.

13. SUMMIT, Roland C. “**The Child Sexual Abuse Accomodation Syndrom**”. *In Child Abuse and Neglect, 1983*.

# DANO AO PROJETO DE VIDA COMO CONSEQUÊNCIA DO CRIME A SER CONSIDERADO NA APLICAÇÃO DA PENA E NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DAS VÍTIMAS E SEUS FAMILIARES

Marcelle Rodrigues da Costa e Faria<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Jurisprudência da Corte IDH como fonte do direito brasileiro. 3 Projeto de Vida como Direito Humano. 4 Dano ao projeto de vida como consequência do crime. 5. Do dever de ressarcir a vítima do dano ao projeto de vida.

## INTRODUÇÃO

Ser humano consiste em ter consciência de sua efemeridade e finitude, é viver o presente e fazer projeção para o futuro, e, nessa projeção, o homem constrói sua identidade, fazendo escolhas que atribuem sentido para o seu viver, projetando a sua vida em busca de um bem viver, em busca da felicidade.

Nesse processo contínuo e ininterrupto de construção de identidade<sup>2</sup>, com base nos valores vivenciados, sentimentos e ações o homem livre experimenta a dignidade, fundamento do Estado Brasileiro, projetando o seu existir.<sup>3</sup>

É certo que experiências e circunstâncias de tempo, espaço, familiar e social podem levar o indivíduo a mudar o sentido de sua vida, alterando suas ambições e seu projeto de felicidade.

Todavia, o projeto de vida pode ser alterado ou destruído por um ato ilícito perpetrado por terceiro, e a questão que se coloca é saber se o projeto de vida é tutelado pelo Estado brasileiro de forma a ensejar uma reparação. Ou seja, a pergunta que se impõe: projeto de vida é direito?

Isso porque a frustração de um projeto de vida pode levar a um vazio existencial que afeta sobejamente a dignidade humana, está sempre em movimento

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o **projeto de vida** como direito humano autônomo, caracterizado pela liberdade de definir o curso da própria vida, intrínseco à dignidade humana, quando no caso *Loayza Tamayo vs. Peru* em 1997 decidiu:

147. Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y

<sup>1</sup> Promotora de Justiça. Mestre em Direito.

<sup>2</sup> A complexidade do ser humano aponta que ele está em constante formação ou reformulação, com base nas experiências vivenciadas durante o seu existir.

<sup>3</sup> MICHEL ISASA refere que o *projeto de vida* não se desenvolve apenas na procura pela felicidade, mas o *projeto de vida* possui como chave tornarmo-nos felizes. O caminho percorrido por um *projeto de vida* deve qualificar a existência, em cada momento singular, sendo importante a maneira como se habita mundo. (ISASA, Michel Eche-nique. *Estratégia do pensamento e projeto de vida*. Belo Horizonte: Nova Acrópole, 2001. P. 27)

la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

148. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Dificilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

149. En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable --no meramente posible-- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.

150. En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.<sup>4</sup>

Dessa forma a Corte IDH estabelece que o projeto de vida se associa ao conceito de realização pessoal, que se sustenta nas opções que o sujeito tem para conduzir sua vida e alcançar o destino que se propõe, de modo que estas opções podem ter, em si mesmas, um alto valor existencial.

Interpreta-se assim que o dano ao projeto de vida ameaça o próprio sentido que cada pessoa humana atribui à sua existência, causando prejuízo ao mais íntimo do ser humano, uma vez que afeta o sentido da vida e afirmação de si mesma.

---

<sup>4</sup> Corte IDH. *Caso Loyaza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C, nº 42, §§ 147 e 148.

O presente trabalho tem por finalidade aferir se o dano ao projeto de vida decorrente da prática de crime deve ser levado em consideração nas circunstâncias judiciais para fixação da pena (art. 59 do Código Penal) e na determinação do *quantum* a ser indenizado às vítimas de crime ou a seus familiares.

Para tanto, traça primeiramente a eficácia da jurisprudência da Corte IDH no ordenamento jurídico brasileiro, analisa posteriormente se o dano ao projeto de vida integra as consequências do crime para finalmente determinar o efeito do dano na fixação da pena do agente violador de direito e do valor da reparação.

## **1 JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH COMO FONTE DO DIREITO BRASILEIRO**

O Estado brasileiro com o advento da Constituição da República de 1988, fundamentado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, CF) e com objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos e enfrentando todo tipo de discriminação (art. 3º, CF), rege-se, nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, CF).

Assim, o Governo brasileiro depositou a carta de adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992, promulgando o Pacto de São José de Costa Rica no Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, que ingressa no ordenamento jurídico com caráter de supralegalidade por força de decisão do Supremo Tribunal Federal.<sup>5</sup>

Finalmente, o Congresso Nacional, regulamentando o art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>6</sup>, aprovou o Decreto Legislativo 89 de 03 dezembro de 1998 para reconhecer a competência obrigatória da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplica-

---

<sup>5</sup> STF. RE 466343, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

STF .Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343, tomada por unanimidade, caráter de supralegalidade dos tratados internacionais. “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.” (voto Min. Gilmar Mendes)

<sup>6</sup> Art. 62. 1. Todo Estado-Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados-Membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial



ção da Convenção, culminando no Decreto Presidencial 4463 de 08 de novembro de 2002, que impõe:

Art. 1º. É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Necessário fazer esse registro de cunho positivista para concluir que, na medida em que o Estado brasileiro se submete à decisão da Corte IDH, reconhecendo como obrigatória a sua competência, inclusive para interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, é evidente que a jurisprudência da Corte IDH vincula todos os órgãos investidos de jurisdição no sistema de justiça do Brasil.

Considerando assim que a Convenção Americana possui *status* supralegal, a sua interpretação e aplicação, realizada através da jurisprudência da Corte IDH (obrigatória) também possui caráter de supralegalidade de forma a afastar a legislação doméstica que a contradiz, em controle de convencionalidade.

Controle de Convencionalidade nada mais é do que o processo de compatibilização vertical das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções de direito internacional em vigor no Estado, de forma a integrar no sistema jurídico nacional a norma internacional que apresenta um espectro de proteção maior ao direito tutelado.<sup>7</sup>

O Controle de Convencionalidade foi aventado pela Corte IDH, num primeiro momento no *Caso Almonacid Arellano e Outros vs. Chile*, quando impôs ao poder judiciário o dever de controlar a convencionalidade das leis:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.

---

<sup>7</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Gen/Editora Método, 2019. p. 259.

Aliás, conforme decisão de supervisão de cumprimento de sentença no *Caso Gelman vs. Uruguai*<sup>8</sup>, a Corte IDH, em interpretação do art.68 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>9</sup>, entendeu que sua jurisprudência contenciosa vincula também os Estados que não foram partes materiais no precedente.

Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer ex officio um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana<sup>10</sup>

Nesse sentido preleciona Valério de Oliveira Mazzuoli, Marcelle Rodrigues da Costa e Faria e Kledson Dionysio de Oliveira:

Como se nota, a Corte Interamericana tem evoluído em sua jurisprudência no sentido de atribuir (i) tanto aos órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça (ii) quanto aos demais poderes e órgãos estatais o dever (inicial e primário) de controlar a convencionalidade das leis, adaptando (invalidando ou interpretando de modo *conforme*) as normas internas menos benéficas incompatíveis com as convenções internacionais de direitos humanos ratificadas e em vigor no Estado, impondo que se interprete as normas internacionais protetivas segundo o que já decidiu a própria Corte IDH e segundo os padrões internacionais relativos à matéria em causa (v.g., matéria indígena, ambiental, trabalhista, de proteção das mulheres, das crianças, dos idosos, das pessoas com deficiência, dos refugiados etc.)<sup>11</sup>

Portanto a decisão da Corte IDH possui duas dimensões de coisa julgada internacional: subjetiva e direta para as partes na controvérsia internacional e objetiva e indireta para todos os Estados-Partes na Convenção, razão pela qual o seu artigo 69 prevê que a sentença da Corte IDH seja notificada não apenas às partes no caso, mas também a todos os demais Estados-Partes.

Nessa toada o Conselho Nacional do Ministério Público, através da Resolução 96 de fevereiro de 2023, recomendou que os ramos e unidades do Ministério Público a observância dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos, das recomendações da

<sup>8</sup> Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 221, § 193.

<sup>9</sup> Art. 68. 1. Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

<sup>10</sup> Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*.....

<sup>11</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. *O Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público*. São Paulo: Forense, 2020. p. 21.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, devendo observar as normas dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e as demais normas imperativas do Direito Internacional dos Direitos Humanos; **o efeito vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos em que o Brasil é parte, nos termos do artigo 68 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos; III - a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando adequada ao caso;** e IV - as declarações e outros documentos internacionais de direitos humanos, quando adequados ao caso.

Destarte, se a Corte IDH prevê que projeto de vida é um direito humano e, por isso, deve ser protegido e garantido pelo Estado, quando o crime tem como consequência o impedimento de realização de projetos de vida da vítima de violência de direitos humanos, o prejuízo ao projeto de vida deve ser considerado para aumentar a pena a ser imposta ao violador e também para acrescer na indenização por danos morais e matérias no ressarcimento do agredido.

## 2 PROJETO DE VIDA COMO DIREITO HUMANO

A noção de “dano ao projeto de vida” surge, no plano internacional, no âmbito do Sistema Interamericano quando a Corte IDH no *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú (1997)*, de forma inédita, apresenta que o projeto de vida “se associa ao conceito de realização pessoal, e que o ele se sustenta nas opções que o sujeito pode ter para conduzir sua vida, e alcançar o destino que se propõe”, configurando uma garantia de liberdade<sup>12</sup>.

O dano ao projeto de vida, consoante a Corte IDH não corresponde ao prejuízo patrimonial derivado imediata e diretamente dos fatos, característico do dano emergente; e tampouco pode se confundir com o lucro cessante, porque este se refere exclusivamente a perdas econômicas futuras, possíveis de quantificar a partir de certos indicadores mensuráveis e objetivos. O denominado projeto de vida por sua parte, atende à realização integral da pessoa afetada, considerando sua vocação, atitudes, circunstâncias, potencialidades e aspirações que lhe permitem determinar razoavelmente certas expectativas e atingi-las.<sup>13</sup>

No paradigmático *Caso Villagrán Morales e outros vs. Guatemala (1999)*<sup>14</sup>, Cançado Trindade, em voto concorrente, defende que projeto de vida integra o direito à existência e requer para o seu desenvolvimento condições de vidas dignas, sustentando que o projeto de vida com-

<sup>12</sup> Corte IDH no *Caso Lazoya Tamoio vs. Peru (1997)* Corte IDH, 1998, Serie C No. 42, p. 147.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fundo. Sentença de 19 de novembro de 1999.

põe o universo previsto no art. 63. 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, traçando-o como critério definidor da obrigação de indenizar:

Art. 63. 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Em 2001 Corte IDH volta a considerar que o projeto de vida deve ser tutelado e que violação a esse direito deve ser reparado de forma adequada e proporcional quando julgou o *Caso Cantoral Benavides vs. Peru (2001)*, em que se declarou a responsabilidade do Estado por privação ilegal da liberdade, tratos cruéis, inumanos e degradantes, entre outras violações:

Es, por otra parte, evidente para la Corte, que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su “proyecto de vida”.<sup>15</sup>

Novo precedente internacional vinculativo do Estado brasileiro surge no *Caso Tibis vs. Equador (2004)* em que a Corte reconhece o dano ao projeto de vida, citando o *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú* e o reconhece nos seguintes termos:

Difícilmente habría violaciones, entre las más graves, que resultasen indiferentes a quienes guardan estrecha relación afectiva con la víctima, en función de vínculos familiares --en sentido amplio--, y no trajeran consigo presiones disolventes de la unión. Los hechos violatorios han repercutido sobre esas personas en diversas formas: dispersando a los miembros de la familia, privándolos de ingresos legítimos, obligándolos a incurrir en gastos extraordinarios, interfiriendo la comunicación entre ellos, alterando o suprimiendo la vida en común, afectando planes y proyectos legítimos, debilitando lazos domésticos, generando padecimientos físicos o mentales que han gravitado sobre los familiares, etcétera.<sup>16</sup>

Novamente no *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*<sup>17</sup> debruça a Corte IDH na jurisprudência do dano ao projeto de vida com voto contundente do juiz Cançado Trindade que proclama que a busca pela concretização do projeto de vida revela um elevado valor existencial, capaz de dar sentido à vida e defende que na transitoriedade da vida, cabe a cada um prosseguir com as opções que lhe parecem bem sucedidos e isso representa plena liberdade pessoal para realização dos seus ideais.

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentença 03 de dezembro de 2001. Série C, nº 42, § 60.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Tibis vs. Equador*. Sentença 07 de setembro de 2004. Serie C No. 114, § 92.

<sup>17</sup> Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*. Sentença 12 de setembro de 2005. Serie C No. 132.

Por isso, a ruptura abrupta dessa busca, dessa realização pessoal, devido a fatores externos, mormente a violação de direitos humanos, violência ou injustiça, que alteram ou destroem projeto de vida de uma pessoa é muito grave, não podendo o direito ficar indiferente a isso, uma vez que causa danos irreparáveis:

Todos vivimos en el tiempo, que termina por consumirnos. Precisamente por vivirnos en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida. El vocablo “proyecto” encierra en sí toda una dimensión temporal. El concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno.

4. Es por eso que la brusca ruptura de esta búsqueda, por factores ajenos causados por el hombre (como la violencia, la injusticia, la discriminación), que alteran y destruyen de forma injusta y arbitraria el proyecto de vida de una persona, revístese de particular gravedad, – y el Derecho no puede quedarse indiferente a esto. La vida – al menos la que conocemos – es una sola, y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable.<sup>18</sup>

No *Caso Massacre de La Dos Erres vs. Guatemala* (Corte IDH, 2009, Serie C No. 211)<sup>19</sup> a Corte IDH reconhece dano ao projeto de vida a prolongada impunidade sofrida pelas vítimas e seus familiares:

245. En este sentido, resulta evidente que las víctimas de una impunidad prolongada sufran distintas afectaciones por la búsqueda de justicia no sólo de carácter material, sino también otros sufrimientos y daños de carácter psicológico, físico y en su proyecto de vida, así como otras posibles alteraciones en sus relaciones sociales y la dinámica de sus familias y comunidades

246. Este Tribunal ha señalado que estos daños se intensifican por la falta de apoyo de las autoridades estatales en la búsqueda efectiva e identificación de los restos, y la imposibilidad de honrar apropiadamente a sus seres queridos

247. Frente a ello, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición tienen especial relevancia por la gravedad de las afectaciones y el carácter colectivo de los daños ocasionados

Além disso, exarou a Corte IDH que os sentimentos de raiva, tristeza, insegurança, desânimo, vingança e impotência relatados pelas vítimas afetou sobejamente as vítimas e seus

---

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> Corte IDH. *Caso Massacre de La Dos Erres vs. Guatemala*. Sentença 24 de novembro de 2009. Serie C. No. 211, §§ 245 a 247.

familiares uma vez que a ausência de justiça ocasionou uma perda de oportunidade causando danos ao seu projeto de vida.<sup>20</sup>

O *Caso Furlan e Familiares vs. Argentina (2012)* foi o último em que Corte IDH reconheceu o dano ao projeto de vida relacionado com a responsabilidade do Estado, por falta de resposta oportuna das autoridades judiciais, da qual dependia o tratamento médico de uma criança com incapacidade, na oportunidade sacramentou:

Com respeito ao suposto “dano às relações de vida” alegado pelos representantes no caso de Sebastián Furlan, tomando em conta o conteúdo da alegação, a Corte interpreta esta expressão em relação ao denominado dano ao “projeto de vida”, que se refere à realização integral da pessoa afetada, considerando sua vocação, aptidões, circunstâncias, potencialidades e aspirações, que lhe permitem fixar razoavelmente determinadas expectativas e alcançá-las. O projeto de vida se expressa nas expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar possíveis em condições normais. Esta Corte indicou que o “dano ao projeto de vida” implica a perda ou o grave prejuízo de oportunidades de desenvolvimento pessoal, de forma irreparável ou muito dificilmente reparável. Este dano se deriva das limitações sofridas por uma pessoa para se relacionar e gozar de seu ambiente pessoal, familiar ou social, por lesões graves de tipo físico, mental, psicológico ou emocional.<sup>21</sup>

Por conseguinte, a jurisprudência da Corte IDH, obrigatória para o Estado brasileiro e seus órgãos, mormente os jurisdicionais, é firme no sentido de reconhecer o dano ao projeto de vida como direito humano que merece a proteção do Estado no sentido de que a sua violação deva deflagrar uma resposta estatal célere, adequada, proporcional e reparadora.

Em sendo assim, conclui-se que, diante de um dano ao projeto de vida ocasionado pela prática de um crime, ele deve ser levado em consideração na aplicação da pena, como consequência do crime e também na fixação da reparação civil.

### **3 DANO AO PROJETO DE VIDA COMO CONSEQUÊNCIA DO CRIME.**

Como verificado no tópico anterior, uma vez reconhecido o direito humano ao projeto de vida no Estado brasileiro, todo o ordenamento jurídico pátrio deve funcionar de modo a efetivá-lo e resguardá-lo e conseqüentemente a legislação interna deve se adequar para não o restringir, e para tutelá-lo de forma eficiente.

Na exposição de motivos do Código Penal brasileiro teve-se o legislador às conseqüências do crime como determinante à fixação da pena como forma de reprimir e prevenir a conduta violadora de direitos, esclarecendo que a finalidade da individualização está em optar, dentre as

---

<sup>20</sup> Idem, § 284.

<sup>21</sup> Corte IDH. *Caso Furlan e Familiares vs. Argentina*. Sentença 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246 § 285.

penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade “à vista de sua necessidade de eficácia para ‘reprovação e prevenção do crime’.

Assim, diante da prática de um crime em que as vítimas sofrem violação a um direito tutelado (vida, propriedade, dignidade sexual, integridade física) se, ainda são atingidas no seu projeto de vida, deve o aplicador da lei considerar essa consequência do crime a justificar a majoração da pena-base bem como determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, com fulcro no art. 59 do Código Penal.

Consoante o dispositivo legal, o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Resposta penal adequada, proporcional e eficiente na proteção do bem jurídico, não pode deixar de considerar o dano ao projeto de vida da vítima direta e de seus familiares para fixar a pena do infrator, sob pena de incidir em injustiça para com os ofendidos, ensejando proteção deficiente do bem jurídico tutelado.

Ao se estabelecer a pena base de um delito, na aferição das consequências do crime, não pode o aplicador desconsiderar os efeitos e o alcance do direito violado aos parentes próximos da vítima direto, devendo se apurar também seus danos materiais e imateriais, especialmente em casos de graves violações de direitos humanos abrangidas pelos crimes de tortura, redução à condição análoga de escravo, lesão corporal grave, estupro e homicídio, dentre outros crimes que atacam a dignidade humana.

Isso porque esses delitos não geram consequências somente para a vítima direta, mas possui um espectro de lesividade a todo um contexto familiar na medida em que o núcleo social é afetado sobejamente diante de uma ofensa a um de seus membros.

Em crimes como o feminicídio, por exemplo, o assassinato da genitora, em caso de filhos menores em especial, causa efeitos deletérios no desenvolvimento e formação dessas crianças, fazendo com que elas, na maioria das vezes, abandonem projetos de vida para se adaptarem a nova realidade, muitas vezes com mudança de lar, escola, cursos, interrompe sonhos e realizações, de forma a afetar o mais íntimo do ser humano, a sua liberdade de determinar o seu plano de vida.

Essas consequências não podem passar ao largo do juiz na aplicação da pena, nem desse crime nem de outros que vilipendiam projetos de vida, da vítima direta e das vítimas indiretas,

devendo ser adotado o conceito de vítima trazido pela Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos as Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (ONU, 1985):

Entendem-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.<sup>22</sup>

O termo vítima para a Declaração ainda inclui, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.<sup>23</sup>

A definição de vítima para a Corte IDH compreende todas as pessoas que de alguma forma foram afetadas e sofreram consequências de determinada ação.<sup>24</sup>

Incorporar o dano ao projeto de vida ocorrido com a prática do delito, no momento da análise das circunstâncias judiciais preconizadas no art. 59 do Código Penal é crucial para o enfrentamento da impunidade e seus efeitos nocivos, devendo sempre ser observado o postulado da proporcionalidade na aplicação da pena justa e adequada, imprescindível para a sociedade e para a segurança jurídica.

Uma vez reconhecida a violação do projeto de vida como consequência do crime deve ser fixada a pena na proporção indicada pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, em 1/8 (um oitavo) da diferença entre a pena mínima e pena máxima prevista no preceito secundário da norma ou 1/6 da pena mínima:

Considerando o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência e passaram a reconhecer como critérios ideais para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, ou de 1/6, a incidir sobre a pena mínima.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Organização das Nações Unidas. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos as Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. 1985.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Mérito, reparações e custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, nº 149, §§ 156, 232 e 236; CORTE IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 20 de novembro de 2014, Série C, nº 289, § 296; CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, §§ 79, 107, 127, 173 e 235; Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. §§ 36, 238, 240 e 269.

<sup>25</sup> STJ. AgRg no HC n. 800.983/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 22/5/2023.



#### 4 DO DEVER DE RESSARCIR À VÍTIMA DO DANO AO PROJETO DE VIDA

Conforme preceitua Ulpiano e consta no Digesto de Justiniano: “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”, que tem como tradução: “Os preceitos dos direitos são estes: viver honestamente, **não lesar a outrem**, dar a cada um o que é seu.”

Dessa forma embrionária apresentada pelo direito romano evidencia-se o dever de não lesar o próximo e da obrigação de reparar o dano causado. Quando se trata de ato criminoso, essa obrigação de reparar é patente, especialmente sobrevivendo condenação criminal.

Tanto que o art. 91, I do Código Penal brasileiro dispõe ser efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pela infração, o que se conclui que o dano ao projeto de vida, caso reconhecido na ação penal, deve, da mesma maneira, ser reparado.

Essa reparação pode já ser firmada na sentença condenatória penal, uma vez que o art. 387, IV do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 11.719/2008, incluiu a possibilidade de fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para a reparação dos danos causados pelo crime, de forma a ser considerado os prejuízos sofridos pelo titular do direito violado.

Ocorre que o legislador processual penal, ao prever valor mínimo para a reparação dos danos, somente conferiu ao juiz criminal a competência para fixar parcela da reparação do prejuízo mínimo causado pela violação de direito, o que obriga, naturalmente, a vítima do dano ao projeto de vida buscar a reparação na esfera cível.

Isso porque em face do princípio do contraditório deverá o pedido de reparação do dano ser apostado na peça deflagradora da ação penal para que possa se estabelecer o contraditório referente ao valor a ser reparado e a comprovação do prejuízo efetivamente causado, o que levou a doutrina a concluir que o valor mínimo a ser fixado pelo juiz criminal referente ao dano causado pelo crime só pode ter natureza material uma vez que os danos morais e de outras natureza demandam arcabouço probatório próprio das indenizações de natureza cível.<sup>26</sup>

Em sendo assim, a vítima do dano ao projeto de vida pela prática de um crime, terá que valer-se de ação de responsabilidade civil para adequada reparação, oportunidade em que terá que perquirir a prova do dano ao projeto de vida e sua quantificação, uma vez que não há previsão legal na legislação doméstica para a reparação desse dano em específico, que possui natureza jurídica diversa do dano moral, aproximando-se de certa forma do dano emergente ou da perda de uma chance, sem se encaixar completamente nesses dois conceitos.

---

<sup>26</sup> FISCHER, Douglas; PACCELI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2020.

O dano emergente disciplinado no art. 402 do Código Civil representa aquilo que a vítima perdeu, importando na efetiva e imediata diminuição do seu patrimônio, portanto, a mensuração do dano emergente não enseja maiores dificuldades, ao contrário da apuração do *quantum* referente ao dano ao projeto de vida, que muitas vezes o prejuízo torna-se incalculável.

A perda de uma chance para estabelecer o dever de reparar parte-se de uma situação real, em que a vítima do evento danoso tinha a possibilidade de adotar certa conduta para obter determinado benefício, ou para evitar o prejuízo que venha a se materializar, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça,<sup>27 28</sup> que não se subsume à hipótese de dano ao projeto de vida, que prejudica a liberdade de existência da vítima.

Em que pese não se encaixar em nenhum dano previsto no ordenamento jurídico brasileiro, o projeto de vida, tal como a honra, o patrimônio ou quaisquer outros bens e direitos pessoais, quando violado, enseja o dever de indenizar, basta se averiguar se há ato ilícito, violação do bem jurídico e nexos causal. Na inteligência do Direito Civil brasileiro, aquele que, por ato ilícito, causar dano ao projeto de vida, fica obrigado a repará-lo.

O ato ilícito civil está previsto no art. 186 do Código Civil brasileiro e corresponde “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O art. 927 do mesmo Codex assevera que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Considerando que o art. 944 do Código Civil afirma no seu art. 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, deve-se quantificar *quantum* do dano pela extensão da ruptura dos planos pessoais, ensejando uma reparação autônoma, diversa da decorrente de dano moral.

Em que pese a dificuldade de se aferir e fixar o dano ao projeto de vida nos termos da legislação pátria, o dever de repará-lo é supralegal e representa proteção de direitos humanos provenientes de Convenção Internacional, o que leva a necessidade de um estudo mais aprofundado para elucidar o seu *quantum*, o que não pode ser obstáculo para sua fixação.

## 5 CONCLUSÃO

A partir do momento em que o Brasil reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para decidir definitivamente a interpretação e aplicação dos

<sup>27</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. *Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2022, p. 141.

<sup>28</sup> STJ Recurso Especial nº 788.459-BA, 2006.

direitos provenientes da Convenção Americana de Direitos Humanos, a sua jurisprudência não somente integra o ordenamento jurídico pátrio como também vincula o Estado e seus órgãos.

Considerando que a jurisprudência da Corte IDH reconhece de possível reparação o dano ao projeto de vida, que se consubstancia lesão que por sua transcendência, desloca o sentido existencial da pessoa e incide sobre a liberdade do sujeito a realizar-se segundo sua livre decisão, o projeto de vida é levado a patamar de direito humano que demanda uma tutela estatal.

Dessa forma, diante da prática de um crime, se a conduta infratora levar a vítima a prejudicar ou impedir a consecução do seu projeto de vida, essa circunstância constitui-se em consequência do crime para ensejar majoração da pena basilar a ser aplicada ao infrator à luz do art. 59 do Código Penal.

Além disso, comporta reparação cível para a vítima, a ser levado a cabo através da responsabilidade civil a ser declarada e quantificada pelo juízo cível.

A dificuldade proveniente em avaliar e quantificar essa reparação em sede de ação indenizatória não deve ser obstáculo a reparar os efeitos da conduta criminosa, que afetam sobejamente o mais íntimo do ser humano que é a consecução dos planos a determinar seu futuro.

## REFERÊNCIAS

CORTE I.D.H. Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

\_\_\_\_\_. Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

\_\_\_\_\_. Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No.42.

\_\_\_\_\_. Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

\_\_\_\_\_. Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.

\_\_\_\_\_. Villagrán Morales y otros (“niños de la calle”) Vs. Guatemala Sentencia de 19 de noviembre 1999. Serie C No. 63.

\_\_\_\_\_. Villagrán Morales y otros (“ niños de la calle”) Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77 v

\_\_\_\_\_. Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

\_\_\_\_\_. Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.

\_\_\_\_\_. Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

\_\_\_\_\_. Cabrera Garcia y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

\_\_\_\_\_. Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia 24 de febrero 2011. Serie C No. 221.

\_\_\_\_\_. Furlan y familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

- ISASA, Michel Echenique. *Estratégia do pensamento e projeto de vida*. Belo Horizonte: Nova Acrópole, 2001;
- FISCHER, Douglas; PACCELI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público*. 13ª ed. São Paulo: Forense, 2020.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Forense, 2020.
- \_\_\_\_\_; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público*. São Paulo: Forense, 2021
- OLIVEIRA, Kledson Dionysio. *Processo Penal Convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*. Belo Horizonte: D'Placido, 2022.
- PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina e; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Forense,
- TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. *Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2022
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

# EM QUE MEDIDA AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS PODEM (OU NÃO) CONTRIBUIR PARA QUE O SISTEMA DE JUSTIÇA ATENDA DE FORMA MAIS EFICIENTE ÀS NECESSIDADES DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?

*Cristina Schmitt Rosa<sup>1</sup>*

## RESUMO

A violência doméstica é um problema crônico e complexo que, a despeito de todos os avanços já conquistados, continua vitimando milhares de mulheres em todo o mundo, razão pela qual a busca por melhores e mais efetivas formas de enfrentamento é incessante. A análise crítica realizada neste trabalho aponta que a utilização de práticas restaurativas no contexto da violência doméstica tem potencial para atender às necessidades das vítimas desses crimes, promovendo o empoderamento das mulheres e a responsabilização dos agressores. No entanto, também são discutidos os desafios e riscos envolvidos, como a necessidade de garantir a segurança das vítimas e evitar a revitimização. Ademais, uma breve análise do programa austríaco de mediação vítima-ofensor permite compreender a sistemática utilizada naquele país que é apontado como paradigma de sucesso na aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica. Assim, a fusão de ensinamentos e experiências nessa temática nos conduz à percepção de que a justiça restaurativa pode, sim, servir ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, desde que respeitados critérios e regras procedimentais muito rigorosas, e sem nunca deixar de respeitar a vontade livre e consciente da vítima em participar e de priorizar a sua segurança física e psicológica. Ademais, a justiça restaurativa deve necessariamente estar interligada com a rede de proteção estatal, que, num contínuo ao processo restaurativo, deve disponibilizar, tanto à vítima como ao ofensor, programas de apoio psicossocial a longo prazo, com foco na superação da violência, a fim de obter resultados efetivos e duradouros.

**Palavras-chave:** vitimologia; violência doméstica; justiça restaurativa; sistema de justiça; direitos das vítimas.

## 1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica – entendida como violência entre parceiros íntimos – é um grave problema em todo o mundo. Faz vítimas de todas as etnias, religiões e classes sociais, em países mais e menos desenvolvidos.

Embora, na atualidade, as mulheres já tenham conquistado mais visibilidade e espaço em todas as frentes, e a mentalidade coletiva já tenha evoluído muito no sentido de não aceitar a violência entre parceiros íntimos e incentivar o fortalecimento e a independência feminina, fato é que ainda subsiste um desequilíbrio imenso em nossa sociedade. E, nas relações íntimas de afeto, milhares de mulheres continuam sendo vítimas de violência – física e psicológica – por parte dos seus parceiros.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Especialista em Direito Público pela Uniderp. Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: cristinasr@mprs.mp.br

A pesquisa a nível mundial tem demonstrado ao longo dos anos que a violência doméstica é extremamente comum e traz consequências nefastas profundas, como problemas de saúde física e reprodutiva, suicídio, depressão e stress pós-traumático, abuso de drogas e álcool, bem como interfere nos meios de subsistência, econômicos e políticos, além de trazer impactos negativos nos filhos (HAYDEN, 2012).

Por isso que a busca por melhores e mais efetivas formas de enfrentamento à violência entre parceiros íntimos continua sendo uma pauta global. E, nesse contexto, passou-se a considerar a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa a esses casos, já que esse modelo vem sendo adotado há muitos anos, com sucesso, por diversos países como uma alternativa ao sistema de justiça tradicional.

Metaestudos mostram que as intervenções de justiça restaurativa funcionam em geral e apresentam elevados índices de satisfação tanto das vítimas como dos infratores; além disso, a maioria das avaliações indica uma diminuição da reincidência, especialmente em casos mais graves (LÜNNEMANN; WOLTHUIS, 2015).

Segundo Zehr (2008), o paradigma restaurativo propõe uma “troca de lentes” da perspectiva retributiva para um enfoque que propõe considerar os interesses das partes e a construção conjunta de soluções a seus problemas a partir de seus anseios. Sustenta o autor que, nos casos de violência conjugal, a verdadeira justiça não acontecerá a não ser que as pessoas e relacionamentos sejam transformados em algo saudável de modo que a violência não seja recorrente.

De fato, as vítimas de violência doméstica, ao procurarem a polícia ou o sistema de justiça, buscam também apoio para por fim ao ciclo de violência; no entanto, o sistema penal nem sempre proporciona a proteção necessária às mulheres, especialmente àquelas que são mais vulneráveis (DROST et al., 2015).

As práticas restaurativas, nesta conjuntura, emergem como uma possibilidade de se desenvolver novas estratégias de enfrentamento e prevenção que se apresentem mais conformes aos reais interesses e demandas das vítimas (MEDEIROS; SILVA NETO, 2019). Isso porque oportunizam à mulher um espaço de fala, permitindo a melhor compreensão da situação e das suas necessidades no caso concreto, bem como uma responsabilização mais sincera por parte do autor da violência (ÁVILA, 2020). Consequentemente, podem ser alcançadas soluções práticas para os problemas relacionados ao conflito conjugal, como, por exemplo, a divisão de bens e visitas de filhos, ou, quando eventualmente a mulher decidir manter a relação, essa nova metodologia pode fornecer ferramentas para fazer cessar a violência (ÁVILA, 2020).

Porém, a utilização da justiça restaurativa nesses casos é questão deveras polêmica, tendo em vista que a violência conjugal envolve questões muito sensíveis e complexas, que fazem com que esse tipo de criminalidade seja muito específica.

Diante desse contexto, o objetivo do presente artigo é refletir se a utilização de práticas restaurativas poderá contribuir para que o sistema de justiça atenda de forma mais eficiente às necessidades das vítimas de violência doméstica.

Para tanto, serão abordados os argumentos contrários e favoráveis, a fim de identificar as características necessárias a um modelo capaz de contribuir para a segurança e o empoderamento das mulheres vitimadas por seus parceiros íntimos. Ao final, será feita uma breve análise do programa de mediação vítima-ofensor adotado na Áustria, que é considerado um paradigma de sucesso na aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica.

## **2 PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

Drost et al. (2015) apontam três diferenças substanciais entre os crimes que envolvem parceiros íntimos e os demais, a começar pelo fato de estes, em geral, serem praticados por autores desconhecidos, ao passo que aqueles consistem em um processo contínuo entre duas pessoas que vivem ou viveram juntas e, muitas vezes, têm filhos em comum. Segundo, os principais objetivos da justiça restaurativa nos crimes “comuns” são a reparação do dano causado, a retribuição e a reabilitação da comunidade; já na violência doméstica, a prioridade é acabar com a violência e, quando há crianças envolvidas, acordar, por exemplo, sobre sua guarda e convivência segura. Por fim, ressaltam que, nos casos de violência entre parceiros íntimos, deve haver atenção explícita sobre como lidar com o desequilíbrio de poder no relacionamento, o que não se verifica de forma tão evidente em outros crimes.

A par dessas distinções, muitas críticas são lançadas à aplicação da justiça restaurativa nessa seara, sobretudo advindas dos movimentos feministas. Isso porque uma das suas principais conquistas foi justamente tornar esses crimes “públicos”, reclamando a intervenção do Estado para a proteção das mulheres.

Com efeito, a cultura dominante sempre fora de que a violência entre parceiros seria assunto privado e que não deveria haver interferência de terceiros. E, assim, muitas vítimas sofriam silenciosamente sem que alguém lhes estendesse a mão para ajudá-las a sair desse ciclo de violência.

Hoje, graças à luta incessante das mulheres engajadas nessa causa, evoluiu-se muito, tanto em termos de conscientização coletiva, como no tratamento formal a ser dado a esses crimes, que exigem a firme e repressiva ação estatal para frear a escalada de violência e proteger as vítimas. Por isso, causa-lhes imensa preocupação o fato de as práticas restaurativas, justamente por buscarem a solução através do diálogo entre os envolvidos no conflito, implicar em um

dramático e indesejado retrocesso, uma “reprivatização” da violência doméstica, que tanto se lutou para tornar pública.

Ávila (2020) ressalta que o ponto polêmico das propostas restaurativas é precisamente a sessão de mediação entre o autor da agressão e a vítima. Esta pode ter o objetivo de discutir a violência buscando efeitos “terapêuticos”, nos casos em que a mulher, apesar da agressão, decide manter a relação e não se trata de caso de violência crônica, ou de discutir a solução de problemas cíveis de família subjacentes ao conflito, quando o casal já está separado.

Esse encontro é muito criticado porque pode levar à revitimização das mulheres, por inúmeras razões. Primeiro, porque, na grande maioria dos casos, as partes advêm de um relacionamento com elevado desequilíbrio de poder entre elas, de modo que há forte tendência de o processo ser manipulado pelo infrator. E, assim, repete-se, na prática restaurativa, o padrão que seguiam durante a convivência conjugal: a vítima não tem liberdade para seguir seus interesses, pois tem medo de discordar do seu parceiro. Acaba sentindo-se pressionada a participar ativamente do processo e a concordar com determinado resultado porque acredita que é suposto fazê-lo, o que vai totalmente de encontro com um dos princípios basilares da justiça restaurativa, a *voluntariedade*.

Essa preocupação é ainda reforçada porque se sabe que, muitas vezes – em especial nos casos de violência psicológica –, essa desigualdade de poder entre os companheiros é invisível, e pode não ser percebida durante o processo, o que significa um risco acrescido para a vítima (DROST et al., 2015).

Nesse contexto, coloca-se em cheque a possibilidade de se chegar a uma resposta que efetivamente satisfaça as necessidades da mulher, especialmente quando ela está em uma posição de vulnerabilidade decorrente da violência.

Além disso, o resultado esperado no processo restaurativo é o reconhecimento do erro e a reparação do dano, mas essa não é a prioridade das vítimas de violência doméstica. O principal anseio ao procurar o sistema de justiça é a sua *segurança*: ter liberdade de ir e vir sem ser perseguida, humilhada, ameaçada, agredida.

Ávila (2020) alerta que, em um cenário de evidente desigualdade de poder entre agressor e vítima, a mediação acabaria por cancelar novas formas de violências contra as mulheres. Ainda, contextos nos quais interagem marcadores de discriminação, como raça, classe social, deficiência, idade e outros, poderiam agravar ainda mais esse risco de revitimização, atuando a justiça restaurativa como um possível fator de reforço de tais marcadores de exclusão.

Como consabido, o pedido de desculpas do agressor pode não ser um ato genuíno de quem reconhece e se arrepende dos seus atos. Em geral, ele faz parte de um padrão de comportamento que ocorre em muitos casos de violência doméstica contra a mulher, denominado “ciclo de vio-



lência”. Este inicia pela fase de acumulação de tensão, na qual o relacionamento é marcado por conflitos crescentes, até atingir o ponto crítico que culmina na prática da violência, que pode incluir abuso físico, emocional ou sexual. Após o incidente violento, normalmente o agressor tenta se desculpar e mostrar arrependimento, é a chamada fase de “lua de mel”, porque cria uma ilusão de normalidade no relacionamento e leva a vítima a acreditar que a situação melhorará. Porém, é muito comum que o ciclo reinicie depois de um curto período de calma, inclusive com atos violentos de maior gravidade, tornando-se um padrão difícil de quebrar para a vítima, o que a coloca em uma situação de extrema vulnerabilidade e risco.

E é precisamente essa a preocupação central dos especialistas: que a adoção desse procedimento mais informal e “suave” não seja capaz de garantir a segurança das mulheres vítimas de violência doméstica.

A mensagem aos infratores deve ser clara: a violência, também dentro de um relacionamento, é crime, não apenas no sentido jurídico, mas também por atacar normas e valores sociais (DROST et al., 2015). O que os críticos argumentam é que, em um ambiente de mediação, essa afirmação pode não ser transmitida ao agressor de forma tão firme e eficiente como quando parte de um juiz ou promotor durante o processo judicial. Consequentemente, há uma tendência a minimizar o comportamento agressivo, o que deixa o infrator em uma situação confortável para continuar negando a sua responsabilidade, já que considera seus atos justificados e não os reconhece como abusivos, e faz com que a culpa pelo ocorrido recaia sobre a vítima.

Por fim, condena-se a capacidade de a justiça restaurativa efetivamente “tratar” do problema da violência doméstica, na medida em que se limita a uma intervenção única ou, no máximo, de curto prazo, ao passo que resultados efetivos nessa seara só são alcançados através de uma atuação multidisciplinar de longa duração.

Todos esses argumentos contrários à aplicação das práticas restaurativas aos crimes de violência doméstica são extremamente relevantes, porque, de fato, não se pode permitir que haja retrocessos após tantas conquistas alcançadas no enfrentamento dessa criminalidade tão complexa, que viola os direitos humanos mais fundamentais das mulheres. Mas também não se pode perder de vista que o modelo “tradicional” hoje existente não é capaz de atender às necessidades das vítimas de violência entre parceiros íntimos, pelo que avanços significativos ainda se mostram necessários.

Nesse contexto, DROST et al. (2015) ponderam que muitos desses argumentos vistos, contrários à utilização da mediação em sede de violência entre parceiros íntimos, atribuem qualidades especiais ao sistema formal de justiça criminal que nem sempre são alcançadas na prática. Além disso, a maioria leva em consideração o “terrorismo íntimo”, que é bem diferente da “violência situacional entre casais”. Segundo Lünemann e Wolthuis (2015), o primeiro,

também denominado controle coercivo, refere-se a atos violentos recorrentes e crescentes em combinação com o exercício de poder e controle, em que a vítima vive isolada e com medo permanente. Por sua vez, a segunda é frequentemente incidental (mas também pode ser recorrente) e está geralmente relacionada a problemas situacionais como (ab)uso de álcool e drogas, desemprego ou um acontecimento grave na vida. É uma distinção importante a ser feita porque envolve contextos muito diferentes e, portanto, formas de enfrentamento diversas.

Além disso, Medeiros e Silva Neto (2019) alertam para a confusão conceitual que paira no senso comum, e até mesmo entre especialistas da área, no que diz respeito à mediação e à justiça restaurativa, visto que a não muito clara diferenciação entre estas duas categorias conceituais tem levado frequentemente a se considerar perigosa a promoção de encontros entre vítimas e ofensores quando estamos lidando com agressões que se dão no âmbito doméstico e familiar.

A este respeito, é importante lembrar a lição de Zehr (2015), que acentua como um traço diferenciador das práticas restaurativas o fato de vítima e ofensor não se apresentarem no processo em papéis indiferenciados e numa condição de paridade, senão ao contrário, em papéis distintos e claramente delimitados, assim como em uma condição evidentemente disparitária, haja vista que uma se apresenta na condição de vítima/receptora da ofensa, e o outro, no papel de ofensor/autor do ato danoso. Por via de consequência desta delimitação prévia de posições, em um processo restaurativo, os participantes são estimulados a construir encaminhamentos e planos de ação que, em primeiro lugar e acima de tudo, buscam atender às necessidades da vítima, propiciando-lhe, na medida do possível, uma experiência de reparação (ainda que muitas vezes simbólica, sobretudo quando uma reparação material não é possível ou suficiente para processar a questão). Por outro lado, a prática restaurativa deve incentivar o ofensor a apresentar respostas concretas e efetivas às consequências nefastas do ato danoso, tanto diretas quanto indiretas, de modo que se torne responsável pelos resultados de sua ação, corrigindo aquilo que pode ser corrigido, restaurando o que pode ser restaurado, mitigando os efeitos do que não é possível retornar ao estado anterior, assim como assumindo compromissos com a transformação dos fatores que motivaram o comportamento lesivo (MEDEIROS; SILVA NETO, 2019).

Destarte, a par das críticas, muitos autores trazem importantes argumentos favoráveis à aplicação da justiça restaurativa aos casos de violência doméstica. E o principal deles é o fato de ela ser focada na vítima e, assim, permitir que as suas necessidades sejam atendidas ao longo do processo, o que é justamente um dos principais desafios do sistema de justiça criminal na atualidade.

O primeiro ponto que precisa ficar muito claro é que o objetivo das práticas restaurativas no âmbito da violência doméstica evidentemente não é promover o perdão e a reconciliação entre vítima e ofensor; ao revés disso, visa-se enfrentar a situação de risco e vulnerabilidade em que

se encontra a mulher, envidando-se esforços para se evitar a revitimização e a ocorrência de agravos, bem como se buscando a responsabilização do agressor e a transformação dos fatores que motivaram a agressão, tais como a visão androcêntrica que legitima e justifica a dominação masculina e o conjunto das racionalizações que lhe são correspondentes, acabando por estimular atos agressivos em decorrência de fatores de gênero (MEDEIROS; SILVA NETO, 2019).

Nessa medida, as práticas restaurativas oferecem às mulheres a oportunidade de participar, dão-lhes voz para partilharem o que vivenciaram e, talvez até pela primeira vez, serem ouvidas pelo agressor e, assim, obter um empoderamento que visa compensar os desequilíbrios existentes (DROST et al., 2015).

A partir desse fortalecimento, a vítima poderá, com autonomia, tomar decisões sobre o que quer para o seu futuro. Se optar pela separação ou divórcio, receberá o respaldo externo de que suas reivindicações são legítimas; por outro lado, se decidir continuar com o parceiro, os técnicos auxiliarão o casal a superar a situação de violência, com a compreensão de que esta não deve ser admitida e, por isso, não poderá mais se repetir, a fim de que haja um relacionamento saudável entre ambos (DROST et al., 2015).

E, ao contrário do que os críticos apontam, várias medidas de segurança podem – e devem – ser acordadas durante as práticas restaurativas e haverá posterior monitoramento e supervisão pelos profissionais, de modo que as vítimas não fiquem desamparadas e sem sua segurança garantida.

Para que todos esses benefícios da justiça restaurativa sejam exequíveis, é necessário que os mediadores sejam profissionais altamente treinados e capacitados para ocuparem esse papel, com a sensibilidade necessária para intervir tão logo identificado o desequilíbrio de poder entre as partes durante o processo. Isso possibilita a criação de um ambiente comunicativo e respeitoso, em que os infratores ouçam os sentimentos das vítimas, assumam a responsabilidade pelo seu comportamento, sem culpá-las pelo ocorrido, ofereçam reparação pelas suas ações e internalizem que não devem voltar a praticar atos violentos no futuro (DROST et al., 2015).

Em conclusão, Drost et al. (2015) sustentam que, ao olharmos para essa discussão entre aqueles que defendem e os que são contrários à justiça restaurativa na violência doméstica, vemos que, embora enfatizem argumentos diferentes, eles têm dois propósitos em comum: ambos visam empoderar/restaurar vítimas de violência entre parceiros íntimos e prevenir a reincidência dos infratores.

Assim, afirmam que os profissionais da justiça restaurativa podem aprender com as críticas feministas sobre as consequências da vitimização e os perigos de um processo restaurativo inadequado às especificidades intrínsecas à violência de gênero; e, por outro lado, as feministas – que compreendem bem os limites do processo penal – podem aprender com os profissionais da

justiça restaurativa como expandir as opções para as vítimas de violência doméstica (DROST et al., 2015).

### **3 CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA UM MODELO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA QUE ATENDA ÀS NECESSIDADES DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

É justamente essa fusão de ensinamentos e experiências que nos leva à percepção de que a justiça restaurativa pode, sim, servir ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, mas desde que respeitados critérios e regras procedimentais muito rigorosas. Dá-se, assim, às vítimas a oportunidade de se beneficiem das inúmeras vantagens já listadas que a prática restaurativa pode lhes proporcionar, sem nunca deixar de respeitar a sua vontade livre e consciente de participação e de priorizar a sua segurança física e psicológica.

Para tanto, é necessário que haja critérios rigorosíssimos de seleção dos casos que podem ser submetidos à justiça restaurativa, já que não são todas as situações, nem todas as pessoas que têm condições de passar por esse processo de forma saudável e segura. Nessa triagem, devem ser avaliados não apenas o(s) episódio(s) de violência que desencadearam o processo, mas também todas as circunstâncias que permeiam a história do casal. Além disso, deve-se ter especial atenção à efetiva capacidade de diálogo da mulher em razão da sua vulnerabilidade no caso concreto, ao risco de invisibilidade do controle coercitivo subjacente à violência psicológica e à necessidade de proteger de forma eficiente a mulher em situação de violência doméstica (ÁVILA, 2020).

Não se podem perder de vista aspectos relacionados à diversidade das vítimas de violência doméstica, como raça, classe social, idade, orientação sexual, identidade de gênero e aspectos socioculturais de comunidades específicas (ÁVILA, 2020). Outrossim, faz-se necessário distinguir o controle coercivo (terrorismo íntimo) da violência situacional entre casais, na medida em que, no primeiro caso, o procedimento restaurativo traz um risco acrescido para sustentar a relação (DROST et al., 2015).

De qualquer forma, há perigos inerentes a todas as modalidades de violência entre parceiros, de modo que os profissionais devem estar sempre conscientes dos riscos e avaliar com muita atenção o comportamento controlador e os níveis de agressão que tornem o processo não recomendável. Ávila (2020) ressalta, ainda, a importância de o facilitador constantemente aferir a pertinência do processo e declinar seu prosseguimento por razões de segurança da vítima.

É, pois, imprescindível que haja pré-requisitos de certificação dos profissionais que trabalhem com essa matéria, exigindo-se formação especializada em violência doméstica, além de constante aperfeiçoamento, a fim de que tenham condições de lidar de forma adequada com a

complexidade desses casos, que exigem sensibilidade e expertise diferenciadas em relação às mediações de outros crimes. Também é essencial sua capacitação em relações de gênero, de forma a não se endossar institucionalmente visões estereotipadas e sexistas de papéis, revitimizando as mulheres (ÁVILA, 2020).

Eventuais acordos sobre temas cíveis entabulados ao longo do processo devem passar pelo escrutínio do juiz, de forma a evitar que a desproporção de poderes induza a mulher a acordos que lhe sejam prejudiciais, o que significa que o facilitador não pode ser inerte, mas deve reequilibrar a relação de poder (ÁVILA, 2020).

Outra importante premissa a ser observada é o fato de que cabe à vítima optar pela justiça restaurativa e deve ficar muito claro que ela adere ao processo de forma voluntária e pode desistir quando quiser, isto é, tem o controle sobre o processo e este deve ser seguro para ela, não deve incomodá-la ou colocá-la em perigo (DROST et al., 2015). Ademais, precisa ser avaliado o melhor momento de realização do processo restaurativo, levando em consideração a especial condição da mulher em situação de violência doméstica; por exemplo, não é aconselhável a sua execução em momentos de vulnerabilidade emocional ou econômica da vítima (ÁVILA, 2020).

Em casos de violências graves, é indubitável a necessidade de intervenções que retirem o agressor da convivência social, como forma de proteger as vítimas de comportamentos potencialmente lesivos, mas, mesmo nestes casos, práticas restaurativas podem ser utilizadas como recursos paralelos voltados à reparação das vítimas e à responsabilização ativa dos ofensores (MEDEIROS; SILVA NETO, 2019).

É fundamental que as medidas de segurança façam parte do resultado da mediação entre ofendida e ofensor, pois, em muitos casos, apenas as medidas de coerção são capazes de proteger eficazmente a mulher. Por isso, deve haver mecanismos eficazes de monitoramento do cumprimento dessas medidas e da segurança das vítimas.

Nesse contexto, a justiça restaurativa não pode ser uma intervenção pontual e isolada, mas sim, deve necessariamente estar interligada com a rede de proteção estatal, que, num contínuo ao processo restaurativo, deve disponibilizar, tanto à vítima como ao ofensor, programas de apoio psicossocial a longo prazo, com foco na superação da violência. Somente assim será possível obter resultados efetivos e duradouros na vida dessas pessoas.

Tecidas todas essas considerações, conclui-se que a implementação da justiça restaurativa no contexto da violência doméstica sem a devida compreensão da complexidade das relações de gênero, sem uma visão centrada na vítima, sem considerar o interesse público na responsabilização do agressor, sem fortes garantias de proteção à mulher, e sem diálogo com os movimentos de mulheres, grupos de pesquisa feministas e profissionais psicossociais especializados na temática de violência contra a mulher, certamente se constituirá em indesejável e inaceitável fonte de novas violências institucionais (ÁVILA, 2020).

Portanto, é fundamental que haja diretrizes específicas do processo restaurativo em contexto de violência entre parceiros íntimos, com mecanismos para se contornar a desigualdade na relação de poder. Cumpridas essas premissas, a justiça restaurativa pode configurar um importante instrumento no enfrentamento da violência doméstica e familiar, possibilitando a responsabilização ativa dos agressores e, ao mesmo tempo, o empoderamento da vítima, na medida em que lhe concede a dignidade de ser ouvida e de participar ativamente junto ao agressor para minimização dos danos a si causados.

#### **4. O PROGRAMA AUSTRIACO DE MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR: UM PARADIGMA DE SUCESSO NA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

Na Europa, há diversos países que têm utilizado – em maior e menor grau – formas de justiça restaurativa em crimes de violência entre parceiros íntimos. O projeto denominado *Justiça Restaurativa em Casos de Violência Doméstica – Exemplos das Melhores Práticas para Aumentar a Compreensão Mútua e a Conscientização sobre as Necessidades de Proteção*<sup>2</sup>, financiado pela Comissão Europeia e coordenado pelo Instituto *Verwey-Jonker*, tem por finalidade preencher lacunas de investigação e reunir o conhecimento existente sobre a utilização dessas práticas. Os seis países colaboradores são Áustria, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Países Baixos e Reino Unido, embora este instrumento ainda não esteja bem estabelecido em todos eles.

A partir do exame comparativo desses programas, realizado por Bachinger e Pelikan (2015), verificou-se que as práticas restaurativas austríacas são as que mais se conformam às premissas analisadas anteriormente. Esse modelo é considerado um paradigma de sucesso na aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica, principalmente porque está sustentado em exaustivas avaliações e monitoramentos dos resultados coletados durante décadas de experimentação, com o intuito de afastar e corrigir os riscos e perigos que a prática possa apresentar aos seus participantes – em especial, à vítima (PELIKAN, 2002).

A Áustria teve o seu projeto-piloto ainda nos anos 1980, e, desde então, vem utilizando as técnicas da mediação vítima-ofensor em milhares de casos envolvendo violência entre parceiros íntimos todos os anos. Foram realizadas análises empíricas no ano de 1999 e repetidas em 2010, valendo-se de metodologias qualitativas e quantitativas, cujas conclusões apontaram, como resultados diretos do programa, o empoderamento das participantes e a redução dos índices de violência. Com relação ao primeiro aspecto, dos que não haviam experimentado mais

---

<sup>2</sup> Tradução livre de “Cases of Domestic Violence, Best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs”

violência de seu (ex-)parceiro, 80% afirmaram que a mediação vítima-ofensor havia contribuído para esse efeito – em 40% desses casos, até mesmo em grande medida (PELIKAN, 2010).

Bachinger e Pelikan (2015) relembra que, no princípio, também houve críticas massivas à aplicação das práticas restaurativas a casos de violência doméstica, advindas majoritariamente dos movimentos das mulheres, inclusive com tentativas de editar legislação proibindo explicitamente o encaminhamento desses casos à mediação vítima-ofensor. Porém, com o passar dos anos, os profissionais passaram a desenvolver uma metodologia específica para lidar com esses casos, bem como vias de cooperação entre os centros de mediação e os centros de proteção contra a violência doméstica, que funcionam muito bem para o benefício das vítimas. Ou seja, os que antes eram críticos dessa sistemática, hoje são os mais importantes parceiros dos mediadores.

Na prática, vê-se que os assistentes sociais desses centros muitas vezes aconselham as mulheres relativamente à sua participação na mediação e, posteriormente, a acompanham e participam ativamente no processo de mediação. Da mesma forma, os mediadores, ao contatarem uma vítima de violência conjugal, aconselham-na a procurar apoio do centro, especialmente se a mulher, durante a primeira conversa individual, declarar que prefere prosseguir com o processo judicial. Já nos casos mais graves, quando percebem um perigo imediato de violência, eles fazem o encaminhamento da vítima para o abrigo mais próximo (BACHINGER; PELIKAN, 2015). Ou seja, formou-se uma grande teia de proteção à mulher, por meio da cooperação e parceria entre os profissionais que atuam na justiça restaurativa e as diversas instituições de apoio.

Com relação à metodologia adotada, a principal característica consiste na utilização da configuração de “duplas mistas”<sup>3</sup>, que envolve dois mediadores (um homem e uma mulher) que trabalham juntos usando o dispositivo “espelho de histórias” (BACHINGER; PELIKAN, 2015). Este acontece quando as partes, geralmente uma vítima mulher e um agressor masculino, reúnem-se com os respectivos mediadores em conversas individuais separadas que, por vezes, ocorrem simultaneamente, mas em salas diferentes da instituição. A vontade e a preparação da vítima (e do agressor) para se encontrarem e estarem juntos no mesmo local devem ser muito bem avaliadas durante este contato preliminar.

Apenas depois dessa análise prévia de todas as circunstâncias, em especial a elegibilidade e as relações de poder, é que se passa à sessão de mediação. Nesta, os mediadores ficam frente a frente, enquanto que as partes permanecem também de lados opostos, cada um sentado próximo ao seu mediador.

Então, os mediadores contam um ao outro o que ouviram durante as conversas privadas anteriores: a história do relacionamento, do sofrimento à violência e do agir de forma violenta,

---

<sup>3</sup> Tradução livre de “*mixed-double*” *setting*.

ameaçar, bater, restringir a liberdade do outro (BACHINGER; PELIKAN, 2015). Dessa forma, eles espelham as histórias que lhes foram contadas e apresentam esses espelhos um ao outro. As partes devem ouvir sem interferir e, somente depois, têm a oportunidade de comentar, corrigir e modificar a interpretação da sua própria história feita pelo mediador. Esse é também o início da troca direta entre os parceiros, sobre as suas percepções e as suas expectativas.

Os mediadores podem interromper a conversa sempre que considerarem aconselhável, para uma chamada “reflexão em grupo”. Diante dos parceiros, os dois mediadores, então, compartilham suas ideias, suas apreensões e sentimentos sobre o processo em curso, incluindo suposições, dúvidas e palpites sobre o estado de espírito, os medos e as tensões entre os parceiros, e sobre as suas possibilidades de chegar a um acordo e cumpri-lo (BACHINGER; PELIKAN, 2015).

Assim, o “espelho de histórias” consiste em um modelo bastante sofisticado e elaborado, que visa colocar em prática os dois princípios mais importantes da mediação: reconhecimento e empoderamento (BACHINGER; PELIKAN, 2015). E isso acontece através do mediador contando a história de uma das partes à outra. Embora seja a mesma história que foi contada pela ofendida, há uma nova perspectiva, que permite à vítima perceber a sua experiência e a sua história de uma forma nova, mais distanciada, mas muitas vezes também mais dramática. A história ganha novos contornos e nova força. É um efeito de distanciamento ou alienação que ocorre e resulta nessa experiência de reconhecimento: ser reconhecido por uma terceira pessoa e, então, por si mesmo e, talvez, então, também pelo (ex)parceiro. Reconhecer a si mesmo ajuda a ganhar um terreno seguro, que é a condição prévia para o empoderamento.

Experimentar esse fortalecimento pode levar primeiro a expressar as próprias necessidades e demandas com mais clareza e, finalmente, a estender a compreensão ao outro e a chegar a um acordo (BACHINGER; PELIKAN, 2015).

Por sua vez, o agressor tem a oportunidade de ouvir, de um terceiro, o impacto de suas ações na vítima, muitas vezes de uma maneira que não havia sido plenamente compreendida anteriormente. Isso o leva a refletir sobre seu comportamento e a reconhecer a gravidade de seus atos, passos importantes para assumir a responsabilidade por suas ações e buscar mudanças.

Dessa forma, o “espelho de histórias” contribui para o processo de cura das vítimas e para a prevenção da violência futura.

O modelo centra-se na fase de preparação para proteger a segurança da vítima, através de um procedimento de admissão minucioso e de reuniões preparatórias, bem como de uma ferramenta de avaliação de risco utilizada pelos facilitadores para analisar a elegibilidade de um caso específico. E, depois de realizada a sessão de mediação, há um período de observação ou de acompanhamento dos acordos de resultados.



Outro aspecto muito positivo que merece ser destacado no modelo austríaco diz respeito ao profissionalismo dos mediadores que aplicam as práticas restaurativas na violência doméstica. Eles são assistentes sociais, advogados ou psicólogos com formação e treinamento específicos nessa matéria, incluindo métodos especiais para esses casos e conhecimentos sobre a dinâmica da violência entre parceiros íntimos. O currículo interno obrigatório abrange 212 unidades de instrução teórica e exige a experiência prática de 36 sessões de mediação entre vítima-ofensor (DROST et al., 2015).

Além disso, é facultado, tanto às vítimas como aos infratores, que tragam uma pessoa de apoio para as reuniões de mediação, que podem ser amigos e familiares ou advogados, representantes de associações de mulheres ou ONGs.

Por fim, a assistência das instituições de apoio à vítima também é fundamental para salvar os direitos desta durante o processo de mediação. Como já visto, essa articulação da justiça restaurativa com a rede de proteção à mulher, que se encontra muito bem implementada na Áustria, tem capacidade de, de fato, atender a todas as necessidades das vítimas e, assim, permitir que ela supere a situação de violência e siga sua vida com mais segurança, autonomia e felicidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização de práticas restaurativas no contexto da violência doméstica é um tema muito polêmico e todas as críticas são relevantes e devem ser levadas em consideração para que se possa, através da troca de experiências com os diversos grupos que se empenham na defesa das mulheres vítimas de violência, chegar a um modelo que, de fato, atenda as suas necessidades. É preciso, ainda, que se continuem realizando estudos para aprofundar o conhecimento sobre a aplicação da justiça restaurativa nessa seara e avaliar continuamente os seus impactos.

Há, pois, um longo caminho a ser percorrido e muitos desafios a serem superados. Mas as experiências de outros países, como a Áustria, que há muitos anos vem aplicando, com sucesso, as práticas restaurativas aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitem perceber sua contribuição significativa na superação da relação de violência e melhoria das condições de vida das vítimas.

Isso ocorre precipuamente porque a justiça restaurativa tem como foco principal a *vítima*, e, conseqüentemente, propiciar que suas necessidades sejam atendidas ao longo do processo. E é justamente esse um dos principais desafios do sistema de justiça criminal na atualidade: garantir a proteção aos direitos das ofendidas.

Com efeito, no procedimento restaurativo, ao compartilharem suas histórias em um ambiente seguro e de apoio, elas se sentem ouvidas, validadas e fortalecidas, o que contribui para que recuperem o controle sobre sua narrativa e reconstruam sua autoestima e confiança.

Mas, para tanto, é fundamental que sejam asseguradas a autonomia da mulher para decidir sobre a sua participação e a sua segurança – física e psicológica – ao longo de todo o procedimento. A formação especializada de profissionais, a criação de protocolos específicos e a parceria com outras instituições também são essenciais para o sucesso dessa iniciativa.

Assim, conclui-se que as práticas restaurativas, quando aplicadas com cuidado rigoroso e sob condições específicas, podem ser uma ferramenta valiosa para o empoderamento das vítimas de violência doméstica e a responsabilização dos agressores. No entanto, é imprescindível que se reconheça a complexidade desses crimes e a necessidade de uma abordagem multidisciplinar que garanta a segurança das vítimas e a efetividade do processo.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, T. P. de. Justiça restaurativa e violência doméstica: Contribuição ao refinamento das garantias processuais de proteção às mulheres. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS*, 15(2), 2020.

AZEVEDO, R. G. de; SANTOS, M. K. B. dos. Justiça restaurativa em crimes de violência doméstica contra as mulheres: limites e desafios das experiências brasileiras. *JURIS POIESIS*, 2021.

BACHINGER, L. M.; PELIKAN, C. Victims' experiences in victim–offender mediation in Austria: The 'real' story. *Victims and restorative justice*, p. 83-106. Routledge, 2015.

Barbeiro, A. Vitimação Institucional. In: NUNES, L.M.; SANI, A. (Org.). *Manual de Criminologia e Vitimologia*, p. 103-109. Pactor, 2021.

CAMPOS, C.; OLIVEIRA, C. Justiça Restaurativa e Violência Doméstica no Brasil: problemas e desafios para sua implementação. In: MATOS, T.; SANTANA, S. P. de (Coord.). *Justiça restaurativa e violência doméstica: uma relação possível*, 1. ed., p. 235-256. D'Plácido, 2022.

DROST, L., HALLER, B., HOFINGER, V., VAN DER KOOIJ, T., LÜNNEMANN, K.; WOLTHUIS, A. *Restorative justice in cases of domestic violence: Best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs*, 2015.

HAYDEN, A. Safety issues associated with using restorative justice for intimate partner violence. *Women's Studies Journal*, v. 26, n. 2, p. 4-16, 2012.

LÜNNEMANN, K.; WOLTHUIS, A. *Restorative justice in cases of domestic violence: Best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs*, 2015.

MEDEIROS, J. G. P.; SILVA NETO, N. M. da. Justiça Restaurativa: Um Caminho para o Enfrentamento e a Prevenção da Violência Doméstica/Familiar Contra a Mulher no Estado do Pará. *Revista Ciências da Sociedade*, v. 3, n. 6, p. 151-172, 2019.

PELIKAN, C. Victim-offender-mediation in domestic violence cases: a comparison of the effects of criminal law intervention: the penal process and mediation. doing qualitative research. *Forum: Qualitative Social Research, Berlin*, v. 3, n. 1, p. 1-21, 2002.

PELIKAN, C. On the Efficacy of Victim-Offender-Mediation in Cases of Partnership Violence in Austria, or: Men Don't Get Better, But Women Get Stronger: Is it Still True?. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 16. p. 49-67, 2010.

ZEHR, H. *Trocando as Lentes – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça*, trad. Tônia Van Acker . São Paulo, Palas Athenas, 2008.

ZEHR, H. *The Little Book of Restorative Justice*, 2 ed. Good Books, 2015.

# ENCARCERAMENTO EM MASSA OU CRIMINALIDADE EM MASSA – FATOS, DIREITO E REALIDADE<sup>1</sup>

*Diego Gomes Castilho<sup>2</sup>*

## RESUMO

O artigo almeja cotejar, com dados estatísticos, os números da criminalidade no Brasil, comparando-os ao quantitativo de prisões, sejam elas cautelares ou definitivas, para ao final, baseado unicamente em termos matemáticos, responder a equação: Tamanho criminalidade >, < ou = número de pessoas encarceradas

**Palavras-chave:** Encarceramento em massa. Criminalidade em massa.

**SUMÁRIO:** 1-Introdução. 2- A criminalidade no Brasil de forma nua e crua: a) crimes contra a vida; b) crimes patrimoniais; c) crimes contra a liberdade sexual e violência doméstica; d) crimes de posse e porte de armas de fogo; e) tráfico de drogas. 3 – A prisão no Brasil e seus requisitos legais: a) Das prisões cautelares; b) Das prisões oriundas de sentença condenatória. 4 – Raio X do sistema prisional. 5 - Considerações finais.

## 1 INTRODUÇÃO

Recentemente fomos convidados para ministrar aulas sobre segurança pública, em um curso de pós-graduação no Estado do Espírito Santo. Entre as diferentes ementas do tópico principal, uma nos chamou bastante atenção, “a política de encarceramento em massa no Brasil”.

Após breve pesquisa, achamos um sem-fim de excelentes livros e artigos acadêmicos, de sociólogos à juristas de escol, defendendo com extrema competência e profundidade a existência do encarceramento em massa em nosso país, através da ideia central de que prendemos muito e mal, bem como que seríamos um dos líderes mundiais, em números absolutos, de pessoas privadas de liberdade.

Neste ponto somos obrigados a admitir, o tema não nos despertou somente curiosidade, mas também perplexidade, afinal em quase dezoito anos atuando como Promotor de Justiça criminal, a práxis sempre conduziu nossas convicções em sentido contrário, pois em nosso labor, nunca nos pareceu demasiadamente fácil ou simples obter qualquer tipo de prisão, seja ela cautelar ou oriunda de condenação transitada em julgado.

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi publicado originalmente na obra “Estado de Direito na era contemporânea – Estudos em homenagem ao Ministro André Mendonça”, Editora Tirant lo Blanch, 2024.

<sup>2</sup> Doutor em Estado de Direito e Governança Global pela Universidade de Salamanca – Espanha; Mestre em Corrupção e Estado de Direito pela Universidade de Salamanca – Espanha; Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo – MPES; email: dcastilho@mpes.mp.br

Diante do aparente paradoxo, passamos a refletir, teríamos uma percepção equivocada do sistema penal e carcerário? Estaria nossa comarca na contramão da realidade brasileira? Realmente há no Brasil uma política sistemática e excessiva de encarceramento? Prendemos muito e de forma desnecessária? É fácil enviar e manter alguém encarcerado em nosso país?

Como se vê, surgiram inúmeros questionamentos sobre o tema, nosso espírito de investigador se aguçou e, ao começarmos a nos aprofundar sobre a realidade carcerária em nosso país, inegavelmente percebemos que estávamos diante não só de um tema de grande complexidade, mas em especial, que desperta paixões profundas na sociedade, na academia e em todo o mundo jurídico.

Muita saliva e tinta já foram gastas, em especial por autores que centralizaram sua análise na ideia de ineficiência do sistema carcerário como elemento de ressocialização dos criminosos, ou seja, há uma difusão da ideia de que prendemos demais, indivíduos que poderiam/deveriam receber como resposta estatal sanções diversas da prisão. Soma-se ao exposto, a concepção de que nosso sistema prisional é absolutamente ultrapassado, desumano e que o encarceramento em massa, em nada vem contribuindo para a diminuição da criminalidade. A título de conclusão, afirmam que o mundo evoluiu e as sanções necessariamente precisam modernizar-se, devendo o cárcere se restringir unicamente a indivíduos de elevada e comprovada periculosidade, sem quaisquer possibilidades de ressocialização.

Em que pese a relevância das considerações acima expostas, é importante deixar claro que nossa análise não estará centrada nas causas da prisão, ressocialização do criminoso, eficiência ou desumanidade da prisão. Nossa intenção é diversa e bem menos complexa, pretendemos, tão somente, com extremo rigor científico, compilar e expor em números a quantidade de crimes praticados no Brasil, comparando esse volume às taxas reais de encarceramento, com o objetivo de ao final, apresentar resposta simples e precisa à seguinte equação:

**Tamanho criminalidade >, < ou = número de pessoas encarceradas**

Mas não é só, para além dos números absolutos, da simples comparação entre as taxas de criminalidade e encarceramento, faremos uma incursão pontual na legislação de regência, com a finalidade de compreender quais os requisitos/obstáculos existentes para a decretação e manutenção das prisões em nosso país, afinal para sabermos se prendemos muito ou pouco, é importante que tenhamos claro quais os níveis de dificuldade/facilidade que legitimam e respaldam juridicamente as prisões.

Para cumprir nosso desiderato no presente trabalho, focaremos nossa análise, primeiramente, nos dados mais recentes da criminalidade disponíveis em meio aberto, que englobam os anos de 2021 e 2022, ocasião em que compilaremos, em números absolutos, a quantidade de crimes de homicídio, tráfico, roubo, estupro, violência doméstica, entre outros.

Devidamente organizados os dados, abriremos novo tópico voltado para os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, traçando de forma simples e direta, um pequeno passo a passo dos requisitos necessários para a decretação das prisões cautelares, para ao final, trabalharmos os elementos que circundam o cumprimento de pena em regime fechado.

Na sequência, centraremos nossa análise nos dados do sistema carcerário dos anos de 2021 e 2022, diferenciando dentro dos números absolutos as prisões cautelares e definitivas, com o objetivo de compreender o número exato de restrições de liberdade em nosso país e sua eventual evolução/involução nos últimos anos.

Por fim, com todos os dados devidamente catalogados e correlacionados, responderemos a equação “criminalidade >, < ou = encarceramento”, concluindo, com dados reais e rigor científico, se no Brasil há encarceramento em massa, criminalidade em massa, ou se simplesmente se há um equilíbrio matemático entre o número de crimes e prisões.

## **2 A CRIMINALIDADE NO BRASIL DE FORMA NUA E CRUA**

Nos parece incontroverso que para a população brasileira, de forma geral, prevalece a sensação, ou melhor, a certeza de que vivemos em um país violento. Diariamente somos bombardeados com uma série de notícias, reportagens e filmagens sobre os mais diversos crimes, o que seguramente contribui e potencializa essa constante percepção de insegurança.

Nesse sentido, calha esclarecer, que não é incomum que a percepção popular sobre os índices de violência ou criminalidade de um determinado país, muitas vezes não corresponda à exata medida de suas estatísticas oficiais. Ora, é inegável que as redes sociais potencializaram e aceleraram sobremaneira a forma como a sociedade se informa e comunica, expondo em tempo real, muitas vezes em formato HD ou 4K, os mais diversos e, na maioria das vezes, perversos crimes ocorridos em todo o globo terrestre.

O cidadão da tranquilidade de seu sofá ou cama, no banheiro ou tomando café, abre seu celular e se depara com um ataque a uma escola nos Estados Unidos, um massacre terrorista no Oriente Médio, o sequestro de um figurão na Europa, uma chacina no Brasil, um latrocínio em sua cidade ou um estupro no seu bairro. A mídia entendeu e os dados comprovam, que para relevante parcela da população, o crime gera terror e entretenimento, por mais bizarro que isso possa parecer.

A mistura de sangue, tragédia e dor, mexe com o imaginário popular, fazendo eclodir nos seres humanos instintos primitivos, que o impelem a consumir esse tipo de “espetáculo”, que muitas vezes, funciona como uma espécie de válvula de escape, para que sentimentos profundos, contraditórios, muitas vezes ocultos, como medo, pavor, revolta, vingança, justiça, cólera e até gratidão divina, possam vir à tona sem maiores questionamentos.

Dentro dessa concepção de proliferação do medo e insegurança no seio social, emergiu uma lucrativa indústria da segurança, que enriquece exponencialmente com a propagação desse cenário, vendendo vigilância, armas, câmeras, seguros, carros blindados, guarda-costas e tudo mais que o dinheiro possa comprar, em um negócio nitidamente em expansão, capaz de movimentar bilhões e bilhões de dólares em todo o globo terrestre.

Mas não é só, devemos acrescentar aos fenômenos citados, a grande quantidade de subnotificações dos crimes ocorridos no Brasil, cujos fatores perpassam pelas dificuldades geográficas (grandes distâncias), burocracia para registro das ocorrências, receio de ser identificado e perseguido pelos criminosos, descrédito do sistema de justiça, crença na impunidade, entre tantos outros.

Enfim, em que pese as dificuldades expostas para a quantificação exata do número de crimes em nosso país, devemos dizer que os dados oficiais são capazes de espelhar, com boa dose de segurança, nossa realidade, nos permitindo medir, pelo menos em termos aproximados, o verdadeiro tamanho da violência em terras tupiniquins.

Como nosso objetivo é fazer um paralelo entre o número de crimes e prisões, concentraremos nossa pesquisa nos crimes mais graves, praticados, em regra, com violência contra a pessoa, cujas penas previstas em abstrato são mais elevadas, sendo passíveis de decretação tanto de prisões cautelares, quanto condenações no regime inicial fechado para cumprimento de pena.

Para tanto, dividiremos nossa pesquisa sobre os dados criminais da seguinte forma: a) crimes contra a vida; b) crimes patrimoniais; c) crimes contra a liberdade sexual e violência doméstica; d) armas; e) tráfico de drogas.

#### **a) Crimes contra a vida**

Segundo dados das Nações Unidas, divulgados através do Estudo Global de Homicídios, no ano de 2021, foram registrados, aproximadamente, 458.000 (quatrocentos e cinquenta e oito mil) vítimas de homicídio no mundo, enquanto somente o Brasil, registrou, 45.562 (quarenta e cinco mil, quinhentos e sessenta e dois) mortes, sendo em números absolutos, o campeão mundial de homicídios, bem à frente de países como Venezuela, Colômbia ou Mianmar, contabilizando quase 10% das mortes mundiais.<sup>34</sup>

<sup>3</sup> Para efeito de comparação, segue o Ranking dos 10 países com maior número de homicídio em 2021: 1º Brasil – 45.562; 2º Índia – 41.330; 3º México – 35.700; 4º Estados Unidos – 22.941; 5º Mianmar – 15.299; 6º Colômbia – 13.223; 7º Rússia – 9.866; 8º Paquistão – 9.068; 9º Turquia – 7.578; 10º Venezuela – 5.440. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html> Consulta realizada em 13.03.2024.

<sup>4</sup> Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/12/08/brasil-lidera-ranking-da-onu-de-paises-com-mais-homicidios-do-mundo.ghtml> Consulta realizada em 13.03.2024.

Para que se tenha uma ideia da dimensão de tais dados, a média mundial de homicídios para um grupo de 100.00 habitantes é de 5.8, enquanto no Brasil a média chega a 21.3, sendo que em alguns Estados, como na Bahia, registrou-se a espantosa marca de 50.0, quase dez vezes superior à média mundial e mais de vinte vezes acima da europeia.<sup>5 6</sup>

Ao ampliarmos a análise dos dados, verificamos que no Brasil entre os anos de 2021 e 2022, ocorreram 94.277 (noventa e quatro mil, duzentos e setenta e sete) mortes violentas intencionais, perfazendo uma média de 129 (cento e vinte e nove) homicídios dolosos por dia.<sup>7</sup>

Mas não é só, nesse mesmo período tivemos 75.278 (setenta e cinco mil, duzentos e setenta e oito) tentativas de homicídio, o que representa, entre crimes tentados e consumados, o total de 169.555 (cento e sessenta e nove mil, quinhentos e cinquenta e cinco) delitos<sup>8</sup>, implicando em uma média superior a 232 (duzentos e trinta e dois) ocorrências diárias de crimes contra a vida, ou mais de 9 (nove) registros por hora.

Analisando a violência no trânsito, entre os anos de 2021 e 2022, encontramos a ocorrência de 47.299 (quarenta e sete mil, duzentos e noventa e nove) mortes, uma média aterrorizante de mais de 64 (sessenta e quatro) mortes diárias.<sup>9</sup>

Neste quadro nefasto, também nos parece importante sublinhar, o elevado número de mortes a esclarecer, que não raras vezes, também impactam diretamente no número de homicídio apurados, destacando-se que no ano de 2021, tivemos 9.350 (nove mil, trezentos e cinquenta) casos e, em 2022, outros 9.479 (nove mil, quatrocentos e setenta e nove).<sup>10</sup>

Por fim, acrescenta-se a esses dados, que no ano de 2021, tivemos 551.340 (quinhentos e cinquenta e um mil, trezentos e quarenta) casos de lesão corporal dolosa.<sup>11</sup>

## **b) Crimes patrimoniais**

*Ab initio*, quadra destacar, que inegavelmente há uma subnotificação<sup>12</sup> do verdadeiro número de crimes patrimoniais, destacando-se, nesse sentido, o crime de estelionato, tanto na moda-

<sup>5</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 13.03.2024.

<sup>6</sup> A média na Europa em homicídios para um grupo de 100.000 (cem mil) pessoas ficou em 2.2, sendo relevante sublinhar, que Suíça tem média de 0.5, Holanda de 0.7, Bélgica e França 1.1. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html> Consulta realizada em 18.03.2024.

<sup>7</sup> Aqui estão incluídos os homicídios dolosos, feminicídios e mortes por intervenções policiais. Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiY-ThmMDBkNTYtOGU0Zi00MjUxLWJiMzAtZjFIMmYzYTgwOTBliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Consulta realizada em 13.03.2024.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 13.03.2024

<sup>12</sup> Há estudos apontando que as taxas de notificação não atingem 50% dos casos. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff020107.htm>



lidade presencial quanto virtual, bem como furtos e roubos, em especial aqueles relacionados a objetos de menor valor.<sup>13</sup>

Posto isso, verificamos que entre os anos de 2021 e 2022, tivemos impressionantes 288.110 (duzentos e oitenta e oito mil, cento e dez) roubos de veículos no Brasil<sup>14</sup>, perfazendo uma média de 394 (trezentos e noventa e quatro) crimes diários. Nesse mesmo período, foram registrados 26.632 (vinte e seis mil, seiscentos e trinta e dois) roubos de carga e 523 (quinhentos e vinte e três) roubos a instituições financeiras.<sup>15</sup>

Se os dados acima expostos assustaram, qual não foi a nossa surpresa ao direcionar nossa análise para os roubos de aparelhos celulares, onde em que pese as subnotificações, encontramos nos anos de 2021 e 2022, as espantosas cifras de 482.862 (quatrocentos e oitenta e dois mil, oitocentos e sessenta e dois) e 508.335 (quinhentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco) casos, respectivamente.<sup>16</sup>

Apenas com o pequeno recorte acima exposto, é possível afirmar que somente no ano de 2022, tivemos entre roubo de celulares e de veículos, 655.298 (seiscentos e cinquenta e cinco mil, duzentos e noventa e oito) casos, perfazendo uma média diária de 1.796 (um mil, setecentos e noventa e seis) crimes praticados com violência ou grave ameaça ao cidadão.<sup>17</sup>

Infelizmente não é só, ao voltarmos nossos olhos ao crime de latrocínio, o mais grave dos crimes patrimoniais, verificamos que entre 2021 e 2022, tivemos o total de 2.704 (dois mil, setecentos e quatro) delitos, em uma média diária superior a 3 (três) crimes.<sup>18</sup>

Importante consignar, ainda, que nos anos de 2021 e 2022, foram registrados 84.362 (oitenta e quatro mil, trezentos e sessenta e dois) e 72.391 (setenta e dois mil, trezentos e noventa e um), casos de roubos às residências e estabelecimentos comerciais.<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> Sobre a análise racional entre denunciar ou não o crime, recomendamos interessante estudo: MARTINS, Adrielle Cléssia.; TEIXEIRA, Evandro Camargos.; SILVA, Georcine Dionízio. Determinantes da Probabilidade de Subnotificação de Crimes Contra o Patrimônio no Brasil. Instituto de Economia e Relações Internacionais—Universidade Federal de Uberlândia, 2021. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistaeconomiaensaios/article/view/49912> Consulta realizada em 18.03.2024.

<sup>14</sup> Histórico de evolução dos roubos de veículo no período descrito. Em 2020 – 118.599 (cento e dezoito mil, quinhentos e noventa e nove), 2021 – 141.147 (cento e quarenta e um mil, cento e quarenta e sete), 2022 – 147.208 (cento e quarenta e sete mil, duzentos e oito) e 2023 – 133.216 (cento e trinta e três mil, duzentos e dezesseis). Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlmMDBkNTYtOGU0Zi00MjUxLWJiMzAtZjFIMmYzYTgwOTBliiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Consulta realizada em 18.03.2024.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 18.03.2024.

<sup>17</sup> Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlmMDBkNTYtOGU0Zi00MjUxLWJiMzAtZjFIMmYzYTgwOTBliiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Consulta realizada em 21.03.2024.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 18.03.2024.

Para fechar os dados sobre roubo, em números absolutos, entre os anos de 2021 e 2022, foram registrados no Brasil 1.906.067 (um milhão, novecentos e seis mil, sessenta e sete) crimes, uma média diária superior a 2.611 (dois mil, seiscentos e onze), ou 108 (cento e oito), delitos por hora.<sup>20</sup>

Continuando nossa pesquisa sobre a quantidade de crimes patrimoniais no Brasil, mudamos o foco para o furto de veículos, onde em 2021 e 2022, foram registrados 418.870 (quatrocentos e dezoito mil, oitocentos e setenta) infrações, perfazendo média diária superior a 573 (quinhentos e setenta e três), veículos furtados ou mais de 23 (vinte e três) subtrações de automóveis por hora.<sup>21</sup>

É absolutamente incontroverso o alto valor econômico de um automóvel em nosso país, não pairando dúvidas de que um crime dessa natureza se traduz em severos prejuízos patrimoniais as vítimas, as empresas de seguro e a sociedade como um todo. Feito esse adendo, entre os anos de 2021 e 2022, somados furtos e roubos, foram registradas 706.980 (setecentos e seis mil, novecentos e oitenta) subtrações de veículos no Brasil, com uma média diária superior a 968 (novecentos e sessenta e oito) crime diários, ou mais de 40 (quarenta) delitos por hora.<sup>22</sup>

Ao avançarmos nossa análise para o furto de celulares, constatamos uma onda crescente de crimes, eis que em 2021, foram registrados 370.130 (trezentos e setenta mil, cento e trinta) casos, enquanto em 2022, observamos 490.888 (quatrocentos e noventa mil, oitocentos e oitenta e oito) infrações.<sup>23</sup>

Ao fim e ao cabo, trazendo como paradigma os anos de 2021 e 2022, e cruzando os dados de furtos e roubos de veículos e telefones celulares, chegamos à média de 1.188.121 (um milhão, cento e oitenta e oito mil, cento e vinte e um) e 1.374.640 (um milhão, trezentos e setenta e quatro mil, seiscentos e quarenta) crimes, respectivamente, o que se traduz no biênio em 2.562.761 (dois milhões, quinhentos e sessenta e dois mil, setecentos e sessenta e um) bens subtraídos.

Direcionando nosso olhar ao estelionato, encontramos o campeão de subnotificações, conhecido como “crime da moda”<sup>24</sup>, ante seu aumento desenfreado nos últimos anos, como com-

---

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlmMDkNTYtOGU0Zi00MjUxLWJiMzAtZjFlMmYzYTgwOTBliiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Consulta realizada em 21.03.2024.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 18.03.2024.

<sup>24</sup> Entre todos os crimes patrimoniais previstos no Código Penal, se realizarmos uma análise de custos e benefícios, invariavelmente concluiremos que o estelionato é um crime altamente atraente, na exata medida em que o proveito auferido com este tipo de crime, não raras vezes, pode ser infinitamente superior a probabilidade de sanção e a sanção efetivamente imposta. Por favor, não desejamos, em absoluto, que ninguém após ler este artigo seja tentado a se tornar um estelionatário, mas é inegável como este crime pode ser tão atrativo, aos olhos do indivíduo racional. Ora, o crime de estelionato envolve ardil, utilização de meio fraudulento, capaz de induzir ou manter a vítima em

provamos através dos anos 2021 e 2022, em que foram registrados o total de 1.312.964 (um milhão, trezentos e doze mil, novecentos e sessenta e quatro) e 1.819.409 (um milhão, oitocentos e dezenove mil, quatrocentos e nove) crimes, sublinhando, que para além desses números, ainda tivemos nos citados anos, 120.470 (cento e vinte mil, quatrocentos e setenta) e 200.322 (duzentos mil, trezentos e vinte e dois), estelionatos praticados de forma virtual ou eletrônica.<sup>25</sup>

Sobre o crescimento vertiginoso do crime de estelionato, especialmente em formato eletrônico, não posso deixar de abrir um parêntese e aportar dados empíricos, eis que nos parece, que apostando no anonimato e nas dificuldades investigativas para apuração de crimes virtuais, inúmeros criminosos do conforto de sua casa ou do presídio mais próximo, passaram a apostar na opacidade e na possibilidade de ganhos em larga escala que esse tipo de delito proporciona, bombardeando um sem fim de pessoas com ligações telefônicas, e-mails autoexecutáveis, invadindo redes sociais e contas bancárias, usando dados falsos para simulação de negócios, clonando cartões de crédito, chegando ao ponto de utilizarem-se de vídeos chamadas geradas com inteligência artificial. Enfim, o estelionato pode ser praticado através de tantos meios fraudulentos quanto a imaginação e a tecnologia possam alcançar, não havendo dúvidas que a sua execução definitivamente migrou do antigo *tête à tête*, do engodo, do uso da lábia, da velha malandragem, para a impessoalidade das telas e do mundo virtual.

### **c) Crimes contra a liberdade sexual e violência doméstica**

Entre os anos de 2021 e 2022, segundo dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública, foram contabilizados 151.904 (cento e cinquenta e um mil, novecentos e quatro) crimes de estupro, com uma média diária de impressionantes 208 (duzentos e oito) casos. Entre as vítimas, as estatísticas apontam 132.084 (cento e trinta e dois mil e oitenta e quatro) mulheres, 17.930

---

erro para dela obter vantagem de natureza patrimonial. Trata-se de crime que pode ser praticado à distância, em face de uma infinidade de vítimas em potencial, que pode ser altamente lucrativo, conforme se depreende de uma simples leitura dos noticiários. Nesta linha de raciocínio, nos parece indubitável que o estelionato é um crime de difícil investigação e elucidação, pois pode ser praticado de todas as formas que permita a capacidade intelectual do autor, como falsa identidade, interposta pessoa, rede mundial de computadores, sendo inegável, portanto, sua baixa probabilidade de sanção (PS). Não bastasse, a sanção efetivamente (SE) prevista para o crime de estelionato é absolutamente irrisória (de 1 a 5 anos de reclusão), especialmente se levarmos em consideração um criminoso primário, que poderá até ser beneficiado com suspensão condicional do processo (art.89 da Lei 90999/95). Caso o indivíduo não preencha os requisitos legais para a suspensão condicional do processo e seja condenado, como regra, terá a sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos (art.44, I, do Código Penal). Por fim, caso não faça jus a substituição de pena e seja condenado a até 04 anos de reclusão, cumprirá pena em regime aberto e, somente na remota hipótese de pena superior a 4 anos, terá como pior destino possível, o cumprimento de pena em regime inicial semi-aberto. CASTILHO, Diego Gomes. Análise Econômica do Direito e Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal – Ferramentas imprescindíveis para modernização da segurança pública. In: Segurança Pública e os desafios da pós-modernidade. Org. Suxberger, Antônio Henrique Graciano... [et al.] – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 122.

<sup>25</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 21.03.2024.

(dezessete mil, novecentos e trinta) homens e 1.890 (um mil, oitocentos e noventa) de gênero não informado.<sup>26</sup>

Por sua vez, o Anuário de Segurança Pública, aponta que nos anos de 2021 e 2022, ocorreram 68.894 (sessenta e oito mil, oitocentos e noventa e quatro) e 74.930 (setenta e quatro mil, novecentos e trinta), estupros. Avançando ainda mais, apuramos que nos citados anos tivemos 52.057 (cinquenta e seis mil e cinquenta e sete) e 56.830 (cinquenta e seis mil, oitocentos e trinta), respectivamente, crimes praticados contra vítimas vulneráveis, ou seja, lamentavelmente a esmagadora maioria das vítimas dos crimes de natureza sexual são as crianças e adolescentes do nosso país.<sup>27</sup>

Importante sublinhar, também, o crescimento dos crimes de importunação sexual e assédio sexual, que entre os anos de 2021 e 2022, contabilizaram o total de 58.842 (cinquenta e oito mil, oitocentos e quarenta e dois) ocorrências.<sup>28</sup>

Direcionando nossa análise sobre a violência doméstica, primeiramente sobre o crime de feminicídio, apuramos que as estatísticas entre os anos de 2021 a 2022 assinalam 2.808 (dois mil, oitocentos e oito) mortes de mulheres, ou seja, uma média de mais de 3 (três) mortes por dia, pelo simples fato das vítimas serem do sexo feminino.<sup>29</sup> Neste contexto, nos parece relevante ressaltar, que no citado período, tivemos o total de 4.744 (quatro mil, setecentos e setenta e quatro), tentativas de feminicídio<sup>30</sup>, casos em que o agente desejou matar a vítima, somente não logrando êxito em seu empreitada criminosa, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Dentro desse mesmo biênio, no âmbito da violência doméstica contra as mulheres, tivemos o total de 1.726.763 (um milhão, setecentos e vinte e seis mil, setecentos e sessenta e três) ligações realizadas para o 190 da polícia militar; 483.309 (quatrocentos e oitenta e três mil, trezentos e nove) casos de lesões corporais; 1.182.760 (um milhão, cento e oitenta e dois mil, setecentos e sessenta) casos de ameaça; e 835.254 (oitocentos e trinta e cinco mil, duzentos e cinquenta e quatro) medidas protetivas concedidas.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTdmMjYtOGU0Zi00MjUxLWJiMzAtZjFlMmYzYTgwOTBliiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Consulta realizada em 21.03.2024.

<sup>27</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 21.03.2024.

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTdmMjYtOGU0Zi00MjUxLWJiMzAtZjFlMmYzYTgwOTBliiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Consulta realizada em 21.03.2024.

<sup>30</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 21.03.2024.

<sup>31</sup> Idem.

#### **d) Crimes de porte e posse de armas de fogo**

É inquestionável que a violência pode ser praticada das mais diversas formas e através de diferentes objetos e armas, contudo as estatísticas apontam que as armas de fogo são os objetos mais utilizados para a prática de homicídios e outros crimes violentos em nosso país.

Gostaria de deixar claro, que não temos o objetivo de construir qualquer tipo de narrativa a favor ou contra as armas de fogo, questão absolutamente complexa e que se distanciam do objetivo do presente estudo, razão pela qual, nos centraremos unicamente nos dados estatísticos relativos à matéria.<sup>32</sup>

Feito esse pequeno esclarecimento, verificamos que em 2022, haviam 1.558.416 (um milhão, quinhentos e cinquenta e oito mil, quatrocentos e dezesseis) pessoas com registro de armas de fogo ativos no SINARM, enquanto 1.532.803 (um milhão, quinhentos e trinta e dois mil, oitocentos e três), estavam com registro inativo no citado órgão, sendo que no mesmo ano, foram comprados 420.509.293 (quatrocentos e vinte milhões, quinhentos e nove mil, duzentos e noventa e três) cartuchos e munições legalmente em nosso país.<sup>33</sup>

Entre os anos de 2021 e 2022, apuramos que 212.116 (duzentos e doze mil, cento e dezesseis) armas de fogo foram apreendidas pelas forças policiais, sendo que desse total, 3.579 (três mil, quinhentos e setenta e nove) eram armas de guerra como fuzis, metralhadoras e submetralhadoras.<sup>34</sup>

Mais uma vez concentrando nossa análise neste biênio, encontramos o total de 101.829 (cento e um mil, oitocentos e vinte e nove) registros de crimes de porte e posse de armas de fogo.

Mas não é só, também nos chama atenção, que entre os anos de 2009 e 2022, o exército brasileiro destruiu o total de 2.132.728 (dois milhões, cento e trinta e dois mil, setecentos e vinte e oito) armas de fogo.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Temos plena consciência de que nem sempre haverá uma correlação direta entre o número de armas e de crimes, pois há exemplos de países, em especial do chamado primeiro mundo, como os Estados Unidos, que possui Estados com médias superiores a uma arma de fogo por habitante e índices de criminalidade significativamente inferiores aos nossos.

<sup>33</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 21.03.2024.

<sup>34</sup> Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYThmMDBkNTYtOGU0Zi00MjUxLWJiMzAtZjFIMmYzYTgwOTBliiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Consulta realizada em 21.03.2024.

<sup>35</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 21.03.2024.

### e) Tráfico de drogas

Não são poucos os estudos que correlacionam o tráfico de drogas a diversos crimes violentos, como crimes patrimoniais praticados por usuários, guerras entre facções rivais, homicídios de devedores e acertos de contas, entre tantos outros.

Os dados estatísticos apontam, que nos anos de 2021 e 2022, tivemos 184.561 (cento e oitenta e quatro mil, quinhentos e sessenta e um) e 158.863 (cento e cinquenta e oito mil, oitocentos e sessenta e três), respectivamente, ocorrências de tráfico de drogas no Brasil, totalizando 343.424 (trezentos e quarenta e três mil, quatrocentos e vinte e quatro) delitos.<sup>36</sup>

Para que se tenha uma ideia da enorme dimensão e volume do tráfico de drogas em nosso país, entre os anos de 2019 e 2023, foram apreendidos 573.647 (quinhentos e setenta e três mil, seiscentos e quarenta e sete) quilos de cocaína, o que perfaz uma média de 314 (trezentos e catorze) quilos diários.<sup>37 38</sup>

Tentando ilustrar tais dados em valores econômicos, podemos estimar que cada grama de cocaína em nosso país, variando entre a região e grau de pureza, costuma ser comercializada por R\$ 50,00 (cinquenta reais)<sup>39</sup>, o que implica no preço do quilograma a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), e, por conseguinte, ao montante estratosférico de R\$28.682.350.000 (vinte e oito bilhões, seiscentos e oitenta e dois milhões, trezentos e cinquenta mil reais) de cocaína apreendida no citado período.

Já em relação a maconha, os dados apontam que entre os anos de 2019 e 2023, foram apreendidas 5.873.635 (cinco milhões, oitocentos e setenta e três mil, seiscentos e trinta e cinco) quilos de maconha, com uma impressionante média diária de 3.217 (três mil, duzentos e dezessete) quilos.<sup>40</sup> Mais uma vez através de uma conta simples, o quilo de maconha no Brasil está avaliado em aproximadamente R\$ 2.000,00 (dois mil reais)<sup>41</sup>, variando entre região e grau de

<sup>36</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 15.05.2024.

<sup>37</sup> Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYThmMDBkNTYtOGU0Zi00MjUxLWJiMzAtZjFlMmYzYTgwOTBliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Consulta realizada em 21.03.2024.

<sup>38</sup> Sobre o volume das apreensões de cocaína realizadas em portos e aeroportos: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2024/04/07/mais-de-100-toneladas-de-cocaina-foram-apreendidas-em-portos-e-aeroportos-do-brasil-entre-2021-e-2023.ghtml> Consulta realizada em 15.05.2024.

<sup>39</sup> Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/pol%C3%ADcia-civil-apreende-25-quilos-de-coca%C3%ADna-em-santa-cruz-do-sul-1.349205>. Consulta realizada em 21.03.2024. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/brasil-tem-a-cocaina-mais-forte-e-barata-do-mundo-diz-estudo> Consulta realizada em 21.03.2024.

<sup>40</sup> Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYThmMDBkNTYtOGU0Zi00MjUxLWJiMzAtZjFlMmYzYTgwOTBliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Consulta realizada em 21.03.2024.

<sup>41</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/prf/pt-br/noticias/estaduais/rondonia/anteriores/abril-22/em-ji-parana-ro-prf-apreende-1-kg-de-maconha> Consulta realizada em 21.03.2024.

pureza, o que nos leva a estimar que o prejuízo causado ao tráfico com as citadas apreensões, seja de aproximadamente R\$ 11.747.270.000 (onze bilhões, setecentos e quarenta e sete milhões, duzentos e setenta mil reais).

Os dados expostos são alarmantes sob qualquer óptica em que os analisemos, seja pelo volume absoluto de drogas comercializadas, pelo número de consumidores (viciados ou de uso recreativo), ou pelo poderio econômico, bélico e político por trás das grandes organizações criminosas, que pouco a pouco vão cooptando e se infiltrando nas entranhas do Poder Estatal.

Nesta esteira de raciocínio, sublinhamos que infelizmente não conseguimos compilar os dados relevantes à comercialização de crack e demais drogas sintéticas, o que seguramente conduziria as cifras expostas a valores ainda mais absurdos.

### **3 A PRISÃO NO BRASIL E SEUS REQUISITOS LEGAIS**

Expostos os números da criminalidade no Brasil e antes de enfrentarmos os dados relativos à população carcerária, se mostra primordial inaugurarmos um tópico intermediário, com a finalidade de tecermos algumas considerações sobre os requisitos legais que permeiam a decretação/manutenção das prisões em nosso país.

Nossa intenção no presente tópico, definitivamente não será esgotar todos os pormenores legais relativos as prisões cautelares<sup>42</sup> e definitivas, mas sim traçar um panorama geral, alinhando a práxis forense à complexa legislação de regência, para que o leitor possa, com altas doses de segurança, compreender as eventuais dificuldades/facilidades que circundam as prisões em nosso ordenamento jurídico.

#### **a) Das prisões cautelares**

Bem delineados os objetivos do presente tópico, começamos destacando que no Brasil, nos termos do artigo 69, da Lei nº 9.099/95, os crimes apenados com até dois anos de reclusão, são considerados infrações de menor potencial ofensivo, processando-se mediante a lavratura de termo circunstanciado, ocasião em que, caso o infrator se comprometa a comparecer em Juízo quando necessário, não será decretada a sua prisão em flagrante.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Não faremos a análise da prisão temporária, eis que essa possui prazo certo de duração, ocasião em que será convertida em prisão preventiva ou liberdade, não repercutindo substancialmente no objeto do presente estudo.

<sup>43</sup> Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Feita essa pequena ressalva, para todos os demais crimes, conforme artigo 302 do CPP, será admitida a prisão em flagrante: a) para todo aquele que estiver cometendo a infração penal; b) acabar de cometê-la; c) for perseguido, logo após a prática do crime, pela autoridade, ofendido ou qualquer outra pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; d) for encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.<sup>44</sup>

Devidamente realizada a prisão, o flagrante deverá ser imediatamente comunicado ao Juiz competente, a quem caberá, no prazo máximo de 24 horas, nos termos do artigo 310 do CPP, promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou Defensor Público e o membro do Ministério Público, onde deverá, fundamentadamente decidir: a) relaxar a prisão ilegal; ou b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes a medidas cautelares diversas da prisão; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.<sup>45</sup>

Buscando dar maior concretude ao comando legal acima enunciado, antes de analisarmos os requisitos previstos no artigo 312 do CPP, que autorizam a decretação da prisão preventiva, é de rigor que voltemos nossa atenção aos requisitos objetivos previstos no artigo 313 do CPP, que restringem o deferimento da prisão cautelar às hipóteses de: a) crime doloso punido com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos; b) reincidência em crime doloso, ou seja, condenação anterior em crime doloso transitada em julgado; c) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso enfermo ou pessoa com deficiências, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

<sup>45</sup> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do **caput** do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

<sup>46</sup> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – nos crimes



Mas não é só, acrescentamos ao exposto, que o Juiz e o Promotor de Justiça ao analisarem a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, não poderão perder de vista, que se o crime possui pena mínima inferior a 4 (quatro) anos de prisão e foi praticado sem violência e grave ameaça, por indivíduo não reincidente ou criminoso habitual, o mesmo poderá fazer jus ao recebimento de proposta de acordo de não persecução penal<sup>47</sup>, conforme artigo 28-A do CPP,<sup>48</sup> inviabilizando a decretação de sua prisão cautelar, por clara afronta ao princípio da homogeneidade destas prisões.

Portanto, o Magistrado na audiência de custódia, como primeiro filtro objetivo, somente analisará a possibilidade/necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, se o custodiado não fizer jus a eventual acordo de não persecução penal e, nos termos do artigo 313 do CPP, estiver diante de crime doloso, que não seja de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima em abstrato seja igual ou superior a 4 (quatro) anos. Como exceção as regras acima descritas, o julgador também poderá avançar à próxima fase, se estiver diante de criminoso reincidente em crime doloso ou se a infração envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso enfermo ou pessoa com deficiências, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

---

dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

<sup>47</sup> A doutrina processual penal brasileira classifica o instituto como “negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso com o Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida” LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 7ª edição. Salvador. Editora Juspodivm, 2019, p. 200).

<sup>48</sup> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Finalmente, superadas as etapas anteriores e centrando nossa análise no artigo 312 do CPP, verificamos que somente poderá ser decretada a prisão preventiva, se houver prova da materialidade e indícios de autoria, apontados através de decisão motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que a justifiquem<sup>49</sup>, aqui compreendidos como riscos à ordem pública, ordem econômica, instrução processual e a aplicação da lei penal. Acrescenta-se, que a prisão preventiva também poderá ser decretada como verdadeiro “soldado de reserva”, nos casos de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, previstas no artigo 282, § 4º, do CPP.<sup>50</sup>

Não podemos perder de vista, também, que o legislador recentemente atribui uma espécie de prazo impróprio de duração das prisões preventivas, ao estabelecer que o órgão revisor, a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, deverá revisar a necessidade de sua manutenção, sob pena da mesma se tornar ilegal, *ex vi*, artigo 316 do CPP.<sup>51</sup>

Feitas tais considerações, podemos concluir que a decretação da prisão preventiva se exprime em medida de absoluta exceção em nosso ordenamento jurídico, com requisitos extremamente rígidos, que restringem sua aplicação, em regra, aos crimes dolosos, praticados com violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a pena máxima superior a 4 (quatro) anos, bem como não se mostre suficiente, no caso concreto, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Outrossim, tais hipóteses somente serão excepcionadas, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança,

---

<sup>49</sup> Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>50</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

<sup>51</sup> Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

adolescente, idoso enfermo ou pessoa com deficiências, ou para garantir a execução das medidas protetivas de urgência ou cautelares que tenham sido descumpridas, como “verdadeiro soldado de reserva”, sempre com a obrigatoriedade de reanálise e nova fundamentação sobre sua necessidade, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena da mesma tornar-se ilegal e ser relaxada.

#### **b) Das prisões oriundas de sentença condenatória**

Vencidos os pormenores que legitimam a decretação das prisões cautelares, passamos a analisar, de forma geral, os requisitos que autorizam através da condenação, o cumprimento de pena em regime fechado.

Primeiramente, calha enfatizar, que as condenações relativas aos crimes considerados hediondos, deveriam ser cumpridas inicialmente em regime fechado, conforme dicção expressa do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, contudo, por força de reiteradas decisões, em especial do julgamento do HC nº 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17/12/2013, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o citado dispositivo, firmando o entendimento de que o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independentemente da natureza hedionda do delito.

Em relação aos demais crimes, o artigo 33, §2º, “a” e “b” do CP, dispõe: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos, deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) anos, poderá (equivale a direito subjetivo), desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro), poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.<sup>52</sup>

Destaca-se, neste particular, que o legislador se vale do verbo “deverá” (imposição, obrigatoriedade) para imposição do regime inicial fechado, utilizando “poderá” (faculdade) para os regimes semiaberto e aberto, sendo imperioso ressaltar, contudo, que a fixação do regime (mais

---

<sup>52</sup> Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

ou menos gravoso), far-se-á com a observância dos critérios previstos no artigo 59 do CP,<sup>53</sup> <sup>54</sup> e que a reincidência se traduz em motivação idônea para fixação do regime mais gravoso.<sup>55</sup>

As informações acima expostas, nos permitem concluir, que como regra, para que seja fixado o regime inicial fechado para cumprimento de pena, é indispensável que o réu seja reincidente, condenado a uma pena superior a 8 (oito) anos e que as circunstâncias do artigo 59 do CP, lhe sejam amplamente desfavoráveis e indiquem a necessidade de tratamento mais severo.

Outrossim, por força do artigo 387, § 1º, do CPP, caberá ao juiz, por ocasião da sentença condenatória, decidir fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar, sem prejuízo do recurso de apelação que vier a ser interposto. Na prática, a jurisprudência amplamente dominante admite que na ausência de fatos novos, o réu que respondeu ao processo em liberdade, possa assim aguardar o julgamento do recurso e, em sentido contrário, veda o direito de recorrer em liberdade ao sentenciado que respondeu ao processo preso preventivamente.<sup>56</sup>

As penas privativas de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro, por determinação do artigo 112 da LEP, serão cumpridas progressivamente, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado

---

<sup>53</sup> Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

<sup>54</sup> O regime inicial fixado pelas instâncias ordinárias se coaduna com a orientação deste Sodalício: «é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais» (Súmula n. 269, Terceira Seção, DJ de 29/05/2002, p. 135). Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido. (STJ; AgRg-HC 691.775; Proc. 2021/0286716-6; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Jesuíno Rissato; Julg. 08/03/2022; DJE 14/03/2022)

<sup>55</sup> O Superior Tribunal de Justiça considerou que “a reincidência, mesmo quando a pena é inferior a quatro anos, justifica a fixação do regime semiaberto” e assentou que “a reincidência por crime grave, como no caso em que o paciente foi condenado anteriormente por roubo, também, impede a substituição da pena por medida restritiva de direitos”. (STF; HC-AgR 236.667; SP; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 11/03/2024; DJE 19/03/2024)

<sup>56</sup> Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento no sentido de que a manutenção da segregação cautelar, quando da sentença condenatória, não requer fundamentação exaustiva, desde que o acusado tenha permanecido preso no curso do processo e a anterior decisão esteja fundamentada. (STJ; AgRg-HC 886.799; Proc. 2024/0021639-0; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 13/03/2024)

for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.<sup>57</sup>

Trocando em miúdos o acima exposto, o condenado não reincidente, de boa conduta carcerária, que pratique crime sem violência ou grave ameaça, recebendo como início de cumprimento de pena o regime semiaberto, poderá progredir para o regime aberto, cumprindo apenas 16% (dezesesseis por cento) da pena que lhe foi efetivamente imposta. Em outro exemplo, mais extremo, imaginemos o indivíduo primário, condenado pela prática de crime hediondo, como homicídio qualificado ou estupro, com boa conduta carcerária, cujo regime inicial de cumprimento de pena fixado tenha sido o fechado, com o cumprimento de 40% (quarenta por cento) de sua pena, poderá progredir para o regime semiaberto.

Convém acrescentar, que o artigo 126 da Lei de Execuções Penais, possibilita a remição de pena ao condenado que estudar, na proporção de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em 3 (três) dias, e, também, pelo trabalho na proporção de 1 (um) dia de pena para cada 3 (três) dias trabalhados.<sup>58</sup>

#### **4 RAIO X DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Devidamente compilados os principais dados relativos à criminalidade no Brasil, bem delineada a práxis forense e os requisitos legais que legitimam as prisões cautelares e definitivas, avançamos para o tópico relativo ao sistema prisional brasileiro, através do qual, procuraremos traduzir em números a sua realidade.

---

<sup>57</sup> Como exceção à regra exposta, há a possibilidade de progressão de pena em prazo ainda menor, conforme dispõe o artigo 112, § 3º, da LEP: § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa.

<sup>58</sup> Há outros benefícios previstos na Lei de Execuções Penais, que podem conduzir o condenado, mesmo provisoriamente, para o meio aberto, como as permissões de saída, as saídas temporárias e o livramento condicional.

Primeiramente, ressaltamos que as estatísticas abaixo expostas, que visam medir o quantitativo total de presos do sistema penitenciário, contemplam a população carcerária em regime fechado, semiaberto e aberto, em medida de segurança de internação e tratamento ambulatorial, além dos segregados em celas físicas ou em prisão domiciliar (seja em monitoramento eletrônico ou não).

Dentro do recorte acima transcrito, constatamos que nos anos de 2021 e 2022, o Brasil registrou, respectivamente: a) 820.689 (oitocentos e vinte mil, seiscentos e oitenta e nove) presos, dos quais 586.862 (quinhentos e oitenta e seis mil, oitocentos e sessenta e dois) eram condenados e 233.827 (duzentos e trinta e três mil, oitocentos e vinte e sete) provisórios; b) 832.295 (oitocentos e trinta e dois mil, duzentos e noventa e cinco), dos quais 621.608 (seiscientos e vinte e um mil, seiscentos e oito) condenados e 210.687 (duzentos e dez mil, seiscentos e oitenta e sete) provisórios.<sup>59</sup>

Buscando uma melhor compreensão dos números acima expostos, nos debruçamos sobre outras fontes de pesquisa e constatamos, através dos dados do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, algumas divergências com os quantitativos acima expostos, encontrando nos anos de 2021 e 2022, respectivamente: a) 367.814 (trezentos e sessenta e sete mil, oitocentos e catorze) pessoas em regime fechado, 122.240 (cento e vinte e dois mil, duzentos e quarenta) em regime semiaberto, 16.812 (dezesseis mil, oitocentos e doze) regime aberto e 171.267 (cento e setenta e um mil, duzentos e sessenta e sete) presos provisórios; b) 366.777 (trezentos e sessenta e seis mil, setecentos e setenta e sete) em regime fechado, 122.117 (cento e vinte e dois mil, cento e dezessete) em regime semiaberto, 18.535 (dezoito mil, quinhentos e trinta e cinco) em regime aberto e 175.687 (cento e setenta e cinco mil, seiscentos e oitenta e sete) presos provisórios.<sup>60</sup> Já no primeiro semestre de 2023, tendo como fonte o Relatório de Informações Penais – RELIPEN, encontramos 336.340 (trezentos e trinta e seis mil, trezentos e quarenta) em regime fechado, 118.328 (cento e dezoito mil, trezentos e vinte e oito) em regime semiaberto, 6.872 (seis mil, oitocentos e setenta e dois) em regime aberto e 180.167 (cento e oitenta mil, cento e sessenta e sete) provisórios.<sup>61</sup>

Expostos os dados acima e buscando atender a finalidade do presente trabalho, consideraremos como efetivamente presos, somente o quantitativo de indivíduos integralmente em regime

<sup>59</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 01.04.2024.

<sup>60</sup> Sistema Prisional em Números – Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP – Disponível em: <https://public.tableau.com/app/profile/cnmp/viz/SistemaPrisionalemNmeros-apartirde2022/CumprimentoResolu56> Consulta realizada em 01.04.2024.

<sup>61</sup> Relatório de Informações Penais – RELIPEN – 1º Semestre de 2023 – Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023/relipen/view> Consulta realizada em 01.04.2024

fechado, sejam esses condenados ou presos provisoriamente, eis que os demais, com mais ou menos restrições, seguem convivendo em sociedade, com relativa liberdade do seu direito de ir e vir.

Posto isso, é possível afirmarmos que nos anos de 2021, 2022 e no primeiro semestre de 2023, encontramos como efetivamente privados de liberdade no Brasil, 539.081 (quinhentos e trinta e nove mil e oitenta e um), 542.464 (quinhentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro) e 516.507 (quinhentos e dezesseis mil, quinhentos e sete), pessoas, respectivamente.

Ao ampliarmos nossa análise no tempo, sem o recorte metodológico proposto, apuramos que no ano 2000, haviam 232.755 (duzentos e trinta e dois mil, setecentos e cinquenta e cinco) presos, com um déficit de 97.045 (noventa e sete mil e quarenta e cinco) vagas no sistema prisional, enquanto no ano de 2022, encontramos 832.295 (oitocentos e trinta e dois mil, duzentos e noventa e cinco) presos, com um déficit de 236.133 (duzentos e trinta e seis mil, cento e trinta) vagas, ou seja, houve uma evolução superior a 372% (trezentos e setenta e dois por cento) do número de pessoas encarceradas em nosso país e um acréscimo deficitário superior a 257% (duzentos e cinquenta e sete por cento) do número de vagas no sistema prisional.<sup>62</sup>

Neste ponto, mesmo fugindo do âmago do presente trabalho, não poderia deixar de ressaltar que há mais de vinte anos vivemos um estado de coisas inconstitucional<sup>63</sup> em nosso sistema prisional, afinal não há margem para dúvidas ou questionamentos, que ao termos um quantitativo de presos bastante superior ao número de vagas existentes, não só descumprimos a lei de execuções penais, como também negamos vigência aos mais mezinhos direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição Federal.

Por fim, ao verificarmos o cumprimento dos mandados de prisão, constatamos que entre os anos de 2021 e 2022, foram cumpridos 456.409 (quatrocentos e cinquenta e seis mil, quatrocentos e nove) mandados, o que equivale a uma média diária superior a 625 (seiscentos e vinte e cinco) cumprimentos, aqui incluídas ordens de prisão cautelar e definitiva.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Consulta realizada em 01.04.2024.

<sup>63</sup> Nesse sentido, inclusive, o partido PSOL no ano de 2015, ajuizou ação por descumprimento de preceito fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal, tendo a mesma sido julgada procedente. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ps/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf> e <https://www.jota.info/stf/do-supremo/em-decisao-unanime-stf-reconhece-estado-de-coisas-inconstitucional-nos-presidios-04102023> Consulta realizada em 01.04.2024.

<sup>64</sup> Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlmMDBkNTYtOGU0Zi00MjUxLWJiMzAtZjFIMmYzYTgwOTBliiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Consulta realizada em 01.04.2024.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vamos chegando ao final do presente trabalho, os dados da criminalidade e do sistema prisional foram devidamente apresentados, os ingredientes estão todos à mesa, cabendo a nós neste momento, tão somente ordená-los e cotejá-los para entregar ao leitor, com segurança e tranquilidade a resposta à equação:

### **Tamanho criminalidade >, < ou = número de pessoas encarceradas**

Buscando cumprir o desiderato proposto, faremos uma breve retrospectiva dos números de cada um dos crimes pesquisados, para ao final, apresentarmos os números absolutos da criminalidade dentro do espaço de tempo proposto.

a) Homicídios: 2021 e 2022 – 94.277 (noventa e quatro mil, duzentos e setenta e sete) mortes violentas intencionais e 75.278 (setenta e cinco mil, duzentos e setenta e oito) tentativas de homicídio, o que representa, entre crimes tentados e consumados, o total de 169.555 (cento e sessenta e nove mil, quinhentos e cinquenta e cinco);

#### b) Crimes patrimoniais

- Roubos Veículos, cargas e instituições financeiras – 2021 e 2022 – 315.265 (trezentos e quinze mil, duzentos e sessenta e cinco) delitos;
- Roubos Celulares – 2021 e 2022 – 991.197 (novecentos e noventa e um mil, cento e noventa e sete) casos;
- Latrocínio – 2021 e 2022 – 2.704 (dois mil, setecentos e quatro);
- Roubos à residência e estabelecimentos comerciais – 2021 e 2022 – 156.753 (cento e cinquenta e seis mil, setecentos e cinquenta e três);
- Roubos em números absolutos – 2021 e 2022 – 1.906.067 (um milhão, novecentos e seis mil, sessenta e sete) crimes;
- Furtos de Veículos – 2021 e 2022 – 418.870 (quatrocentos e dezoito mil, oitocentos e setenta);
- Furtos de Celulares – 2021 e 2022 – 861.018 (oitocentos e sessenta e um mil e dezoito);
- Estelionatos: 2021 e 2022 – 3.132.373 (três milhões, cento e trinta e dois mil, trezentos e setenta e três);

#### c) Crimes contra a liberdade sexual:

- Estupro – 2021 e 2022 – 151.904 (cento e cinquenta e um mil, novecentos e quatro) crimes;
- Importunação e assédio sexual – 2021 e 2022 – 58.842 (cinquenta e oito mil, oitocentas e quarenta e dois) ocorrências;



d) Violência doméstica – 2021 e 2022 – 483.309 (quatrocentos e oitenta e três mil, trezentos e nove) casos de lesões corporais e 1.182.760 (um milhão, cento e oitenta e dois mil, setecentos e sessenta) casos de ameaça;

e) Posse e porte de arma de fogo – 2021 e 2022 – 101.829 (cento e um mil, oitocentos e vinte e nove);

f) Tráfico de drogas – 2021 e 2022 – 343.424 (trezentos e quarenta e três mil, quatrocentos e vinte e quatro).

Muito embora nesta altura do trabalho acreditemos que já esteja claro, convém mais uma vez enfatizar, que os dados acima expostos são um pequeno recorte que envolve somente os números de algumas espécies de crimes praticados no país, em especial delitos de maior gravidade, não representando, em absoluto, toda a sorte de atos criminosos previstos no Código Penal e na legislação extravagante, perpetrados no citado período.

Enfim, mesmo com as ressalvas acima expostas e com todos os casos de subnotificação, os dados revelam, que entre 2021 e 2022, tivemos o estratosférico número de 8.640.396 (oito milhões, seiscentos e quarenta mil, trezentos e noventa e seis) crimes praticados no Brasil.

Posto isso, não seria absurdo dizer que nosso sistema carcerário se assemelha a uma porta giratória em constante movimento, com repetidas entradas e saídas de pessoas, cujas justificativas perpassam pelas mais diversas razões, como a extinção da condenação pelo seu cumprimento, a progressão de regime de cumprimento de pena, prisões cautelares que não se tornaram definitivas, absolvições, liberdades concedidas, entre outras.

Por tais motivos, torna-se difícil quantificar o número exato de indivíduos presos a cada ano ou a duração média do tempo de prisão, eis que dentro desse caldeirão temos desde pessoas condenadas definitivamente a penas superiores a trinta anos, com início de cumprimento de pena em regime fechado, a outras que cumprem prisão temporária de cinco dias ou que foram soltas quase que imediatamente, mediante o pagamento de fiança, na audiência de custódia ou mediante ordem concedida em habeas corpus.

Feitos esses pequenos esclarecimentos, que seguramente interferem na precisão dos números, verificamos que entre os anos de 2021 e 2022, foram cumpridos 456.409 (quatrocentos e cinquenta e seis mil, quatrocentos e nove) mandados de prisão cautelar e definitiva, ou seja, um número significativamente inferior ao número de crimes graves praticados no mesmo período.

Finalmente, concentrando nossa atenção no número de pessoas efetivamente presas, constatamos nos anos de 2021 e 2022, uma certa estabilidade da população carcerária em números absolutos, conforme abaixo especificado:

- a. 2021 – 820.689 (oitocentos e vinte mil, seiscentos e oitenta e nove) presos, dos quais 586.862 (quinhentos e oitenta e seis mil, oitocentos e sessenta e dois) eram condenados e 233.827 (duzentos e trinta e três mil, oitocentos e vinte e sete) provisórios;
- b. 2022 – 832.295 (oitocentos e trinta e dois mil, duzentos e noventa e cinco), dos quais 621.608 (seiscentos e vinte e um mil, seiscentos e oito) condenados e 210.687 (duzentos e dez mil, seiscentos e oitenta e sete) provisórios;

Ora, os dados acima expostos englobam a população carcerária em regime fechado, semiaberto, aberto, com medida de segurança de internação e tratamento ambulatorial, além dos segregados em prisão domiciliar (seja em monitoramento eletrônico ou não).

Posto isso, ao revirar os dados dentro do biênio proposto, encontramos: a) 367.814 (trezentos e sessenta e sete mil, oitocentos e catorze) internos em regime fechado, 122.240 (cento e vinte e dois mil, duzentos e quarenta) em regime semiaberto, 16.812 (dezesesseis mil, oitocentos e doze) em regime aberto e 171.267 (cento e setenta e um mil, duzentos e sessenta e sete) provisórios; b) 366.777 (trezentos e sessenta e seis mil, setecentos e setenta e sete) em regime fechado, 122.117 (cento e vinte e dois mil, cento e dezessete) em regime semiaberto, 18.535 (dezoito mil, quinhentos e trinta e cinco) em regime aberto e 175.687 (cento e setenta e cinco mil, seiscentos e oitenta e sete) presos provisórios.

Definitivamente os números comprovam que a população integralmente privada de liberdade, ou seja, presa por sentença condenatória transitada em julgado ou por decisão cautelar nos anos de 2021 e 2022 era de 539.081 (quinhentos e trinta e nove mil e oitenta e um) internos e 542.464 (quinhentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro), respectivamente.

Por mais frio ou impreciso que possa parecer a alguns, a realidade exposta ao longo do presente trabalho, dentro dos critérios metodológicos empregados, não deixa margem para dúvidas de que no Brasil:

### **Tamanho criminalidade > número de pessoas encarceradas**

Vivemos uma onda crescente de criminalidade, sem que a resposta penal, aqui entendida como a privação de liberdade, consiga, pelo menos em termos numéricos, fazer frente em igual ou semelhante intensidade a tal fenômeno. De forma muito direta, há muito crime grave praticado para pouca, muito pouca prisão, seja ela cautelar ou definitiva!

Sinceramente a intenção do presente artigo não é fazer qualquer tipo de crítica àqueles que defendem a ideia do encarceramento em massa, pois ao final, não podemos negar, que tudo depende do referencial metodológico que venha a ser empregado. Neste sentido, não há qualquer erro jurídico ou de pesquisa ao se afirmar que perto da esmagadora maioria dos países europeus, no Brasil se prende demais.

Contudo, por acreditarmos que o recorte metodológico mais justo e preciso do ponto de vista científico, repousa na análise do número de crimes x número de prisões, dentro do nosso próprio país, apresentamos esse singelo ensaio, que esperamos possar ser aprimorado e aperfeiçoado por outros estudiosos.

Como dissemos na introdução do presente trabalho, nosso objetivo não foi discutir se no Brasil as prisões são legítimas ou ilegítimas, se ressocializam ou são escolas do crime, se temos masmorras ou calabouços, em que pese a urgência de tais reflexões. Consideramos cumprida nossa missão ao simplesmente demonstrar, com rigor científico, que temos um número elevadíssimo de crimes, talvez uns dos maiores do globo terrestre e que em definitivo, a pena de prisão não tem sido a medida mais utilizada para sancionar ou dissuadir tais criminosos, representando, por que não, medida de verdadeira exceção em nosso ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>

CASTILHO, Diego Gomes. Análise Econômica do Direito e Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal – Ferramentas imprescindíveis para modernização da segurança pública. In: Segurança Pública e os desafios da pós-modernidade. Org. Suxberger, Antônio Henrique Graciano... [et al.] – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Global Study on Homicide 2023 – : <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html>

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 7ª edição. Salvador. Editora Juspodivm, 2019.

MARTINS, Adrielle Cléssia.; TEIXEIRA, Evandro Camargos.; SILVA, Georcine Dionízio. Determinantes da Probabilidade de Subnotificação de Crimes Contra o Patrimônio no Brasil. Instituto de Economia e Relações Internacionais–Universidade Federal de Uberlândia, 2021. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistaeconomiaensaios/article/view/49912>

SINESP – Ministério da Justiça e Segurança Pública – <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiY-ThmMDBkNTYtOGU0Zi00MjUxLWJiMzAtZjFlMmYzYTgwOTBliiwidCI6ImViMDkwNDIwLT-Q0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

Sistema Prisional em Números – Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP – Disponível em: <https://public.tableau.com/app/profile/cnmp/viz/SistemaPrisioalemNmeros-apartirde2022/CumprimentoResoluo56>

Relatório de Informações Penais – RELIPEN – 1º Semestre de 2023 – Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023/relipen/view>

# EVOLUÇÃO DA TORTURA: DE PRÁTICA PERMITIDA À CRUEL VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Priscilla Ramineli Leite Pereira<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo perpassa por uma análise histórica do desenvolvimento da tortura, primeiro explorando-a como uma prática jurídico-social tolerada e permitida, até chegar na sua criminalização e repúdio. Busca ainda traçar um panorama da legislação internacional da criminalização de tortura, além de analisar a legislação brasileira, Constituição Federal e Lei nº 9455/1997, explorando peculiaridades do crime de tortura e as modalidades aqui existentes. Analisam-se, também, aspectos sobre a relativização do direito fundamental a não ser torturado.

**Palavras-chave:** Tortura. Direito Fundamental. Criminalização. Classificações. Relativização

## INTRODUÇÃO

A prática da tortura, embora hoje condenada em praticamente todo o mundo, possui um histórico extenso e complexo, sendo amplamente aceita e institucionalizada em diversas civilizações ao longo dos séculos. Nas sociedades primitivas, era um claro instrumento de punição e controle social, muitas vezes exercida sem distinção entre o infrator e seus familiares. No período medieval e também na Idade Moderna, passou a ser um poderoso e, ao mesmo tempo, impiedoso instrumento processual usado pelo Estado em busca de confissões.

O século das luzes e o pensamento iluminista buscam, porém, humanizar as sanções do direito penal e exterminar a tortura, sendo possível afirmar que já no século XX a prática é densamente banida no mundo ocidental em face da proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Grandes nomes da doutrina internacional chegaram a afirmar que um dos poucos direitos humanos absolutos é o de não ser torturado. Isso não significa, contudo, que não haja ainda polêmicas sobre sua relativização em casos extremos, podendo ser utilizada pelo Estado no bojo dos casos conhecidos como “*ticking time bomb sceario*”.

No Brasil, ademais, a despeito da tardia legislação que criminaliza sua prática, a jurisprudência vem fixando importantes construções para que seja banida e repudiada sua ocorrência no âmbito da violência doméstica contra a mulher, bem como em contextos de organizações criminosas, facções e milícias.

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Ex-juíza do Tribunal de Justiça de São Paulo. Graduada em direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduada em direito público pela Universidade Caxias do Sul. Mestranda em direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Professora de cursos preparatórios de carreiras jurídicas. Contato: priscillapereira@mprs.mp.br

Este trabalho explora a trajetória da tortura, suas implicações jurídicas e sociais, e discute sua gradual transição para a criminalização moderna e a respectiva luta por sua erradicação, seja no âmbito público como no privado.

## **1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA TORTURA À LUZ DO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL**

Durante longo período da história da humanidade, a tortura foi um instituto amplamente aceito. Mais que isso, a tortura já foi abertamente estimulada e praticada, sendo inclusive instituída pelo Estado.

Com efeito, nas sociedades rudimentares, não havia controle estatal sobre o direito de punir e tampouco a existência de um direito penal tal qual se concebe hoje, em que o *jus puniendi* deve ser limitado, praticado exclusivamente pelo Estado e respeitando sempre o princípio da legalidade.

A punição, pois, ocorria de modo privado, diretamente pela vítima do conflito face ao agressor/criminoso, e sequer havia clareza entre a natureza criminal ou civil de um ilícito, de tal modo que a punição tinha por característica intrínseca também a reparação do dano causado. Tratava-se da legítima vingança privada, também chamada de vingança de sangue. Assim explica Rodrigues:

(...) a primeira resposta social ao ilícito consistiu na vingança, que se mostrava mais consentânea com os impulsos mais naturais do homem. Essa vingança privada, embora exercida pela vítima e por seus parentes, transcendia uma importância meramente individual e particular, ganhando verdadeira dimensão social.

De fato, embora coubesse à vítima e aos seus a aplicação do castigo como represália pelo mal sofrido, essa prática não só era tolerada mas também estimulada pelo próprio grupo, como um mecanismo de controle social dos seus membros<sup>2</sup>.

A vingança privada, por vezes, ensejava o emprego de medidas cruéis, degradantes e exageradas e não somente em face daquele que cometia o ato ilícito, mas também diante dos familiares daquele. Assim sendo, a responsabilização do infrator à época da vingança privada permitia o emprego de tortura e também podia englobar a família dele, ultrapassando a responsabilidade individual. Era, pois, uma responsabilidade flutuante, que ora recaía diretamente sobre o infrator, ora sobre seus familiares.

---

<sup>2</sup> RODRIGUES, Roger de Melo. **A Tutela da Vítima no Processo Penal Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 31-45.

Essa responsabilidade flutuante ocorria notadamente no direito consuetudinário de povos germânicos, em que a família inteira do ofensor poderia responder pelos delitos deste, caso não o entregasse para arcar com as consequências de suas práticas e sofrer a vingança devida. No mesmo modo, podia a família do ofendido perseguir as ofensas praticadas contra seus integrantes. Portanto, o delito transcendia a um aspecto meramente individual, já que toda a comunidade relativa à vítima acabava se envolvendo no delito<sup>3</sup>.

Nesse contexto, explicam Carvalho e Oliveira que na história do direito penal, desde a Antiguidade, já se admitiu a tortura como forma de prevenção e repressão de delitos mais graves, prática amplamente aceita e que se tratava de um mecanismo de manter a ordem e os rumos da sociedade. Acreditava-se que era necessário punir de forma dura o malfeitor da sociedade para permitir a continuidade desta, preservando o crescimento natural do bando<sup>4</sup>.

Inclusive, estudos antropológicos descrevem que a primeira forma de tortura na humanidade foi a “lapidação”, através de um ritual em que a vítima e o bando a que ela pertencia atirava pedras no malfeitor<sup>5</sup>.

Se de um lado essa conduta era socialmente estimulada e aceita, paralelamente, também gerava instabilidade social. Nas palavras de Gomes: “*isso levou à impossibilidade de uma paz social, pois o cometimento de um fato delituoso permitia a prática de um fato tão grave quanto o cometido, ou até mesmo mais grave*”<sup>6</sup>.

Assim, aos poucos, limites a essa vingança de sangue (ou vingança privada) das vítimas e suas famílias foram surgindo, garantindo a proporcionalidade às sanções impostas e, deste modo, restringe-se o emprego da tortura como forma de punição.

O exemplo clássico de limitação da vingança privada é a Lei do Talião (*lex talionis*), presente no Código de Hamurabi. De acordo com a lei do Talião, não mais que olho por olho, dente por dente e vida por vida. Passou-se, então, à justiça privada, eis que, aos poucos, conforme as sociedades iam amadurecendo e foram se organizando socialmente para evitar o caos, concluindo que a vingança desmedida e ilimitada precisava ser contida por algumas regras oficiais. Cabe frisar, contudo, que um dos primeiros registros históricos acerca da previsão da aplicação de tortura se deu no próprio Código de Hamurabi, segundo explica Lima<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> NEPOMUCENO, Raphael Ramos. **A invisibilidade da vítima na persecução penal sob as lentes da reparação do dano**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 2023, pg. 23.

<sup>4</sup> CARVALHO, Gisele Mendes de Carvalho; OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de Oliveira. **Direito a não ser torturado? A integridade moral como bem jurídico indisponível no direito penal brasileiro**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 8/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 439-472. p. 10.

<sup>5</sup> Carvalho, op. cit., p. 10.

<sup>6</sup> GOMES, Lauro Thaddeu. **A posição da vítima no processo penal brasileiro**. 2012. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. p. 54-55.

<sup>7</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Juspodium, 7ª Ed., 2019, p. 1089.

De todo modo, na Idade Média a tortura, que ainda era empregada como sanção ocasionalmente, passa a ter uma outra função primordial e de grande interesse processual: ela é utilizada como meio de prova na busca da verdade no processo de apuração de delitos. Valia a máxima *quaestio est veritatis indagatio per tormentum*: o juízo busca a verdade por meio do tormento.

Segundo Carvalho e Oliveira:

A tortura chega à Idade Média com novos paradigmas, criada com a finalidade de instrumento processual, mecanismo utilizado para apuração do delito, execução ou de aplicação de castigo. (...) A tortura, nesse período histórico, era o instrumento para causar agudos sofrimentos corporais ou psicológicos deflagrado contra suspeitos de autoria de crimes ou contra testemunhas, objetivando obter a confissão de crime ou informação importante para a investigação ou para o processo criminal<sup>8</sup>.

Valdir Sznick, com propriedade, aduz que durante a Idade Média e a Inquisição, a tortura causou inúmeras injustiças, fazendo com que o réu renunciasse ao seu direito de defesa para confessar, devido aos intensos sofrimentos, crimes que não cometeu<sup>9</sup>.

Especificamente acerca da normatização da tortura na Europa, Heringer Jr. destaca que regras jurídicas acerca da tortura judiciária aparecem no norte da Itália no Século XIII na tradição canônica inquisitorial, alcançando, já pelo Século XVI, ressonância em praticamente toda a Europa continental, permanecendo corrente até o Século XVIII e vindo a desaparecer completamente apenas no Século XIX<sup>10</sup>.

Maria Elizabeth Queijo explica também, à luz do direito a não autoincriminação (*privilege against self-incrimination*) que houve sociedades na idade Média que sequer admitiam o direito ao silêncio, sendo o réu obrigado a responder ao interrogatório, o qual era exclusivamente considerado meio de prova. E, nesse diapasão, empregava-se a tortura como meio de busca da confissão. Tal confissão, ainda que extorquida por meio da tortura, era tida como verdade máxima.<sup>11</sup>

Heringer Jr. analisa que ao longo do século XIII, todo o sistema probatório foi elaborado para conseguir elementos objetivos de condenação, visando em especial buscar uma confissão, considerada a *regina probatorium*, isto é, a rainha das provas. “Com sanção tão grave, exigia-se um juízo de certeza sobre o ocorrido”<sup>12</sup>. À época, então, no lugar de sinais divinos da inocência ou da culpa do réu, a legitimidade da apuração do delito ocorrido dependia de regras claras e

<sup>8</sup> Carvalho, op. cit. p. 13.

<sup>9</sup> SZNICK, Valdir. Tortura: histórico, evolução, crime. São Paulo: Leud, 1998. p. 21.

<sup>10</sup> HERINGER Jr., Bruno. **Criminologia Mimética**: aportes da antropologia girardiana ao estudo do fenômeno criminal. São Paulo: editora Dialética, 2024, p. 62.

<sup>11</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2002. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 31.

<sup>12</sup> HERINGER Jr., op. cit. p. 63.

infalíveis que demonstrassem os fatos livres de subjetivismos. Acreditava-se ainda, em especial no direito romano, que a confissão era capaz de “purificar a alma”.

Aliás, em sendo a pena de morte uma das sanções a ser aplicada, a tortura seria uma mera antecipação do que viria adiante. Ainda, muitas vezes a morte executada de modo torturoso.

Destarte, esta se torna a principal faceta da tortura, tal como é conhecida até hoje: uma prática realizada por autoridades com o emprego de meios desumanos, cruéis e aviltantes que ensejam intenso sofrimento físico e/ou mental no sujeito, com a finalidade de obter alguma informação relevante quanto à apuração de um delito, notadamente a confissão e a descoberta da verdade.

Ao longo do séculos XVI e XVII, já na Idade Moderna, surgem os Estados Nacionais Absolutistas, nos quais se verificou na Europa a concentração de poder nas mãos de um monarca, a quem passou a ser conferido, inclusive, o poder de punição pelos ilícitos praticados.

Há, portanto, o despertar de um terceiro imparcial na forma de resolução de conflitos e aplicação de sanções. Alguns chamam inclusive de publicização do processo de responsabilização pelo crime, eis que passou da seara individual para a pública-estatal. Outros falam do confisco do conflito pelo poder estatal.

Nesta fase, a ofensa gerada por um ilícito dirigia-se e atingia não só a vítima propriamente dita, mas sim o Estado, tratando-se de uma ofensa até ao monarca, o qual, à época, tinha seu poder justificado por razões divinas. Por este motivo, a vingança passou a ser pública. Esse, então, é o contexto histórico em que surge o direito penal moderno.

Veja-se que, de acordo com Ferrajoli, “*o direito penal nasce, precisamente, neste momento, quando a relação bilateral ofendido/ofensor é substituída por uma relação trilateral, que coloca em posição imparcial uma autoridade judiciária*”<sup>13</sup>.

A Idade Moderna, por sua vez, é marcada pelo pensamento iluminista, sendo que, a partir de então, a humanidade caminha para a concentração do direito penal no Estado e humanização das penas, junto com o nascimento de outras garantias penais e processuais penais, em especial o *nemo tenetur se detegere*. Os iluministas, pois, combatem o emprego da tortura, seja como sanção, seja como meio de obtenção de provas. O acusado, inclusive, passa a não ser mais visto exclusivamente como objeto de prova.

O grande precursor de tal movimento que faz surgir o moderno direito penal é Cesare Beccaria, em sua famosa obra “*Dos delitos e das penas*”, na qual o italiano se opõe ao emprego da tortura. No século das luzes, assim defendia Beccaria:

---

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 269.



*É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas do qual poderia ser culpado, quer, enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia<sup>14</sup>.*

Da mesma forma que Beccaria, cite-se também Pietro Verri, o qual se opunha ainda aos meios insidiosos para obter confissão.

Em suma, tem-se que o inconformismo da humanidade com a tortura remonta ao movimento iluminista. Isso não significa, contudo, que os Estados Nacionais, soberanos e titulares do *jus puniendi*, abandonaram a tortura judiciária com o advento do pensamento iluminista. Pelo contrário: o abandono da prática da tortura pelo Estado é gradual. Como visto, somente no século XIX é que ela deixa de ser institucionalizada de forma geral e passa a ser abolida pelos Estados Nacionais. Até porque, paulatinamente se foi deixando de lado a pena de morte e por isso o rigor probatório para uma punição passa a ser abrandado.

No século XX, já na Idade Contemporânea, notadamente após os horrores da 2<sup>o</sup> Guerra Mundial, se concebe que uma sociedade é tanto mais civilizada quanto maior for seu repúdio e intolerância a práticas de caráter desumano e degradante, tanto públicas como privadas.

Assinalam Sartet e Neto que a evolução constitucional pós-positivista e o direito internacional têm uma tendência de proibição de tortura, seja em tratados de direitos humanos abrangentes ou mesmo em documentos específicos. Inclusive, no plano doméstico, os Estados nacionais têm criado legislações contra tortura e derivados<sup>15</sup>.

## **2 CRIMINALIZAÇÃO DA TORTURA E POSSIBILIDADES DE SUA RELATIVIZAÇÃO**

Com efeito, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) condena expressamente a tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes e desumanos. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), por sua vez, promulgou a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes em 1984, tratado este que foi incorporado ao Brasil por meio do Decreto n<sup>o</sup> 40/1991.

O conceito de tortura foi trazido pela convenção em seu art. 1<sup>o</sup>, item 1, a qual dispõe que ela se trata, em suma, de ato pelo qual intensas dores ou sofrimentos agudos, de natureza física ou

<sup>14</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995. p. 31.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. **Tortura e Tratamento Desumando e Degradante: um enfoque jurídico-penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 127, 2015.

mental, são praticados intencionalmente por funcionário público ou outra pessoa no exercício de função pública, contra outrem para fins de obter confissão ou informações; para castigá-lo ou por motivos de discriminação.

Veja-se, portanto, que foi adotada na convenção a concepção clássica de tortura essencialmente surgida na Idade Média, ou seja, a tortura praticada por autoridade para fins de obter confissão ou informação relevante, ou ainda realizada como mecanismo de punição/sanção. Há, destarte, um sujeito ativo especial. A despeito disso, a convenção foi clara ao permitir que os Estados adotem concepção mais ampla de tortura, não se limitando ao conceito por ela trazido.

No plano doméstico, a proibição ao emprego da tortura é estampada expressamente no art. 5º, inciso III da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que: “*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*”. Segundo Sarlet e Neto, trata-se de norma com estrutura de regra, com caráter deontico de proibição<sup>16</sup>. Como inserida a proibição no capítulo dos direitos e garantias fundamentais individuais, evidente sua natureza de cláusula pétrea, não sendo passível de abolição, vide art. 60, §4º, inciso I da Lei Maior.

Para mais, existe um mandado expresso de criminalização na Constituição Federal da tortura, dando a ela um tratamento penalmente mais severo, vide art. 5º, inciso XLIII, que dispõe: “*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*”.

No plano infraconstitucional, a lei que criminaliza a tortura no ordenamento jurídico pátrio é a Lei nº 9455/1997. Vale destacar que o crime foi tipificado tardiamente no Brasil, se se levar em consideração que a Carta Magna já determinava a criminalização em 1988 e o tratado internacional da ONU contra tortura fora incorporado ao ordenamento jurídico pátrio em 1991. Inclusive, foi um dos últimos países do mundo ocidental a criminalizar de forma expressa a prática<sup>17</sup>.

A criação da lei se deu em um contexto envolvendo policias militares na favela Naval de Diadema/SP, em uma verdadeira resposta legislativa ao ocorrido. Na ocasião, um vídeo fora divulgado em rede nacional mostrando policiais espancando inocentes na favela Naval, sendo um dos moradores inclusive assassinado<sup>18</sup>. Com isso, intensa pressão popular surgiu para que o Legislativo finalmente promulgasse uma lei que criminaliza expressamente a tortura.

<sup>16</sup> SARLET, op. cit. p. 128.

<sup>17</sup> FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 195.

<sup>18</sup> <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/lei-da-tortura-completa-20-anos-mas-ainda-ha-relatos-do-crime/lei-da-tortura-completa-20-anos-mas-ainda-ha-relatos-do-crime-no-pais>. Acesso em 07/11/2024.

Assim, de plano, a legislação pátria nasce para criminalizar a tortura praticada por autoridades públicas. Tanto é assim que a lei prevê consequências especiais e mais gravosas ao agente público que pratica tortura, como a majorante de 1/6 a 1/3 da pena (art. 1, §4º, inciso I da Lei 9455/1997).

Também, a lei prevê como consequência da condenação pela tortura a perda automática do cargo, função ou emprego público, vide art. 1º, § 5º. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, é pacífica quanto ao caráter automático de tal efeito extrapenal secundário da condenação e o Superior Tribunal de Justiça por vezes já decidiu que sequer é preciso haver fundamentação concreta para tanto na sentença condenatória, já que essa perda decorre de pleno direito da lei.

Nada obstante, destaque-se que o legislador pátrio se distanciou daquilo que seria o tradicional para fins de criminalização da tortura face ao direito internacional. Isso porque, no Brasil, diferente do plano internacional, a tortura (regra geral) não é crime próprio que demanda um sujeito ativo especial, notadamente um agente dotado de autoridade pública, podendo ser praticado por qualquer particular.

Em razão de a legislação brasileira ter adotado conceito ampliado de tortura, de acordo com Sarlet e Neto, à época da promulgação, cogitou-se de inconstitucionalidade da formulação legal doméstica, por eventual excesso internacional. Mas, como já visto anteriormente, a própria Convenção da ONU ressalva a possibilidade de as legislações nacionais tipificarem as condutas de tortura de forma diversa daquela prevista no tratado internacional<sup>19</sup>.

À luz do direito positivo, Nucci traz um conceito abrangente de tortura, segundo a qual esta é “*qualquer método de submissão de uma pessoa a sofrimento atroz, físico ou mental, contínuo e ilícito, para obtenção de qualquer coisa ou para servir de castigo por qualquer razão*”<sup>20</sup>.

Já Hungria trata a tortura como o “*meio supliciante, a infligção de tormentos, a judiaria, a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade*”<sup>21</sup>.

A grande razão para a criminalização da tortura consiste na proteção da dignidade da pessoa humana. Eis aí o bem jurídico tutelado. É cediço que a dignidade da pessoa humana exerce papel central no ordenamento jurídico brasileiro, sendo fundamento da República, vide art. 1º, inciso III da Constituição Federal.

Em essência, a dignidade da pessoa humana determina que ninguém seja coisificado e tenha sua essência, enquanto sujeito de direitos, minimamente preservada para garantir a devida existência.

<sup>19</sup> SARLET, op cit., p. 129.

<sup>20</sup> NUCCI, Guilherme. Leis Penais e Processuais Penais Cometadas. Vol.2. Rio de Janeiro, 12ª Ed. Editora Forense, 2019, p. 988.

<sup>21</sup> HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1950. vol. V, p. 167.

Tal noção de dignidade da pessoa humana é amparada pelo pensamento kantiano segundo o qual “*um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil*”<sup>22</sup>. Logo, por essa linha de pensamento, a proibição da tortura é um imperativo categórico.

O torturador exerce um poder que só se manifesta porque a vítima está subjulgada sob intensa violência e, com isso, submetida a seu domínio, sendo vulnerável aos seus comandos. Ocorre a fragilização da vítima, destruindo sua resistência moral e muitas vezes também física, pela incapacidade de suportar as dores. A tortura, portanto, coisifica o ser humano e afronta diretamente sua dignidade. Viola os mais profundos direitos da personalidade do ser humano.

Lima enfatiza ainda que a tortura “*representa uma das mais aviltantes violações dos direitos humanos, porquanto tem como objetivo precípua aniquilar as vítimas, no sentido de destruí-las no mais profundo e íntimo de seus aspectos de identidade e dignidade*”<sup>23</sup>.

Portanto, na leitura Carvalho e Oliveira, sua prática representa um obstáculo importante à consolidação do sistema democrático e do Estado de Direito e, desde modo, eliminá-la é “*condição indispensável para a prevalência dos direitos humanos, dos fundamentos da democracia e do incremento de uma cultura de paz*”<sup>24</sup>.

Nessa toada, Lima defende que o bem jurídico tutelado pela lei ao criminalizar a tortura é muito mais do que a própria integridade física e psíquica da vítima, mas também a própria dignidade da pessoa humana. Já Carvalho e Oliveira entendem que o bem jurídico tutelado é a integridade moral, a qual se aproxima dos conceitos de dignidade humana e de incolumidade anímica, determinando que ninguém seja submetido a tratamento incólume, cruel, vexatório e desumano.

Ante o histórico da tortura e das diversas atrocidades cometidos por agentes estatais e autoridades, a doutrina majoritária entende que é um direito absoluto não ser submetido a tortura, que não pode ser relativizado. Grande expoente nesse sentido é Bobbio, o qual doutrina que:

há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura).<sup>25</sup>

<sup>22</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p. 174-175.

<sup>23</sup> LIMA, op cit.. p. 1089.

<sup>24</sup> CARVALHO, Gisele Mendes de Carvalho; OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de Oliveira. **Direito a não ser torturado? A integridade moral como bem jurídico indisponível no direito penal brasileiro**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 8/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 438.

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª Ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: editora Campus, 1992, p. 90.

Vozes há, porém, em sentido contrário, sobretudo no que toca ao combate ao terrorismo e organizações criminosas violentas. A discussão sobre a possibilidade ou não do emprego da tortura veio a tona recentemente face a alguns eventos específicos, tais como o caso do atentado terrorista do dia 11 de setembro de 2001 às Torres Gêmeas em Nova York, nos Estados Unidos, bem como o caso Daschner na Alemanha.

Questiona-se, pois, se em casos limítrofes a tortura poderia ser utilizada como artifício estatal para fazer cessar injusta agressão ou iminência de injusta agressão a lesionar ou até mesmo matar inúmeras pessoas, utilizando-se, pois, a “tortura salvação”.

A doutrina apelidou tais situações extremas como “*ticking time bomb scenario theory*” (teoria do cenário da bomba relógio), numa alusão a casos em que uma bomba relógio é acionada e se busca uma solução rápida para desativá-la, sob pena de muitos morrerem, solução esta que é obtida através da tortura.

O chamado direito penal do inimigo, doutrina desenvolvida por Günther Jakobs, entende que aquele que se desvia da norma não oferece qualquer garantia que se comportará como pessoa e por isso não deve ser tratado como cidadão, mas sim como inimigo<sup>26</sup>. Destarte, criminosos perigosos e reincidentes (“não-cidadãos”) e os cidadãos comuns possuem diferenças e por isso são feitas relativizações de direitos fundamentais aos “não-cidadãos”, admitindo-se contra eles o emprego da tortura.

À luz do direito penal do inimigo, conforme explica Greco, alguns são os argumentos usados a fim de se admitir a tortura nas “*ticking time bomb scenario theory*”<sup>27</sup>. Em primeiro lugar, diz-se que aquele que é torturado não é estranho à situação, e sim se colocou nela, provocando-a. A tortura afeta um culpado para salvar um inocente, logo, é justo que seja ele quem deva arcar com o fim da situação de perigo que ele causou. Entende-se que o estado não pode ser neutro em face de terroristas e deixar de proteger as vítimas, que não fizeram nada de ilícito ou equivocado.

Em segundo lugar, diz-se que a tortura será feita para mitigar um dano maior, de dimensões catastróficas. Relativamente às vítimas, há uma dimensão qualificada de perda de sua dignidade<sup>28</sup>.

Reconhece-se, para mais, que a dignidade é algo que se pode perder em caso de um comportamento prévio causador de injusto grave. Ou seja, quem se comporta mal perde ou flexibiliza sua dignidade e a pretensão de não ser torturado com o comportamento por ele causado. Logo,

---

<sup>26</sup> JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23.

<sup>27</sup> GRECO, Luiz. **As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”**. Doutrinas essenciais de direitos humanos, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 685-716, 2011. – Luis Greco, p. 686.

<sup>28</sup> GRECO, op cit, p. 687.

para esse linha de pensamento, contrapondo-se a Bobbio, a dignidade da pessoa humana seria algo disponível. Ademais, a dignidade só pode ser respeitada na medida em que os custos desse respeito não ultrapassem um determinado limite, apto a ensejar um dano colateral muito maior.

Para se admitir a tortura com base na “*ticking time bomb scenario theory*”, existem uma série de requisitos cumulativos, assim explicados por Lima:

“(…) é necessária a observância de 10 pressupostos: 1) sabe-se que há um plano de ataque específico; 2) o ataque acontecerá em um prazo muito curto (é iminente); 3) o ataque matará um grande número de pessoas; 4) a pessoa sob custódia está envolvida no ataque; 5) a pessoa tem informações que impedirão o ataque; 6) torturando a pessoa se obterá a tempo informações para evitar o ataque; 7) não há outro meio de conseguir as informações a tempo; 8) nenhuma outra ação poderia ser tomada para impedir o ataque; 9) a motivação do torturador é apenas conseguir informações, com a genuína intenção de salvar vidas; 10) esta é uma situação isolada, que não se repetirá com frequência”<sup>29</sup>.

Frise-se que em razão da “guerra ao terror” nos Estados Unidos da América após o atentado às Torres Gêmeas, o Congresso Nacional norte-americano promulgou o *USA Patriotic Acts*, que consiste em um conjunto de regras permitindo à CIA (Central Intelligence Agency) adotar algumas técnicas de “interrogatório persuasivo”, nos quais se incluem práticas como a privação de sono, simulação de afogamento, isolamento em celas escuras e tapas no rosto<sup>30</sup>, o que para muitos já pode ser considerado tortura.

Acerca do comportamento jurídico-penal do torturador no caso das bomba-relógio, Brugger e Peter Singer sustentam, de modo excepcionalíssimo, que o fato poderia se enquadrar como um estado de necessidade. Roxin, por sua vez, considera pensável a exculpação supralegal da tortura em casos extremos, como forma de exclusão da culpabilidade.

Deve-se destacar que no caso Daschner da Alemanha, ocorrido em 2004 e julgado pelo Tribunal de Frankfurt (considerado por Roxin “*o caso penal mais controverso da história alemã do pós-guerra*”<sup>31</sup>), não se admitiu a prática da tortura.

Com efeito, conforme explica Dias, um estudante de direito (Gäfgen) raptou uma criança de 11 anos (Jakob von Metzler) e exigiu o pagamento de resgate. Três dias após o sequestro, o estudante percebera parte do resgate, mas não indicara o paradeiro da criança. Na sequência, Gäfgen foi localizado, inclusive de posse de valores do resgate, e detido pela polícia, mas o sequestrador recusou-se obstinadamente a cooperar com as autoridades e revelar a localização

<sup>29</sup> LIMA, op cit., p. 1095.

<sup>30</sup> LIMA, op cit. p.. 1095.

<sup>31</sup> DIAS, Augusto Silva. **Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror**. Revista da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 71, jan. 2012 – abril. 2012. Disponível em [https://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1342125881.pdf](https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1342125881.pdf), acesso em 07/11/2024.

do cativo. As autoridades inclusive supunham que a criança estivesse viva, mas ao final se descobriu que não.

Diante da ausência de colaboração do suspeito, o vice-presidente do departamento de polícia de Frankfurt (Daschner) ordenou a um subordinado policial (E) que coagisse e ameaçasse o suspeito, sob pena de sujeição de um tormento (provocação de dores). Inclusive, foi providenciando um médico para acompanhar o ato. O policial assim o fez, ameaçando o suspeito com a promessa de imposição de sofrimentos físicos e o detido relevou o paradeiro da vítima, bem como que, na verdade, ela já havia morrido. Em seu relatório, Daschner escreveu que determinou tais atos ante a urgência da situação para salvar a vida da criança.

De todo modo, Daschner e seu subordinado foram penalmente condenados. Assim explica Dias<sup>32</sup>:

O Tribunal de Frankfurt considerou que E era autor do crime de coação no exercício de funções (§ 240 n° 1 do StGB) e que Daschner era autor do crime de indução de subordinado à prática de um crime (§ 357 do StGB) e instigador do crime de coação por funcionário. Ambos foram condenados numa pena de multa e numa admoestação com reserva de pena (§ 59 do StGB) durante 1 ano. Entendeu o Tribunal que as causas de justificação gerais não valem para a actuação do poder público mas, mesmo que assim não se entendesse, o comportamento de ambos os arguidos não estava coberto nem pela legítima defesa, nem pelo direito de necessidade. Desde logo, porque a violação da dignidade da pessoa obsta à permissão da defesa (Gebotenheit) na legítima defesa e à adequação do meio no direito de necessidade. Além disso, porque falta a actualidade da agressão na legítima defesa e a actualidade do perigo no direito de necessidade (a criança já estava morta) e também o meio necessário naquele e o meio adequado neste tipo justificador (os arguidos tinham ao dispor outros meios menos gravosos e invasivos). Afastada foi igualmente a aplicação (do erro sobre a proibição e do estado de necessidade desculpante do § 35 do StGB, por não existir uma relação de proximidade entre os agentes e a criança em perigo de vida (exigência que não tem correspondência no art. 35° do CP) e do estado de necessidade desculpante supralegal (defendido por alguns autores para casos em que faltam elementos do § 35 mas subsiste a sua ratio, como o da chamada comunidade de perigo)<sup>102</sup> por faltar in casu uma colisão de deveres insuperável, já que existiam alternativas de acção, e do estado de necessidade supralegal a intervenções de órgãos do Estado pode conduzir a uma ruptura com as normas de Direito de Polícia e a uma atribuição geral de poder para resolver situações de necessidade.

Ambas as condenações transformadas em admoestação com reserva de pena (§ 59 StGB), não sem contar com críticas doutrinárias por seu pouco rigor.

A grande crítica que se faz ao emprego de tortura em casos como tais, chamados de “tortura salvação”, é que ela relativiza e torna disponível a dignidade da pessoa humana, o que não pode ser admissível em um Estado Democrático de Direito, além de abrir margem para caminhos perigosos de ampliação de seu emprego. Poderia a mãe do sequestrador, por exemplo, que sabe

---

<sup>32</sup> DIAS, op. cit., p. 12.

onde está a vítima e a bomba-relógio, mas que nada tem a ver com o fato, senão ter a informação, ser torturada?

Cabe ressaltar que, na jurisprudência pátria, existem alguns julgados que já reconheceram o caráter absoluto do direito a não ser torturado. Nesse sentido, no bojo de apelação cível julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que versa sobre a indenização por danos morais decorrentes de tortura ocorrida no período ditatorial, a corte asseverou que: “*a vedação a tortura deve ser considerada um direito fundamental absoluto, já que a mínima prática de sevícias já é capaz de atingir frontalmente a dignidade da pessoa humana*” (TJRS. AC 50307267220218210001, 5ª Câmara Cível, relator Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, DJe 26/11/2021). Saliente-se quem em casos como os tais, envolvendo responsabilidade civil do Estado por ato de tortura no regime militar, a jurisprudência do Supremo Tribunal federal é pacífica quanto à imprescritibilidade da pretensão.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente que:

A inadmissibilidade nos processos judiciais de qualquer prova que se obtenha em violação da proteção contra a tortura e os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes é chamada de regra de exclusão e decorre das obrigações assumidas internacionalmente pelo Brasil como signatário de tratados como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é no sentido de que a regra de exclusão é intrínseca à proibição de tais atos e ostenta um caráter absoluto e inderrogável. A proibição de outorgar valor probatório se aplica não somente à prova obtida diretamente mediante coação, mas também à evidência que decorre de tal ação (HC n. 876.910/PE, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do Tjsp), Sexta Turma, julgado em 24/9/2024, DJe de 27/9/2024.)

### **3 CLASSIFICAÇÕES DA TORTURA E AS TORTURAS PRATICADAS POR PARTICULARES NO BRASIL**

Existem inúmeras classificações doutrinárias sobre a tortura. Quanto ao sujeito ativo, existe a tortura praticada por agente público (ou alguém investido de poderes públicos/estatais) ou praticada por particular: “tortura estatal” ou “tortura particular”, respectivamente. Rememore-se que no Brasil, como regra geral<sup>33</sup>, a tortura é crime comum, que independe de qualidade especial do sujeito ativo, podendo ser este particular ou agente/autoridade pública.

Leciona Moura que existem ao menos quatro modalidades de tortura<sup>34</sup>. A chamada “tortura-pena” ou “tortura-punição” trata das formas cruéis e desumanas de execução da sanção penal.

<sup>33</sup> Diz-se em regra geral pois algumas das figuras típicas exigem condição especial do agente, vide art. 1º, inciso II; art. 1º, §1º e art. 1, §2º da Lei.

<sup>34</sup> MOURA, Bruno. **A Propósito Da Chamada “Tortura Salvadora”: Outra “Quebra De Tabu”, Agora Relativamente À Proibição De Valoração Da Prova?** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais: São Paulo, vol. 101/2013, p. 229-282, 2013, p. 234.



Chama-se de “tortura inquisitorial” ou “tortura para obtenção de provas” aquela que tem natureza processual e encontra sua origem e mais conhecida manifestação nos antigos processos contra bruxas.

Já a “tortura preventiva” propriamente dita tem em vista situações como a recente prática dos Estados Unidos da América nas prisões de Abu Ghraib e Guantânamo, destinada a extorquir informações supostamente relevantes na luta contra futuros perigos advindos do terrorismo. Diversamente, a “tortura de salvação” ou “tortura salvadora” tem como norte situações tais quais as do caso Daschner ou qualquer outro “caso bomba relógio”, em que a tortura aparece como meio de obtenção de informações necessárias para a urgente e iminente proteção da vida ou da integridade física de uma ou mais pessoas.

Outra classificação se emprega no que toca às torturas criminalizadas pela Lei nº 9455/1997. A primeira delas é a “tortura-confissão”, também chamada de “tortura-prova”, “tortura persecutória ou “tortura institucional”<sup>35</sup>. Trata-se da modalidade em que a vítima é submetida ao sofrimento físico ou mental com a finalidade especial de que o torturador obtenha “*informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa*”. Apesar de alguns chamarem-na de “tortura institucional”, fato é que nesta modalidade, prevista no art. 1º, I, “a” da lei, o sujeito ativo pode ser também particular, não havendo a necessidade que a informação extraída seja de interesse estatal ou institucional.

O art. 1º, I, “b” prevê a “tortura-crime”. Neste caso, o agente (também público ou privado) tortura outrem para que este pratique um crime, mediante ação ou omissão. Frise-se que, nesta hipótese, o torturador responderá pelo crime praticado por sua vítima, ao passo que esta é isenta de culpa, eis que agiu em coação moral irresistível, espécie de inexigibilidade de conduta diversa.

A alínea “c” do art. 1º, I, por sua vez, traz a relevante modalidade da “tortura-preconceito”. É também conhecida como “tortura-discriminatória” ou “tortura-racial”. Diz respeito à prática de tortura motivada pela qualidade racial ou religiosa da vítima, discriminando-a. Diferentemente das torturas das alíneas “a” e “b”, em que o torturador busca um agir das vítimas, neste caso os atos cruéis são praticados única e exclusivamente pelo preconceito.

Nesta alínea, andou mal o legislador, uma vez que restringiu a discriminação a questões raciais e/ou religiosas. Assim, não conversa com a lei de preconceito (Lei nº 7716/1989), que traz outras modalidades de preconceito, tais como a cor, etnia e procedência nacional, tão importantes no contexto nacional. Tampouco se abrangem as hipóteses envolvendo pessoas LGB-

---

<sup>35</sup> Alguns autores ainda a chamam de “tortura-inquisitorial”, mas entende-se que esta deve ser deixada para aquela realizada ao longo da idade média e moderna.

TQIA+. Aliás, acerca desta última situação, cabe lembrar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO26, nada tratou sobre a homofobia e transfobia em sede de tortura, somente tendo feito equiparação com os crimes de preconceito da Lei 7716/1989.

O art. 1º, II da lei de tortura traz uma modalidade com sujeito ativo especial, tratando-se de crime próprio. Tem-se, neste caso, a “tortura-castigo”, “tortura-punitiva” ou “tortura-intimidatória”. Assim preleciona o dispositivo legal: “*submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo*”.

Em tal hipótese, pois, é preciso haver uma relação especial entre o torturador e a pessoa torturada, que consiste justamente na relação de guarda, poder ou autoridade. Segundo Nucci, o termo “guarda” depreende vigilância. “Poder”, por sua vez, enseja uma força típica da autoridade pública e “autoridade”, por fim, demanda a força advinda de uma relação de mando, inclusive da esfera privada, como nas relações de tutela, curatela e pais em face aos filhos menores de idade.

A devida subsunção dos termos no caso concreto deve ter em mente uma interpretação conforme à constituição que, como visto, pretende punir de forma mais severa a tortura, eis que se trata de uma afronta direta à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, cabe analisar duas situações muito comuns: tortura praticada por membros de organizações criminosas contra si próprios e pessoas inseridas no contexto da criminalidade e ainda aquela no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher,

Como é cediço, no mundo paralelo das organizações e facções criminosas, existe uma estreita estrutura hierárquica e com densa cadeia de comando entre seus membros, ainda que de modo informal.

Tanto é assim que a própria lei das organizações criminosas (Lei 12850/2013) as define em seu art. 1º, §1º como sendo: “*associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional*”.

Isso significa que há uma clara divisão de poder e responsabilidades dentro do grupo criminoso. Essa hierarquia é fundamental para a organização e o funcionamento eficiente de suas redes, bem como para a manutenção do controle e da disciplina entre os membros.

A autoridade, nesse contexto, é distribuída conforme a posição de cada indivíduo dentro da estrutura criminosas, ao passo que as decisões e ações dos superiores são seguidas com base no respeito e medo. Em sendo o medo uma forma de controle e manutenção da ordem nas or-

ganizações criminosas, muitas vezes a “tortura-castigo” é aplicada àqueles que desobedecem a chefia, através do chamado “tribunal do crime” ou “disciplina”.

Não é diferente o caso de usuários de drogas e seus familiares: pessoas que estão vinculadas à associação criminosas em razão da aquisição de substâncias entorpecentes, submetendo-se à disciplina por eles imposta. Ainda que não integrantes das organizações criminosas, tais usuários acabam por aceitar, seja direta ou tacitamente, as regras por eles estabelecidas, o que leva à inevitável conclusão de que são sujeitos à autoridade dos faccionados. Indivíduos em geral, que vivem em ambiente de facções, milícias e correlatos, que são submetidos a regras desse submundo, também ficam oprimidos e acabam forçados a seguir as determinações das chefias criminosas, por isso é plenamente possível que sejam sujeito passivo do crime, dada a relação de submissão à autoridade.

A mesma é a situação de pessoas que devem para agiotas, submetendo-se a uma relação em que acabam inferiorizadas pela autoridade de quem lhes empresta dinheiro e impostas às regras determinadas por estes.

Assim sendo, há perfeita adequação típica da tortura-punitiva quando castigos desumanos e deploráveis são atribuídos por membros de facção a seus subalternos ou a pessoas que, mesmo não sendo membros, sujeitam-se às suas normas diante de uma relação vulnerável. Havendo indícios de que o sujeito integra organização criminosa, facção e semelhantes, bem como evidências de que atua de forma violenta, punindo qualquer indivíduo – membro da facção ou cidadão comum – que contrarie suas regras, resta caracterizada a tortura-castigo. Nesse contexto, é evidente a relação especial de autoridade entre o torturador e o torturado.

Da mesma forma é o caso da violência doméstica e familiar contra a mulher. A violência de gênero é um dos grandes conflitos da história da humanidade. É de Platão, importante filósofo grego, a afirmação de que “*a natureza da mulher é inferior à do homem na sua capacidade para a virtude*”. Shopenhauer, de seu turno, afirma que “*a mulher pode ser educada, mas sua mente não é adequada às ciências mais elevadas*”. Tal mentalidade fez com que durante séculos as mulheres gozassem de menos direitos que os homens, notadamente em razão de seu papel social excluído.

A exposição de motivos da Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006) afirma que “*a mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvidas sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela sofridos em âmbitos privado*”.

Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a violência de gênero contra a mulher “é resultante da organização social de gênero, a qual atribui posição de *superioridade ao ho-*

*mem. A violência contra a mulher nasce da relação de dominação/subordinação, de modo que ela sofre as agressões pelo fato de ser mulher”<sup>36</sup>.*

Extrai-se daí nítida relação de subordinação à autoridade do homem face à vítima mulher subjulgada, o que permite ela ser sujeito passivo do crime de tortura no caso. Saliente-se também que a jurisprudência já chegou até mesmo a reconhecer relação de poder do homem sobre a mulher para configurar tortura, em um contexto em que ele privou a liberdade da vítima mediante cárcere privado. Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

*Acusado que, prevalecendo-se das relações domésticas, privou a vítima, mulher, que se encontrava sob seu poder, pois a levou até um local ermo, com violência e grave ameaça, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal, pois acreditava ter sido traído. Nas mesmas circunstâncias, constrangeu a ofendida, mediante violência e grave ameaça, a permitir que praticasse com ele atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Existência e autoria dos fatos comprovadas. Condenação mantida. (Apelação Criminal, Nº 50009529120238210141, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em: 16-08-2024)*

Não somente nesse contexto em que houve efetiva restrição da liberdade mediante cárcere privado é que a mulher poderá ser vítima de tortura. Em qualquer outro contexto da lei Maria da Penha, quando subjulgada por algoz, terá capacidade passivada para ser torturada.

Convencionou-se chamar de tortura imprópria a figura equiparada do art. 1º, §1º da lei. Neste caso, trata-se de um crime próprio praticado por pessoa que tem sob sua custódia presos ou pessoas internadas sujeitas à medida de segurança. São crimes cometidos pelo carcereiro, policial, agente penitenciário, diretor de estabelecimento carcerário e correlatos. É uma figura diferente das demais, pois não exige emprego de violência ou grave ameaça. O crime é praticado através de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Finalmente, tem-se na lei a figura da “tortura por omissão”, vide art. 1º, §2º. Figura mais branda, apenada com detenção, cuida-se de um crime próprio, eis que exige a posição de garante daquele que tinha o dever de agir contra a prática da tortura, devendo evitá-la ou apurá-la. É o caso, por exemplo, de marido que é conivente com a prática de tortura feita pela mãe contra o filho do casal.

O leque de modalidades de tortura, como se vê, é bastante amplo. A prática criminosa é mais comum do que se gostaria, tanto no âmbito público como privado. Em razão da gravidade de sua prática, que fere um dos vetores basilares do Estado Democrático de Direito, necessário se faz reprimi-la de forma árdua, em todas as searas nas quais praticada.

<sup>36</sup> <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em 07/11/2024.

Sociedades mais igualitárias, desenvolvidas e com políticas públicas efetivas, também tendem a ter redução de problemas de tortura, já que poder paralelos mais dificilmente acabam emergindo com o Estado forte e presente. Por isso, atuação preventiva estatal também é fundamental para evitar tão nefasto crime.

## CONCLUSÃO

No mundo contemporâneo, a tortura é uma prática grave e condenável que se manifesta em diversas modalidades, sendo que a doutrina apresenta classificações de tortura baseadas tanto nos agentes envolvidos, quanto nas motivações subjacentes para sua ocorrência. Os agentes podem ser tanto do Estado quanto particulares e as motivações são as mais diversas possíveis: busca de informação, confissão, castigo, punição, preconceito, dentre outras.

Embora seu combate seja um imperativo para a proteção da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito, há vozes defendendo a possibilidade nos casos chamados de “tortura salvação”, notadamente após o advento, nas últimas décadas, da chamada guerra ao terror. A doutrina majoritária, contudo, não a admite, considerando ser absoluto o direito fundamental a não ser torturado.

O Brasil foi um dos últimos países do mundo ocidental a criminalizar a tortura, nada obstante, sua ocorrência é uma realidade no país. Para além das denúncias envolvendo agentes policiais, em especial os militares na sua atividade fim, vem se tornando comuns também as torturas praticadas por particulares.

Em contextos de violência doméstica contra a mulher, crime organizado e milícias, a relação de poder e autoridade entre o torturador e a vítima agrava a situação, evidenciando a necessidade de uma atuação rigorosa do sistema de justiça para proteger direitos fundamentais e combater as múltiplas expressões da tortura.

Portanto, a legislação e o aparato judicial devem reforçar a punição e prevenção da tortura, em alinhamento com os princípios do Estado Democrático de Direito, promovendo o respeito à integridade moral e dignidade de todas as pessoas.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª Ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: editora Campus, 1992.

CARVALHO, Gisele Mendes de Carvalho; OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de Oliveira. **Direito a não ser torturado? A integridade moral como bem jurídico indisponível no direito penal brasileiro**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 8/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- DIAS, Augusto Silva. **Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror**. Revista da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 71, jan. 2012 – abril. 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- GOMES, Lauro Thaddeu. **A posição da vítima no processo penal brasileiro**. 2012. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
- GRECO, Luiz. **As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”**. Doutrinas essenciais de direitos humanos, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 685-716, 2011.
- HERINGER Jr., Bruno. **Criminologia Mimética: aportes da antropologia girardiana ao estudo do fenômeno criminal**. São Paulo: editora Dialética, 2024.
- HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal – volume V**. Rio de Janeiro: Forense, 1950.
- JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Juspodium, 7ª Ed., 2019, p. 1089.
- NEPOMUCENO, Raphael Ramos. **A invisibilidade da vítima na persecução penal sob as lentes da reparação do dano**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 2023.
- NUCCI, Guilherme. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol.2. Rio de Janeiro, 12ª Ed. Editora Forense, 2019
- MOURA, Bruno. **A Propósito Da Chamada “Tortura Salvadora”: Outra “Quebra De Tabu”, Agora Relativamente À Proibição De Valoração Da Prova?** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais: São Paulo, vol. 101/2013, p. 229 – 282, 2013.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2002. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- RODRIGUES, Roger de Melo. **A Tutela da Vítima no Processo Penal Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. **Tortura e Tratamento Desumando e Degradante: um enfoque jurídico-penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 127-142, 2015.
- SZNICK, Valdir. **Tortura: histórico, evolução, crime**. São Paulo: Leud, 1998.

# FALSAS MEMÓRIAS E A URGÊNCIA DE SE REPENSAR A FORMA E A CREDIBILIDADE DO TESTEMUNHO COLHIDO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Rodrigo Chemim<sup>1</sup>

## RESUMO

O artigo discute a relevância da prova testemunhal no processo penal, com foco nas falhas da memória humana e a possibilidade de criação de falsas memórias. Apesar de ser uma das formas mais comuns de prova, o testemunho é suscetível a erros devido a falhas de percepção, distorções e esquecimentos. Com o avanço das ciências cognitivas, as pesquisas mostraram que a memória pode ser distorcida com o tempo e influenciada por informações externas. No Brasil, tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passaram a adotar práticas para mitigar esses riscos, como a Resolução 484 do CNJ, que regulamenta o procedimento de reconhecimento pessoal e enfatiza a não repetibilidade do ato. O artigo sugere que o primeiro depoimento da testemunha, próximo ao fato e registrado em áudio e vídeo, seja considerado o mais confiável, em linha com práticas adotadas em outros países. A forma de inquirição e o método de entrevista também são destacados, com recomendações de uso da entrevista cognitiva para evitar perguntas sugestivas, promovendo-se a gravação em áudio e vídeo. O artigo ainda questiona a obrigatoriedade de repetição do depoimento em juízo, propondo que o contraditório seja postergado ou adaptado para permitir uma prova mais íntegra e próxima da experiência original da testemunha. A reflexão levanta a possibilidade de uma reforma legislativa que valorize o primeiro depoimento como mais confiável e, ao mesmo tempo, preserve os direitos de defesa.

**Palavras-chave:** Prova testemunhal. Falsas memórias. Entrevista cognitiva. Contraditório. Coerência hermenêutica.

## INTRODUÇÃO

Não há dúvida que a prova testemunhal é empregada largamente como elemento probatório relevante nos processos criminais<sup>2</sup>. É mesmo difícil encontrar uma investigação ou um processo no qual não se tenha produzido provas testemunhais. Mesmo que provas documentais ou periciais importantes estejam presentes nos autos, ainda assim não se costuma deixar de ouvir quem tem algo a dizer sobre o fato.

<sup>1</sup> Doutor em Direito de Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor titular de processo penal do Mestrado Profissional em Direito da Universidade Positivo. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

<sup>2</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Brasília: Ministério da Justiça, Ipea (Coleção Pensando Direito, nº 59), 2015, p. 54: “Podemos dizer que existe uma convergência, quase unânime entre todos os grupos de atores, independentemente de sua região, sobre a importância fundamental do testemunho para o resultado do processo, sendo considerada a principal prova. Vários atores tentaram quantificar, através de percentuais aproximados, qual seria a representatividade desta espécie probatória. Muitos deles mencionaram que mais de 90% dos casos eram solucionados através de testemunhas.”

Sucedem que, dada a natureza humana da testemunha, ela é a menos confiável das provas. Além das pessoas poderem deliberadamente mentir<sup>3</sup>, podem promover distorções involuntárias decorrentes de falhas de percepção, deturpações da realidade ou de meros esquecimentos<sup>4</sup>. Esse problema e o quanto ele pode conduzir a decisões erradas quando se parte de uma prova mal produzida não é algo novo e acompanha a história ocidental<sup>5</sup>, com especial atenção à doutrina

<sup>3</sup> Sobre as diversas formas pelas quais a mentira possa ser a tônica de um depoimento, vide ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária. II. Personagens do Processo Penal*. 4º Volume. Tradução baseada na 4ª ed. italiana por Fernando de Miranda, Coimbra: Arménio Amado, Editor, 1959, p. 97 e ss.; e MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Penal*. Volume I. Tradução de Waleska Giroto Silverberg, Tradução da 3ª ed., de 1912, São Paulo: Conan, 1995, p. 274: “ou diz o contrário da verdade ou não a pronuncia. Mentira ou silêncio, falsidade propriamente dita ou reticência”. E, do mesmo autor, MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Penal*. Volume II. Tradução de Waleska Giroto Silverberg, Tradução da 3ª ed., de 1912, São Paulo: Conan, 1995, p. 42 e ss.

<sup>4</sup> Nilo Bairros de Brum pondera que “para ilustrar a relatividade dos meios de prova não é necessário recorrer ao exemplo extremo de que existem escritórios de advocacia que mantêm ‘viveiros’ de testemunhas profissionais. Basta lembrarmos-nos das falhas de percepção e memória das testemunhas, das distorções involuntárias pelas quais as testemunhas ‘mentem’ por motivo de coleguismo, simpatia, antipatia, sentimento de classe, etc”. O autor chega a fazer uma brincadeira com o conceito medieval de “rainha das provas” e a frequência com que se utiliza a prova testemunhal no processo penal. Se a prova testemunhal é a menos confiável, ela seria a “prostituta das provas”, mas, se e a mais usada, seria a “rainha das provas”. E indaga, ao final: “Teríamos, então, uma rainha prostituta?” (BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 75-76).

<sup>5</sup> O que se documentou na Bíblia já indicava uma preocupação com necessidade de se ter um testemunho como prova (Números 5,13: “De maneira que algum homem se tenha deitado com ela, e for oculto aos olhos de seu marido, e ela o tiver ocultado, havendo-se ela contaminado, e contra ela não houver testemunha, e no feito não for apanhada...”); da necessidade de se ter mais de uma prova testemunhal para provar um fato (Números 35,30: “Todo aquele que matar alguma pessoa, conforme depoimento de testemunhas, será morto; mas uma só testemunha não testemunhará contra alguém, para que morra” e Deuteronômio 19,15: “Uma só testemunha contra alguém não se levantará por qualquer iniquidade, ou por qualquer pecado, seja qual for o pecado que cometeu; pela boca de duas testemunhas, ou pela boca de três testemunhas, se estabelecerá o fato”); e do cuidado que se deve ter com a possibilidade de se estar diante de falso testemunho (Êxodo 20,16: “Não levantarás falso testemunho contra teu próximo”; 23,1: “Não admitirás falso boato, e não porás a tua mão com o ímpio, para seres testemunha falsa”; Deuteronômio 5,20: “Não dirás falso testemunho contra o teu próximo”; 16-20: “16. Quando se levantar testemunha falsa contra alguém, para testificar contra ele acerca de transgressão. 17. Então aqueles dois homens, que tiverem a demanda, se apresentarão perante o Senhor, diante dos sacerdotes e dos juizes que houver naqueles dias. 18. E os juizes inquirirão bem; e eis que, sendo a testemunha falsa, que testificou falsamente contra seu irmão, 19. Far-lhe-eis como cuidou fazer a seu irmão; e assim tirarás o mal do meio de ti. 20. Para que os que ficarem o ouçam e temam, e nunca mais tornem a fazer tal mal no meio de ti.”; Provérbios 14,5: “A verdadeira testemunha não mentirá, mas a testemunha falsa se desboca em mentiras”; 19,5: “A falsa testemunha não ficará impune e o que respira mentiras não escapará”; 21,28: “A falsa testemunha perecerá, porém o homem que dá ouvidos falará sempre”; 24,28: “Não sejas testemunha sem causa contra o teu próximo; e não enganes com os teus lábios”; e 25,18: “Martelo, espada e flecha aguda é o homem que profere falso testemunho contra o seu próximo”). Desde sempre, portanto, a atenção com a prova testemunhal vai aparecer como um problema a ser considerado e vai permear inúmeros outros documentos antigos a exemplo d’ *O Código de Hammurabi*, traduzido para o inglês por Leonard William King e para o português por Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2005. Nele se encontram referências às provas testemunhas nas seguintes regras: “Regra 9. Se alguém perder algo e encontrar este objeto na posse de outro, se a pessoa em cuja posse estiver o objeto disser ‘um mercador vendeu isto para mim, eu paguei por este objeto na frente de testemunhas’ e se o proprietário disser ‘eu trarei testemunhas que conhecem minha propriedade’, então o comprador deverá trazer o mercador de quem comprou o objeto e as testemunhas que o viram fazer isto, e o proprietário deverá trazer testemunhas que possam identificar sua propriedade. O juiz deve examinar os testemunhos dos dois lados, inclusive o das testemunhas. Se o mercador for considerado pelas provas ser um ladrão, ele deverá ser condenado a morte. O dono do artigo perdido recebe então sua propriedade e aquele que a comprou recebe o dinheiro pago por ela das posses do mercador. Regra 10. Se o comprador não



de processo penal do Século XVII<sup>6</sup> em diante, que passou a incrementar a preocupação com o

---

*trouxe o mercador e testemunhas ante a quem ele comprou o artigo, mas seu proprietário trouxe testemunhas para identificar o objeto, então o comprador e o ladrão e deve ser condenado a morte, sendo que o proprietário recebe a propriedade perdida. Regra 11. Se o proprietário não trouxe testemunhas para identificar o artigo perdido, então ele está mal-intencionado, e deve ser condenado a morte.* E da Lei das XII Tábuas (MEIRA, Silvío. *Curso de Direito Romano: história e fontes*. Ed. fac-sim. São Paulo: LTr, 1996, p. 70 e s.: “Tábua Primeira. 1. Se alguém é chamado a Juízo, compareça; 2. Se não comparece, aquele que o citou tome testemunhas e o prenda”). Das leis romanas antigas: *Digesto*, 72, 5, 12: “*ubi numerus testium non adjicitur, duo sufficiunt*”. Ou ainda dos textos medievais, v.g. MALETIS, Albericus de. *De Testibus*. Roma: Georg Lauer ca., 1480.

<sup>6</sup> Prospero Farinacci (que viveu entre 1544 e 1618) foi um expoente ao seu tempo nessa discussão e já pontuava: *Até aqui, tratamos das testemunhas que dizem algo sobre o tempo e o lugar diferentes, mas e se elas não depuserem de forma alguma sobre o tempo ou lugar? Essas testemunhas farão o mesmo? Esta questão parece cair bem neste momento, uma opinião adequada, de que nas testemunhas o tempo regularmente não tem substância [...] E, portanto, as testemunhas que não se lembram do tempo são muito escusáveis, pois o tempo é facilmente cortado da memória de um homem [...]. Ele disse que uma testemunha que não testemunha sobre a hora tem mais probabilidade de ser acreditada caso testemunhe em dúvida do que outra que testemunha precisamente sobre a hora, devido a um provável esquecimento da hora. (...) Que a conclusão do que precede seja fecunda e descritiva; quando o tempo é antigo, em que é provável o esquecimento, são admitidas testemunhas que não testemunham sobre o tempo, ou que não se lembram dele, segundo Bart. em l. carbonianus, § dias, se 8. ss. (...) Mas, se a distância temporal for curta, na qual o esquecimento não seja provável e a testemunha não depõe sobre o tempo, e diz não se lembrar dele, então, ele não apenas não prova, mas pode ser torturado como alguém suspeito de falsidade, ou melhor, pode ser até punido. (...) Uma regra proposta para uma testemunha que estabeleceu coisas diversas e contrárias por erro e ignorância, pois tal variedade de testemunho não tira a fé, segundo Bald. em (...) E essa testemunha assim, por erro e ignorância, que disse várias coisas, não será punida (...) Mas a justa causa dos erros da testemunha será o esquecimento, como ele constata nas alegações feitas por Monticell. (...) presume-se que o que ocorreu há dois anos foi esquecido. Hipólito Riminald.conf. 344. n.º 75 seqq.lib.3 onde se diz que se presume que a testemunha esqueceu de algo ocorrido há dois ou três anos. Magon seg. Lucas 42. número 10. que afirma que a testemunha se esquece do que ocorreu há dez anos. Lauren. decif. Avenion. 91. se 5. no final, junto com o número 6. 7. Onde o que se presume nas testemunhas seja esquecido, especialmente quando se trata de um determinado dia, mas não parece ser presumido abaixo do 28º dia como ali por ele, d. se 5. em fin. Rota antes de D. Cæsare de Graffis, decif.82.num. 13. onde o que ocorreu há sete anos se presume que foi esquecido pela testemunha, isso, e ele disse o mesmo em dez anos. 175. se 19 de dezembro 73. nome 4. 6. onde, porém, que esta desculpa de esquecimento desagrade a Rota. O que importa, é saber em geral se, e quando, e por quanto tempo o esquecimento é presumido (...) FARINACCI, Prospero. *Tractatus Integer De Testibus*. Ex Officina Johannis Georgii Schwänderi, 1677, p. 298-299 e 349-350. Tradução nossa. No original, em latim: “*Hactenus de testibus in tempore, & loco diversis, sed quid si nullo modo de tempore, aut loco deponant; an tales testes sidem faciant? Haec quaestio in hunc locum bene cadere videtur, una suit opinio, quod in testibus regulariter non est de substantia tempus, secundum [...] Et propterea testes de tempore non recordantes esse multum excusabiles, cum de facili tempus ex hominis memoria exctidat [...] dixit, quod testi non deponenti de tempore, vol dubitativte deponenti magis creditur, quam alteri praecise de tempore deponenti propter, verisimilem temporis oblivionem*” (...) *Sit conclusio praecedentis fecundæ declarativa; quando tempus est antiquum, in quo verisimilis est oblivio, tunc admittuntur testes, de tempore non deponentes, vel de eo non recordantes, secundum Bart. in l. carbonianum, § dies autem, num. 8.ff. (...) Si vero tempus est breve, in quo oblivio non est verisimilis, tunc testis no deponens de tempore, & de eo se non recordans: non solum, non probar, sed tanquam de falso suspectus potest torqueri, imo & etiam puniri. (...) “Propositam regulam in teste, qui varia, & contraria deposuisset per errore, & ignorantiam, talis enim varietas testi non tollit fidem, ut per Bald. in (...) Et hunc testem sic per errorem, & ignorantiam varia dicentem non puniri seripservunt (...) faciunt que de teste falso dixi infra qu.67.num.77. sequentibus, ubi vide. 34 Justa autem errors causa in teste erit oblivio, ut ex allegatis per Monticell, in repert. test. rubri. impugnatur testis, quia varius, &c. fol. 200. col.2. verf.1. fol.201.col.1. verf: antepen Cephal. conf. 164. nu.5. vol.2.ubi quod in teste per biennium oblivio praesumitur. Hippol. Riminald.conf. 344.n.75. seqq.lib.3. ubi pariier quod in teste praesumitur oblivio per duos, yel tres annos, Hieron. Magon. decif. Luc. 42.numer. 10. ubi pariter de testis oblivione per decem annos. Lauren. decif. Avenion. 91. num. 5. in fine, junto numer. 6. 7. Ubi quod in testibus oblivio praesumitur, maxime quando de certa die agitur, sed no videtur praesumi infra 28. dies ut ibi per eum, d. num. 5. in fin. Rota coram D. Cæsare de Graffis, decif.82.num. 13. ubi quod in teste praesumitur oblivio per septem annos, quod, & idem dixit in dec. 175. num. 19. dec. 73.nume.4. 6. ubi tamen quod haec excusatio oblivionis displicet Rotæ. Ad quam materiam, & generaliter an, & quando, & per quantum tempus oblivio praesumatur (...).”**

fato de a memória sofrer deturpações e esquecimentos. No entanto, foi com o incremento das ciências da natureza a partir Século XIX e com a organização da psicologia como ciência<sup>7</sup> que os estudos em torno da memória deram um salto de qualidade. Primeiro com as contribuições de Ribot, em 1881, dando destaque à expressão “falsa memória”, a qual, segundo ele, enquanto “*Wigan chamou isso incorretamente de dupla consciência, Sander de ilusão de memória (Erinnerungstauschung)*”, “*outros lhe deram o nome de falsa memória, o que me parece preferível*”<sup>8</sup>. Relacionou-a com um “*déjà vu*” e a definiu como um “*estado alucinatório*” que se impõe “*como realidade, porque nada retifica essa ilusão*”. Esse estado mental, então, disse Ribot, toma “*o lugar da impressão propriamente dita, parece a mais recente, e de fato é. Para nós, que julgamos de fora e do que aconteceu externamente, é falso que a impressão tenha sido recebida duas vezes. Para o paciente, que julga segundo os dados da sua consciência, é verdade que a impressão foi recebida duas vezes e, dentro desses limites, a sua afirmação é incontestável*”<sup>9</sup>. Depois, com Hermann Ebbinghaus, em 1885, que organizou um método cien-

<sup>7</sup> Foi a partir da publicação da obra de Herbert Spencer, em 1855, intitulada *Princípios da Psicologia* e, depois, da publicação de *Princípios de Psicologia Fisiológica*, de Wilhelm Wundt, em 1874, que a psicologia passou a se desenvolver como ciência autônoma (conforme ABBAGNANO, Nicola, *História da Filosofia*. 4ª ed. Tradução de Armando da Silva Carvalho e Antônio Ramos Rosa. Lisboa: Editorial Presença, 2000, v. 9, p. 122 e 146 e STERNBERG, Robert J. *Psicologia cognitiva*. Tradução da 5ª ed. norte-americana por Anna Maria Dalle Luche e Roberto Galman. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 5).

<sup>8</sup> RIBOT, Théodule-Armand. *Les Maladies de la mémoire*. 18ª ed., Paris: Félix Alcan, Éditeur, 1906, p. 149.

<sup>9</sup> RIBOT, Théodule-Armand. *Les Maladies de la mémoire*. 18ª ed., Paris: Félix Alcan, Éditeur, 1906, p. 149-152.: “*É impossível relacionar-se com qualquer um dos tipos mórbidos que precedem uma ilusão de natureza bizarra, pouco frequente ou pelo menos raramente observada, uma vez que apenas três ou quatro casos são citados e que até agora não recebeu qualquer nome particular. Wigan chamou isso incorretamente de dupla consciência, Sander de ilusão de memória (Erinnerungstauschung). Outros lhe deram o nome de falsa memória, o que me parece preferível. Consiste em acreditar que um novo estado da realidade foi previamente vivenciado, de modo que, quando ocorre pela primeira vez, parece ser uma repetição. Wigan, em seu conhecido livro sobre a “dualidade da mente”, registra que enquanto assistia ao funeral da Princesa Charlotte na Capela de Windsor, de repente sentiu como se já tivesse testemunhado o mesmo espetáculo. A ilusão foi apenas passageira; veremos outros mais duradouros. Lewes compara corretamente este fenômeno com alguns outros mais frequentes. Ele chega num país estrangeiro e o desvio repentino de um caminho ou de um rio nos coloca frente a frente com alguma paisagem que parecemos ter contemplado um dia. Apresentados pela primeira vez perto de uma pessoa, sentimos que já a vimos antes. Ao ler novos pensamentos em um livro, sentimos que eles já estavam presentes na mente anteriormente. Neste fenômeno da falsa memória há uma anomalia do mecanismo mental que nos escapa e que é difícil de compreender num estado saudável. O paciente, mesmo sendo um bom observador, só poderia analisá-lo deixando de se deixar enganar. No entanto, parece-me que destes exemplos emerge, antes de mais, que a impressão recebida é reproduzida em forma de imagem (em termos fisiológicos, há uma repetição do processo cerebral primitivo). (...) A imagem assim formada é muito intensa, de caráter alucinatório; impõe-se como realidade, porque nada retifica esta ilusão. Com isso, a impressão real fica relegada para segundo plano, com o caráter apagado das memórias: está situada no passado, erroneamente se considerarmos os fatos objetivamente, corretamente se os considerarmos subjetivamente. Na verdade, esse estado alucinatório, embora muito vívido, não apaga a impressão real; mas à medida que se desprende dele, tal como foi produzido por ele depois do fato, deve aparecer como uma segunda experiência. Ela toma o lugar da impressão propriamente dita, parece a mais recente, e de fato é. Para nós, que julgamos de fora e do que aconteceu externamente, é falso que a impressão tenha sido recebida duas vezes. Para o paciente, que julga segundo os dados da sua consciência, é verdade que a impressão foi recebida duas vezes e, dentro desses limites, a sua afirmação é incontestável.*” Tradução nossa. No original, em francês: “*Il est impossible de rapporter à aucun des types morbides qui précèdent une illusion d’une nature bizarre, peu fréquente ou du moins rarement observée, puisqu’on n’en cite que trois ou quatre cas et qui n’a reçu jusqu’ici aucune dénomina-*

tífico preciso na realização de pesquisas empíricas e que visavam entender e demonstrar como a memória pode sofrer negativamente o impacto do tempo<sup>10</sup>. A partir dessa época, os temas da psicologia do testemunho e das falsas memórias passaram a incorporar as preocupações da psicologia em geral e da psicologia jurídica em particular<sup>11</sup>. E, mais recentemente, a partir dos anos 1970, o estudo da psicologia do testemunho ganhou novos contornos, fundado no acúmulo de uma série de novas pesquisas empíricas que passaram a confirmar as percepções de Ribot no sentido de as pessoas poderem construir, com o passar do tempo e por influências externas, eventuais falsas memórias<sup>12</sup>. Em paralelo, reforçou-se a compreensão de que o cérebro humano ao mesmo tempo em que é capaz de reter informações por muito tempo, a depender do quanto a experiência vivida tenha sido traumática<sup>13</sup>, também é capaz de apresentar falhas, limitações e promover esquecimentos<sup>14</sup>. Até mesmo a literatura, seguindo mais uma vez a lição de Ribot<sup>15</sup>,

---

*tion particuliere. Wigan l'a appelée assez improprement une double conscience, Sander une illusion de la mémoire (Erinnerungstauschung). D'autres lui ont donné le nom de fausse mémoire, qui me paraît préférable. Elle consiste à croire qu'un état nouveau en réalité a été antérieurement éprouvé, en sorte que, lorsqu'il se produit pour la première fois, il paraît être une répétition. Wigan, dans son livre bien connu sur la "dualité de l'esprit", rapporte que, pendant qu'il assistait au service funèbre de la princesse Charlotte dans la chapelle de Windsor; il eut tout d'un coup le sentiment d'avoir été autrefois témoin du même spectacle. L'illusion ne fut que fugitive; nous en verrons de plus durables. Lewes rapproche avec raison ce phénomène de quelques autres plus fréquents. Il arrive en pays étranger que le détour brusque d'un sentier ou d'une rivière nous met en face de quelque paysage qu'il nous semble avoir autrefois contemplé. Introduit pour la première fois près d'une personne, on sent qu'on l'a déjà vue. En lisant dans un livre des pensées nouvelles, on sent qu'elles ont été présents à l'esprit antérieurement. Il y a dans ce phénomène de fausse mémoire une anomalie du mécanisme mental qui nous échappe, qu'il est difficile de comprendre à l'état sain. Le malade, même s'il était bon observateur, ne pourrait l'analyser qu'en cessant d'être dupe. Il me paraît cependant ressortir de ces exemples, d'abord que l'impression reçue se reproduit sous forme d'image (en terme physiologique, il y a une répétition du processus cérébral primitif). (...) L'image ainsi formée est très intense, de nature hallucinatoire; elle s'impose comme une réalité, parce que rien ne rectifie cette illusion. Par suite, l'impression réelle se trouve rejetée au second plan, avec le caractère effacé des souvenirs: elle est localisée dans le passé, à tort si l'on considère les faits objectivement, avec raison, si on les considère subjectivement. Cet état hallucinatoire en effet, quoique très vif, n'efface pas l'impression réelle; mais comme il s'en détache, comme il a été produit par elle après coup, il doit apparaître comme une seconde expérience. Il prend la place de l'impression réelle, il paraît le plus récent, et il l'est en fait. Pour nous qui jugeons du dehors et d'après ce qui s'est passé extérieurement, il est faux que l'impression ait été reçue deux fois. Pour le malade, qui juge d'après les données de sa conscience, il est vrai que l'impression a été reçue deux fois, et dans ces limites, son affirmation est incontestable".*

<sup>10</sup> EBBINGHAUS, Hermann. *Memory: A contribution to experimental psychology*. Traduzido para o inglês por Henry A. Ruger e Clara E Bussenius, New York: Teachers College, 1913, p. 24 e ss.

<sup>11</sup> Vide, dentre outros: MIRA Y LÓPEZ, Emilio. *Manual de Psicologia Jurídica*. 2ª ed. (1ª ed. em espanhol de 1945), traduzido por Elso Arruda, São Paulo: Editorial Mestre Jou, 1967, p. 159 e ss; ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária. I. O Processo Psicológico e a Verdade Judicial*. Tradução baseada na 4ª ed. italiana por Fernando de Miranda, Coimbra: Arménio Amado, Editor, 1957, p. 296; ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária. II. Personagens do Processo Penal*. 4º Volume. Tradução baseada na 4ª ed. italiana por Fernando de Miranda, Coimbra: Arménio Amado, Editor, 1959, p. 08 e ss; MUSATTI, Cesare Luigi. *Elementi di psicologia della testimonianza*. Milano: Cedam, 1931; FIORE, Umberto. *Il valore psicologico delle testimonianze*. Città di Castello: Casa Tipografica Editrice S. Lapi, 1910.

<sup>12</sup> LOFTUS, Elizabeth F. Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory. In: *Learning & Memory*, vol. 12, nº 4, p. 361-366, 2005.

<sup>13</sup> TOGLIA, Michael P.; READ, J. Don; ROSS, David F.; LINDSAY, R.C.L. *The handbook of eyewitness psychology*. vol. I. London: LEA, 2007.

<sup>14</sup> BADDELEY, Alan D. Essentials of human memory (classic edition). In: *Psychology Press*, 2013, p. 29.

<sup>15</sup> RIBOT, Théodule-Armand. *Les Maladies de la mémoire*. 18ª ed., Paris: Félix Alcan, Éditeur, 1906, p. 45-46:

já explorou a necessidade do esquecimento como condição para a vida, como magistralmente trabalhado por Jorge Luís Borges, em seu conto fantástico “Funes, o memorioso”<sup>16</sup>.

Essas conclusões mais recentes, obtidas a partir da psicologia do testemunho, acabaram sendo objeto de estudo mais aprofundado a respeito de seu impacto no processo penal no Brasil a partir do ano de 2015, quando o Ministério da Justiça publicou os resultados de ampla pesquisa empírica intitulada “*Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*”<sup>17</sup>. Essa pesquisa confirmou o que em certa medida o senso comum já sabia: o decurso de tempo prejudica a qualidade do depoimento da testemunha no processo penal<sup>18</sup>.

Importante anotar que durante muito tempo a jurisprudência predominante no Brasil aceitava o reconhecimento pessoal feito sem a observância do regramento do artigo 226 do Código de Processo Penal<sup>19</sup>, argumentando que esse modo de realizar o ato seria apenas uma sugestão

---

“Chegamos, portanto, a este resultado paradoxal de que uma condição da memória é o esquecimento. Sem o esquecimento total de um número prodigioso de estados de consciência e o esquecimento momentâneo de um grande número, não poderíamos lembrar. O esquecimento, salvo em certos casos, não é, portanto, uma doença da memória, mas uma condição da saúde e da vida”. Tradução nossa. No original, em francês: “*Nous arrivons donc à ce résultat paradoxal qu’une condition de la mémoire, c’est l’oubli. Sans l’oubli total d’un nombre prodigieux d’états de conscience et l’oubli momentané d’un grand nombre, nous ne pourrions nous souvenir. L’oubli, sauf dans certains cas, n’est donc pas une maladie de la mémoire, mais une condition de sa santé et de sa vie*”

<sup>16</sup> BORGES, Jorge Luís. Funes o Memorioso. In: *Jorge Luís Borges: Prosa Completa*. Tradução de Marco Antônio Franciotti. Barcelona: Bruguera, 1979, v. 1, p. 477-484. Vale destacar alguns trechos do conto: “*Dezenove anos havia vivido como quem sonha: olhava sem ver; ouvia sem ouvir; esquecia-se de tudo, de quase tudo. Ao cair, perdeu o conhecimento; quando o recobrou, o presente era quase intolerável de tão rico e tão nítido, e também as memórias mais antigas e mais triviais. Pouco depois averiguou que estava paralisado. Fato pouco o interessou. Pensou (sentiu) que a imobilidade era um preço mínimo. Agora a sua percepção e sua memória eram infalíveis. (...) Essas lembranças não eram simples; cada imagem visual estava ligada a sensações musculares, térmicas, etc. Podia reconstruir todos os sonhos, todos os entressonhos. Duas ou três vezes havia reconstruído um dia inteiro, não havia jamais duvidado, mas cada reconstrução havia requerido um dia inteiro. Disse-me: Mais lembranças tenho eu do que todos os homens tiveram desde que o mundo e mundo. (...) Este, não o esqueçamos, era quase incapaz de ideias gerais, platônicas. Não apenas lhe custava compreender que o símbolo genérico cão abarcava tantos indivíduos dispares de diversos tamanhos e diversa forma; perturbava-lhe que o cão das três e catorze (visto de perfil) tivesse o mesmo nome que o cão das três e quatro (visto de frente). Sua própria face no espelho, suas próprias mãos, surpreendiam-no cada vez. (...) Havia aprendido sem esforço o inglês, o francês, o português, o latim. Suspeito, contudo, que não era muito capaz de pensar. Pensar e esquecer diferenças, e generalizar, abstrair. No mundo abarrotado de Funes não havia senão detalhes, quase imediatos.*”

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Brasília: Ministério da Justiça, Ipea (Coleção Pensando Direito, nº 59), 2015.

<sup>18</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Brasília: Ministério da Justiça, Ipea (Coleção Pensando Direito, nº 59), 2015, p. 47.

<sup>19</sup> Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada

e, assim, não precisaria ser seguido à risca. A polícia, então, acostumou-se a realizar o reconhecimento de pessoas sem levar em conta a forma prevista no Código de Processo Penal. Não raras vezes o policial, ainda na rua, embasado apenas no relato do *modus operandi* do criminoso apontado pela vítima, mostrava-lhe uma fotografia no celular de uma pessoa que já teria sido presa em outras ocasiões na mesma localidade em razão de crimes similares e a vítima era induzida a reconhecê-lo como autor de mais esse crime.

Levando em conta justamente o problema apontado pela psicologia do testemunho no sentido de a pessoa ser induzida a responder de forma equivocada quando não adotado o padrão da lei ou, também, de ela ser impulsionada a formar falsas memórias quando ocorrer a repetibilidade do ato de reconhecimento e, assim, promover equivocados reconhecimentos de pessoas, a partir de 2020 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) mudou seu entendimento e passou a, sistematicamente, anular os atos de reconhecimento de pessoas que não seguiram o padrão determinado no art. 226 do CPP.

Essa preocupação chegou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, em 2022, publicou a Resolução 484, criando uma série de novas regras procedimentais que devem ser seguidas para que o ato possa ser considerado válido.

E em 2024, o mesmo CNJ realizou o “*Seminário Internacional sobre Prova e Justiça Criminal: novos horizontes para o reconhecimento de pessoas*”, com cinco painéis tendo

como objetivo aprofundar discussões acerca dos desafios para qualificação da investigação criminal e da prova penal a partir das questões trazidas à tona pelo reconhecimento de pessoas. Nesse sentido, o Seminário toma como ponto de partida o legado do Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas do Conselho Nacional de Justiça e a Resolução CNJ n. 484/2022, mas busca avançar na interlocução e construção conjunta com os demais atores do sistema de justiça criminal e a sociedade<sup>20</sup>.

É certo, portanto, que a premissa de raciocínio usada pelo Superior Tribunal de Justiça para não mais admitir que se deixe de seguir a sistemática do artigo 226, do Código de Processo Penal para o reconhecimento de pessoas é de natureza não jurídica, isto é, é embasada em estudos a respeito da psicologia em torno da possibilidade de se construir “falsas memórias” e da capacidade limitada de retenção da memória que tende a se apagar com o tempo. Aliás, a jurisprudência do STJ e a Resolução do CNJ vão além para igualmente estabelecer que o procedimento não deve ser repetido, valendo apenas aquele feito no curso da investigação, postergando-se o contraditório. A explicação, mais uma vez, vem da psicologia do testemunho que indica o risco de falseabilidade na repetição do procedimento, pela possibilidade de a testemunha vir a,

---

para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

<sup>20</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Seminário Internacional Prova e Justiça Criminal: novos horizontes para o reconhecimento de pessoas*. 09-10 de outubro de 2024.

inconscientemente, incorporar dados posteriores à sua percepção, promovendo a criação das chamadas falsas memórias<sup>21</sup>.

O que se pretende discutir nesse artigo é se essa mesma premissa não exigiria uma revisão não apenas da validade do reconhecimento pessoal e de sua não repetibilidade, mas do modelo de produção de provas testemunhais em geral. É sabido que o modelo hoje vigente no processo penal brasileiro exige, em regra, que a pessoa preste depoimento mais de uma vez ao longo da persecução penal (ao menos duas vezes: uma na investigação e outra em juízo; quando não três vezes, como ocorre no rito do júri quando há a possibilidade de uma terceira oitiva em plenário). Soma-se a essa repetibilidade o fator tempo: é significativamente comum que o intervalo de tempo entre esses depoimentos seja de meses ou anos, o que contribui, sensivelmente, para a perda da qualidade e da confiabilidade no que a testemunha tem a dizer.

Surge, então, a hipótese a ser explorada: não seria o caso de, considerando tudo o que se sabe a respeito da memória, do esquecimento e das contribuições da psicologia do testemunho, de reformular a legislação brasileira para dar maior crédito ao primeiro depoimento prestado pela testemunha, ainda próximo do fato e no curso da investigação? Alguém poderia objetar de imediato dizendo: não, porque é preciso preservar o contraditório para que se considere válido o depoimento. Surgem então outras questões adicionais: é possível compatibilizar a antecipação da prova testemunhal com a garantia do contraditório? No conflito entre o que a ciência aponta a respeito da maior confiabilidade da prova testemunhal e a necessidade de se observar o contraditório o que deve prevalecer? Essas são as preocupações que norteiam o presente artigo e que nos propomos a ensaiar algumas possíveis respostas para reflexão da melhoria da legislação brasileira.

## **1 O PROBLEMA DO ERRO JUDICIÁRIO RELACIONADO AOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS: DAS FALSAS MEMÓRIAS À QUESTÃO TEMPORAL DA COLETA DO DEPOIMENTO.**

Com o mapeamento do genoma humano e o avanço da tecnologia permitindo a possibilidade de realização de testes de DNA, desde o ano 1992, Barry Scheck e Peter Neufeld deram início a um projeto, sediado na Benjamin Cardozo School of Law, nos Estados Unidos, intitulado “*Innocence Project*”, para reavaliar algumas condenações consideradas injustas em decorrência das falhas na produção e valoração das provas, em especial a prova testemunhal. A iniciativa já detectou mais de 200 casos nos quais o confronto do material genético colhido na cena do crime e agora confrontado com a pessoa apontada pelas testemunhas como autora do

---

<sup>21</sup> CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente de memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 08, nº 02, Brasília, 2018, p. 1.058-1.073.

delito, permitiu dizer que não se tratava da mesma pessoa<sup>22</sup>. A prova testemunhal teve um peso significativo nessa constatação equivocada, sendo considerada a principal contribuinte para a condenação injusta, presente em mais de 77% dos casos nos quais o posterior exame de DNA exonerou o acusado<sup>23</sup>.

Os fatores que levam uma testemunha a se equivocar no relato do que presenciou ou experimentou são de diferentes ordens, mas podem ser aglutinados em dois grupos: fatores que estão fora do controle do sistema penal (se a experiência foi traumática ou não, se foi uma experiência repetitiva, a idade da pessoa – se criança ou adulto –, capacidade pessoal de memória, nível educacional, domínio da linguagem e capacidade de compreensão do mundo, distância que a pessoa estava do fato observado, tempo de visualização do fato, condições de visibilidade, dentre outros) e aqueles que podem ser controlados pelo sistema de leis (forma procedimental de inquirição, momento da produção da prova, distância temporal do fato, critérios para reconhecimento pessoal, dentre outros). Interessa-nos, particularmente, esse segundo grupo.

Já há consenso entre os estudiosos da psicologia do testemunho de que a forma de se promover o reconhecimento pessoal influencia diretamente na qualidade do resultado probatório<sup>24</sup>. Assim, não é recomendável que seja mostrado à testemunha uma fotografia ou uma pessoa isolada como se fosse a única suspeita de ter praticado o crime, sem o alinhamento com outras pessoas com características físicas semelhantes para proceder ao reconhecimento. Não se recomenda, igualmente, que o procedimento seja repetido. O primeiro relato é mais confiável e menos suscetível a sofrer sugestionamentos externos. Considera-se que repetir o procedimento seria potencialmente indutor do reconhecimento errado e contribuiria para construir até mesmo, ainda que eventualmente, uma falsa memória em relação à pessoa cuja fotografia isolada lhe foi mostrada pelo autoridade policial como sendo a suspeita da prática do ilícito.

Há igualmente consenso entre os estudiosos da psicologia cognitiva e da psicologia do testemunho, de que o primeiro depoimento prestado pela testemunha é o mais confiável<sup>25</sup>. Nossa “memória episódica”<sup>26</sup> é o que está em jogo aqui e, segundo anota Elizabeht Loftus, depois de

<sup>22</sup> INNOCENCE PROJECT. *Explore the Numbers: Innocence Project's Impact*. Website, 2024.

<sup>23</sup> HASEL, Lisa E. Evidentiary Independence: How Evidence Collected Early in an Investigation Influences the Collection and Interpretation of Additional Evidence In: NADEL, Lynn; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter P. *Memory and Law* (Oxford Series in Neuroscience, Law, and Philosophy) (p. 142). Oxford University Press. Edição do Kindle. IP, p. 143.

<sup>24</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Brasília: Ministério da Justiça, Ipea (Coleção Pensando Direito, nº 59), 2015.

<sup>25</sup> DI GESÚ, Cristina Carla. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 111.

<sup>26</sup> Pesquisadores indicam que existe algo como vinte e cinco categorias de memória (memória adquirida, ativa, auditiva, visual, de curto prazo, longo prazo etc.). Endel Tulving adota a expressão “memória episódica” para fazer um contraponto a uma sugestão teórica de que haveria algo diverso, classificado como “memória semântica”. Ele conceitua a “memória episódica” como aquela que “recebe e armazena informações a respeito de episódios data-

mais de trinta anos de pesquisas empíricas, que

...as pessoas são particularmente propensas a ter as suas memórias afetadas pela desinformação quando esta é introduzida após a passagem do tempo ter permitido que a memória do evento original desaparecesse (Loftus et al. 1978). Uma razão pela qual isto pode ser verdade é que, com o passar do tempo, a memória do evento fica enfraquecida e, portanto, há menos probabilidade de que uma discrepância seja notada enquanto a informação errada está sendo processada. No extremo, com intervalos de tempo muito longos entre um evento e a subsequente desinformação, a memória do evento pode ser tão fraca que é como se não tivesse sido apresentada<sup>27</sup>

Assim, quando uma testemunha é submetida a novos elementos probatórios ou afirmações posteriores que digam respeito ao evento criminoso (seja quando ela conversa com outras testemunhas<sup>28</sup>, quando o interrogatório é sugestivo, ou quando ela tem contato com notícias e debates midiáticos sobre o crime), ela pode vir a assumir esses dados como se fossem seus, alterando sua memória<sup>29</sup>.

Além disso, ainda que a pessoa possa manter o núcleo de seu relato como intacto, com o passar dos anos ela deixa de se recordar de detalhes importantes<sup>30</sup>, apresentando declarações mais genéricas, menos completas, com incorreções e distorções que poderiam indicar falseabilidade quando confrontadas com o depoimento anterior<sup>31</sup>. Isso se deve tanto ao natural esquecimento e à necessidade de apagamento da memória<sup>32</sup>, quanto, como explicam Quinlivan,

---

*dos ou eventos, e as relações temporais e espaciais entre esses eventos*". TULVING, Endel. Episodic and Semantic Memory. In: TULVING, Endel; DONALDSON, Wayne (eds.). *Organization of Memory*, pp. 381-403. New York: Academic Press, 1972, p. 385.

<sup>27</sup> LOFTUS, Elizabeth F. Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory. In: *Learning and Memory*, 12, Cold Spring Harbor Laboratory Press 2005, p. 361-366, p. 361. Tradução nossa.

<sup>28</sup> Conforme, dentre outros: HASEL, Lisa E. Evidentiary Independence: How Evidence Collected Early in an Investigation Influences the Collection and Interpretation of Additional Evidence In: NADEL, Lynn; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter P. *Memory and Law* (Oxford Series in Neuroscience, Law, and Philosophy) (p. 142). Oxford University Press. Edição do Kindle. IP, p.148; WILLIANSO, Paul; WEBER, Nathan; ROBERTSON, Marie-Therese. The effect of expertise on memory conformity: a test of informational influence. In: *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 31, 2013, p. 607-623; WRIGHT, Daniel; VILLALBA, Daniella K. Memory conformity affects inaccurate memories more than accurate memories. In: *Memory*, vol. 20, 2012, p. 254-265; GABBERT, Fiona; MEMON, Amina; WRIGHT, Daniel. I saw it for longer than you: the relationship between perceived encoding duration and memory conformity. In: *Acta Psychologica*, vol. 124 (3), 2007, p. 319-331; e HEWITT, Lauren Y.; KANE, Robert; GARRY, Maryanne. Speaking order predicts memory conformity after accounting for exposure to misinformation. In: *Psychonomic Bulletin and Review*, vol. 20, 2013, p. 558-565.

<sup>29</sup> LOFTUS, Elizabeth F. Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory. In: *Learning and Memory*, 12, Cold Spring Harbor Laboratory Press 2005, p. 361-366, p. 365.

<sup>30</sup> STERNBERG, Robert J. *Psicologia cognitiva*. Tradução da 5. ed. norte-americana por Anna Maria Dalle Luche e Roberto Galman. Sao Paulo: Cengage Learning, 2013.

<sup>31</sup> WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner. Recordação de eventos emocionais repetitivos: memória, sugestibilidade e falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Sapere Aude, Artmed, 2010, p. 186-208, p. 198; e LACY, J. W.; STARK, C. E. L. The neuroscience of memory: implications for the courtroom. In: *Nature Reviews Neuroscience*, vol. 14, 2013, p. 649-658.

<sup>32</sup> IZQUIERDO, Ivan; BEVILAQUA, Lia R. M.; CAMMAROTA, Martin. A Arte de Esquecer. In: *Estudos Avan-*



Wells e Neuschatz, ao fato de que as memórias estão em constante reconstrução e o *feedback* confirmatório de um detalhe duvidoso na memória da testemunha tende a reforçar nessa mesma memória da pessoa esse detalhe como sendo certo a respeito do que havia visto<sup>33</sup>. No mesmo sentido é o posicionamento de Wells, Olson e Charman que descrevem o resultado de suas pesquisas apontando para o fato de que as testemunhas que receberam *feedbacks* posteriores tenderam a acreditar mais na sua memória, ainda que distorcendo o que viram<sup>34</sup>. O inverso é verdadeiro<sup>35</sup>. Assim, a dúvida se torna certeza ou vice-versa. A memória é reconstruída pelos dados adicionais aos quais a pessoa foi submetida posteriormente ao seu primeiro depoimento, inclusive pela conversa que possa ter tido com outras testemunhas como destacado acima.

Uma pesquisa envolvendo alunos de graduação do Centro Universitário Franciscano (FAE), do campus de São José dos Pinhais, Paraná, realizada entre 2017 e 2018, com depoimentos colhidos no intervalo de oito meses entre o que presenciaram e suas reinquirições, observou que 88,9% deles apresentaram relatos que indicam alterações de memória por influência de um terceiro<sup>36</sup>. Isso decorre do fato que, como sintetiza Lisa Hasel, “*um volumoso conjunto de pesquisas sobre vieses de confirmação indica que as pessoas tendem a ignorar, desconsiderar ou assimilar novas informações que contradizem suas crenças existentes (ver Nickerson, 1998)*”<sup>37</sup>. Em sentido similar, Philip U Gustafsson, Torun Lindholm e Fredrik U Jönsson anotam que

é importante destacar que o esforço aumentado para relatar memórias que foram enfraquecidas ao longo do tempo pode ser compensado por mudanças no relato do tamanho do grão. Por exemplo, se a memória de um detalhe de granulação fina (por exemplo, “jaqueta esportiva verde”) enfraquece ao longo do tempo (levando a uma recuperação mais trabalhosa), a testemunha pode optar por relatar uma versão mais grosseira desse detalhe (por exemplo, “jaqueta”). O esforço aumenta-

---

*cados*, v. 20, n. 58, 2006, p. 289.

<sup>33</sup> QUINLIVAN, D. S., WELLS, G. L., NEUSCHATZ, J. S. Is manipulative intent necessary to mitigate the eyewitness post-identification feedback effect? In: *Law and Human Behavior*, 34, 2010, p. 186-197.

<sup>34</sup> WELLS, G. L., OLSON, E. A., CHARMAN, S. D. Distorted retrospective eyewitness reports as functions of feedback and delay. In: *Journal of Experimental Psychology*, vol. 9, nº I, 2003, p. 42-52, p. 50.

<sup>35</sup> HASEL, Lisa E. Evidentiary Independence: How Evidence Collected Early in an Investigation Influences the Collection and Interpretation of Additional Evidence In: NADEL, Lynn; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter P. *Memory and Law* (Oxford Series in Neuroscience, Law, and Philosophy) (p. 142). Oxford University Press. Edição do Kindle. IP, p. 148.

<sup>36</sup> SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e. JAEGER, Antonio. Memória e Conformidade: a confiabilidade da prova testemunhal e o transcurso de tempo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Volume 171, 2020, p. 281-312, *in verbis*: “Oito meses após ser exposto ao estímulo e à conversa com outro participante que assistiu ao vídeo com um comparsa, o presente experimento apontou que 16 entre 18 participantes, apesar de terem assistido a uma cena em que o autor do crime não possuía um cúmplice, conformaram com essa informação. Dessa forma, 88,89% dos participantes foram influenciados pela informação da “outra” testemunha e passaram a acreditar terem visto um segundo criminoso que (ao menos para eles) não foi mostrado.”

<sup>37</sup> HASEL, Lisa E. Evidentiary Independence: How Evidence Collected Early in an Investigation Influences the Collection and Interpretation of Additional Evidence In: NADEL, Lynn; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter P. *Memory and Law* (Oxford Series in Neuroscience, Law, and Philosophy) (p. 142). Oxford University Press. Edição do Kindle. IP, p. 153.

do esperado para relatar os detalhes de granulação fina dessa memória é, portanto, provavelmente perdido, resultando em uma memória mais facilmente recuperada. Portanto, é possível que a qualidade da memória possa ser diminuída ao longo do tempo devido à perda de detalhes, enquanto a quantidade pode permanecer constante, bem como o esforço de recuperação.<sup>38</sup>

Todas essas questões, como já antecipado, foram objeto de preocupação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça na discussão do aprimoramento da prova de reconhecimento pessoal, promovendo uma viragem jurisprudencial nesse tema, como se passa a expor.

## **2 A INCORPORAÇÃO DA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO NAS DECISÕES DO STJ E NA REGULAMENTAÇÃO DO CNJ PARA NÃO ADMITIR TANTO A VIOLAÇÃO DO MODELO LEGAL DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS QUANTO A NÃO REPETIBILIDADE DO PROCEDIMENTO.**

Atento ao problema referenciado no capítulo anterior, desde o ano 2020 (HC 598.886), o Superior Tribunal de Justiça passou a reorientar sua jurisprudência, a qual, durante muito tempo, caminhava no sentido de que o regramento do art. 226, do Código de Processo Penal, que trata do procedimento de reconhecimento pessoal, seria mera recomendação, não precisando ser seguido à risca. No corpo do acórdão pioneiro, de lavra do ministro Rogério Schietti, ficou registrada a premissa para o novo posicionamento: o quanto se sabe a respeito da falibilidade da memória humana e do quanto ela pode “*ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível quando comparada à essência do evento*”. Disse o ministro:

Fato é que há diversos estudos, notadamente no campo da Psicologia moderna, que demonstram as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Os estudos indicam que a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível quando comparada à essência do evento. Ao mesmo tempo, as falsas memórias podem ser mais resistentes do que as verdadeiras, com relatos mais vívidos em testes de recordação (REYNA, V. F., & LLOYD, F. F. Theories of false memory in children and adults. *Learning and Individual Differences*, 9, 1997, 95-123).<sup>39</sup>

Desde esse acórdão paradigma de 2020, portanto, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de exigir seja seguido o procedimento do art. 226 do CPP como condição de validade do ato.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> GUSTAFSSON, Philip U, LINDHOLM, Torun, JÖNSSON, Fredrik U. *Eyewitness accuracy and retrieval effort: Effects of time and repetition*. PLOS ONE 17(9): e0273455. 10.1371/journal.pone.0273455, 2022.

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 598.886. Relator ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 27 de outubro de 2020, publicado em 18 de dezembro de 2020.

<sup>40</sup> RODRIGUES, Carlos Eduardo. *Pesquisa sobre Reconhecimento Formal em 2023*. Superior Tribunal de Justiça. Gabinete do Ministro Rogério Schietti Cruz, 2023.

Seguindo essa trilha, em 19 de dezembro de 2022, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 484 para estabelecer uma série de critérios adicionais de validade ao ato de reconhecimento pessoal. É interessante anotar que dentre os “considerandos” dessa Resolução do CNJ se destacam as afirmações de que o alto potencial de identificações incorretas decorre de “práticas que ignoram a necessidade de preservação da memória de vítimas e testemunhas” e de que

é dever do Poder Judiciário exercer a jurisdição criminal de maneira eficiente, a fim de impedir a condenação de inocentes e possibilitar a responsabilização de culpados, a partir da adoção de procedimentos probatórios construídos à luz das evidências científicas e das regras do devido processo legal.<sup>41</sup>

E dentre as regras positivadas nessa Resolução, destaca-se o §1º do art. 2º: “O reconhecimento de pessoas, por sua natureza, consiste em prova irrepetível, realizada uma única vez, consideradas as necessidades da investigação e da instrução processual, bem como os direitos à ampla defesa e ao contraditório”<sup>42</sup>.

Não há dúvidas, portanto, que a fala da testemunha mais confiável é aquela produzida por primeiro e mais próxima do evento criminoso. Quanto mais distante do fato mais provável que ela construa falsas memórias e esqueça detalhes relevantes do fato. Frise-se que essas premissas são incorporadas pelo STJ e pelo CNJ no seu novel modelo de entendimento a respeito do procedimento de reconhecimento pessoal. Resta saber se é possível ampliar esse olhar para considerar tudo isso também para dar preferência ao primeiro depoimento colhido ainda próximo dos fatos.

### **3 O PROBLEMA NÃO É A CONDIÇÃO FALÍVEL DA MEMÓRIA HUMANA DA TESTEMUNHA, MAS O FALHO MODELO PROCEDIMENTAL QUE A DESCONSIDERA.**

De tudo quanto já se expôs, parece evidente que não há como ignorar o problema da natureza humana e da falibilidade de memória. Assim, a questão central que merece ser objeto de análise é: não é culpa da testemunha que o relato produzido em juízo possa não ser mais tão confiável. Isso é esperado porque é da natureza humana. A culpa por seguirmos adotando provas não tão confiáveis é do sistema de Justiça e do rito procedimental. Tem predominado um discurso teórico que premia a judicialidade do contraditório, condicionando-o a operar simultaneamente à ouvida da testemunha em detrimento da qualidade e da confiabilidade dessa prova.

<sup>41</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 484, de 19 de dezembro de 2022.*

<sup>42</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 484, de 19 de dezembro de 2022.*

O que parece precisar mudar, portanto, é o modelo de produção da prova, notadamente em relação ao momento em que esta deve ser colhida e a forma pela qual se poderá confiar mais nela, repensando o modelo de preservação do contraditório. John Wixted e Laura Mickkes elaboraram estudo que bem indica essa necessidade de mudança do modelo de instrução probatória na Justiça criminal, sintetizando suas conclusões no sentido de que

o fato de que muitas testemunhas oculares são conhecidas por terem feito identificações errôneas de alta confiança no tribunal consolidou a impressão quase universal de que a memória da testemunha ocular não é confiável. No entanto, é o sistema de justiça criminal que é culpado de usar involuntariamente evidências de memória contaminadas (confiando no último teste de memória, no tribunal) em conjunto com um procedimento de teste impróprio (ou seja, um comparecimento ao tribunal) para obter condenações de inocentes. Esse erro não deve mais ser atribuído à falta de confiabilidade da memória de testemunhas oculares.<sup>43</sup>

Vejamos, então, algumas experiências de países que já procuraram adotar modelos de antecipação da prova testemunhal e como isso tem sido tratado.

#### **4 EXPERIÊNCIAS E RECOMENDAÇÕES ESTRANGEIRAS QUE JÁ ADOPTARAM A PREVALÊNCIA DO PRIMEIRO DEPOIMENTO GRAVADO COMO PROVA SUFICIENTE.**

Em 1989 uma comissão de estudos para encontrar a forma menos problemática para colher depoimentos de crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais foi formada pelo governo da Inglaterra e capitaneada por Thomas Pigot. Essa Comissão, conhecida por *English Pigot Committee*, publicou um relatório que deu início aos debates no âmbito da *common law* a respeito da urgência de se considerar válido o primeiro depoimento gravado em áudio e vídeo. Esse documento ficou conhecido por “*Pigot report*” (Relatório Pigot)<sup>44</sup>.

A primeira região da Comunidade Britânica de Nações a aplicar integralmente e na prática o que ficou recomendado nesse relatório, foi o estado da Austrália Ocidental, em 1992<sup>45</sup>, estabelecendo uma produção antecipada da prova realizada na investigação, mas preservando o contraditório, em modelo similar ao depoimento especial de crianças e adolescentes previsto na legislação brasileira: art. 8º e ss. da Lei 13.431/2017. A experiência australiana constatou uma série de benefícios na adoção desse modelo, tanto no que diz respeito à preservação da saúde mental das vítimas, quanto à confiabilidade da qualidade da prova, o que foi divulgado como

<sup>43</sup> WIXTED, John T.; MICKES, Laura. Eyewitness memory is reliable, but the criminal justice system is not. In: *Memory*, Vol. 30, 1, 2022, p. 67-72.

<sup>44</sup> ENGLAND. Great Britain Advisory Group on Video-Recorded Evidence. *Report of the Advisory Group on Video-Recorded Evidence*. London: Home Office, 1989.

<sup>45</sup> WESTERN AUSTRALIA. The Parliament of Western Australia. *Acts Amendment (Evidence of Children and Others) Act 1992*.

resultado positivo em 2010<sup>46</sup>. Já a Nova Zelândia que havia incorporado a ideia em 2006, deixou de adotar o procedimento antecipado em razão de uma decisão de 2011, do Poder Judiciário daquele país, no sentido de que, como regra geral, não poderia ser adotado o modelo, premian-do-se o depoimento colhido apenas em juízo (na discussão do caso concreto, a Suprema Corte da Nova Zelândia não viu vantagens no modelo de antecipação da prova, porém não detalhou as razões dessa conclusão e não discutiu os aspectos conhecidos da psicologia do testemunho)<sup>47</sup>.

Por sua vez, em 1999, a Inglaterra e o País de Gales regraram a admissão do depoimento colhido em áudio de vídeo de crianças e adolescentes no documento intitulado “*Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*”. Durante anos o modelo foi adotado apenas parcialmente<sup>48</sup>, tendo sido plenamente incorporado a partir de 2015.

A Noruega adotou procedimento similar de antecipação de provas, com gravação em áudio e vídeo, quando a vítima ou a testemunha é uma criança ou adolescente menor de 16 anos de idade, ou pessoa com problemas mentais, ou vítima de abusos sexuais ou, ainda, quando outras questões criminais indiquem a necessidade, sempre levando em conta os interesses da vítima ou da testemunha (*The Criminal Procedure Act, Section 239*). Igual procedimento passou a ser adotado quando a testemunha não tem a obrigação de comparecer em juízo, ou quando a prova não puder ser feita em juízo sem despesa desproporcional (em razão, por exemplo, do fato de a pessoa residir em lugar distante dos fatos) ou quando houver risco de que a prova possa ser perdida ou seu valor prejudicado (*The Criminal Procedure Act, Section 270*). A legislação daquele país indica que o depoimento deve ser colhido bem no início da investigação, preferen-cialmente dentro de duas semanas, e dele devem participar o juiz, o entrevistador, o responsável pela criança ou adolescente, o promotor, o investigador e um defensor. Caso ainda não se tenha informação a respeito da autoria, um defensor deve ser nomeado para o ato representando os interesses de quem vier eventualmente a ser acusado no futuro (*The Criminal Procedure Act, Section 239*)<sup>49</sup>.

Na Escócia o tema ganhou destaque com a apresentação de um relatório em 2015, elabora-do pela *Scottish Law Commission*, no qual se referiu à anacronicidade do regramento de proibição da *hearsay testimony*. O modelo tradicional de investigação consistia na polícia ouvir o que as

<sup>46</sup> AUSTRALIA. Australian Law Reform Commission. *Family Violence – A National Legal Response. Final Report. (ALRC Report 114)*, 2010.

<sup>47</sup> NEW ZEALAND. Supreme Court of New Zealand. *TN v The Queen. SC 22/2011*, 2011. Vide, também: SISTERSON, Craig. Pre-trial cross-examination orders allowed in rare circumstances, says Court of Appeal. In: *NZLawyer*; edição 188, nº 13, 2012. Vide, ainda: NEW ZEALAND. Supreme Court of New Zealand. *Justin Leigh Harney versus Police. SC 64/2010 [2011] NZSC 107*.

<sup>48</sup> SPENCER, John; LAMB, Michael. *Children and Cross Examination: Time to change the rules?* Bloomsbury Publishing, 2012, p. 13.

<sup>49</sup> NORWAY. Detkongeligejustis – Og Beredskapsdepartement. *Act of 22 May 1981 n° 25. The Criminal Procedure Act. With subsequent amendments, the latest made by Act of 21 June 2013 n° 84*, p. 79.

testemunhas tinham a dizer sem documentar formalmente seus depoimentos e, ao final, elaborar um relatório dizendo que a testemunha disse isso ou aquilo. Ou seja: os registros das falas das testemunhas no curso da investigação não eram formalizados diretamente. Daí a expressão “*hearsay*” (“ouvir dizer”) e a inadmissibilidade de seu aproveitamento em juízo. O relatório aponta, no entanto, que isso não faz mais sentido caso se considere o avanço da tecnologia e a possibilidade dos depoimentos serem colhidos na investigação e documentados em áudio e vídeo:

A regra contra “*hearsay*” foi desenvolvida em uma era em que gravações audiovisuais das declarações de uma testemunha eram desconhecidas. Seu principal propósito era como uma salvaguarda contra a falta de confiabilidade inerente às declarações que não podiam ser vistas ou ouvidas pelo investigador em sua forma original, e que eram reproduzidas como um documento escrito preparado por um terceiro ou da boca de outra testemunha. Em outras palavras, a lei de “*hearsay*” existia para neutralizar o risco de que o relato do que a pessoa que supostamente fez a declaração realmente disse pudesse ser impreciso ou mesmo fabricado. Parece um tanto antediluviano, portanto, que uma regra com tais raízes devesse fornecer uma barreira à admissão de evidências que não sofrem das características que foram percebidas como resultantes dessa falta de confiabilidade inerente.

Uma declaração pré-gravada não levanta dúvidas sobre o que a testemunha disse. Ela não é filtrada pela caneta de um policial ou outra terceira parte. Ela fornece boas evidências da maneira como a testemunha disse isso – já que uma das justificativas para excluir “*hearsay*” era que o comportamento da testemunha não poderia ser observado. Na verdade, dada a maior proximidade com os eventos sob escrutínio, é provável que represente a melhor evidência – melhor do que a evidência que seria dada em juízo em uma data muito posterior. Em outras palavras, o uso de evidências pré-gravadas não está pedindo ao tribunal que aceite as evidências dadas de fora do banco das testemunhas; ele apenas move o banco das testemunhas para outro momento e outro lugar<sup>50</sup>.

Levando isso em conta, o relatório da *Scottish Law Commission* orientou para uma necessidade de se promover uma reforma na legislação escocesa que considerasse, nos procedimentos criminais, o depoimento colhido na investigação e gravado em áudio e vídeo como sendo prova

---

<sup>50</sup> SCOTLAND. Scottish Court Service. *Evidence and Procedure Review Report*. 2015, p. 46-47. Tradução nossa. No original, em inglês: “*The rule against hearsay was developed in an era in which audio-visual recordings of the statements of a witness were unknown. Its principal purpose was as a safeguard against the inherent unreliability of statements that could not be seen or heard by the fact finder in their original form, and that were reproduced either as a written document prepared by a third party or from the mouth of another witness. In other words, the law of hearsay existed to counteract the risk that the report of what the person allegedly making the statement actually said may be inaccurate or indeed fabricated. It seems somewhat antediluvian, therefore, that a rule with such roots should provide a barrier to the admission of evidence that does not suffer from the characteristics which were perceived as resulting in that inherent unreliability. A pre-recorded statement raises no doubt as to what the witness has said. It is not filtered through the pen of a police officer or other third party. It provides good evidence of the way in which the witness said it – if one of the justifications of excluding hearsay was that the witness’ demeanour cannot be observed. In fact, given the greater proximity to the events under scrutiny, it is likely to represent the best evidence – better than the evidence that would be given in court at a much later date. In other words, the use of pre-recorded evidence is not asking the court to accept the evidence given from outside the witness box; it merely moves the witness box to another time and another place.*”

suficiente do que a vítima ou a testemunha tenha a dizer<sup>51</sup>. Esse relatório detalhou que, caso a parte entenda necessário “*examinar mais a fundo*” ou reinquirir a vítima ou a testemunha, ela deveria “*fazer um requerimento ao juiz declarando o propósito do exame ou do interrogatório cruzado e qual o assunto a ser abordado e que ainda não tenha sido mencionado na declaração*” gravada da testemunha. O juiz, então, pode acatar o pedido de reinquirição limitando as perguntas ao tema objeto do requerimento da parte<sup>52</sup>.

Esse relatório acabou sendo a base para a edição de uma lei em 2019, intitulada “*Vulnerable Witnesses (Criminal Evidence) (Scotland) Act 2019*”<sup>53</sup>, que regulou o procedimento para depoimentos de crianças e outras pessoas vulneráveis (ex. adolescentes, vítimas de violência sexual, violência doméstica, tráfico de pessoas ou *stalking*). Nessa lei, no entanto, ficou condicionado que os depoimentos somente seriam gravados antecipadamente e serviriam como prova, com a anuência das partes e do juízo. Em dezembro de 2023, o governo da Escócia elaborou um relatório do impacto dessas novas medidas, destacando positivamente que a qualidade da prova colhida antecipadamente é muito superior, o que ficou especialmente evidente no curso da pandemia da Covid-19, no qual os processos atrasaram seus trâmites para além do normal. Outro destaque desse relatório é que a gravação em áudio e vídeo feita ainda no curso da investigação, sem a necessidade de a vítima ou testemunha comparecerem anos depois em juízo, apoiou e acelerou processos de cura das experiências traumáticas sofridas, principalmente em vítimas e testemunhas mais jovens, permitindo que elas seguissem em frente com suas vidas o mais cedo possível, evitando a revitimização<sup>54</sup>.

Interessante destacar que Rhona Flin *et al* realizaram pesquisa empírica na qual destacaram a urgência de se colher depoimentos de crianças o mais cedo possível dado que tendem

---

<sup>51</sup> SCOTLAND. Scottish Court Service. *Evidence and Procedure Review Report*. 2015, p. 59. Como conclusão se indicou: “*A revisão considerou os elementos principais que seriam necessários para serem introduzidos para fornecer uma opção para usar declarações pré-gravadas de testemunhas para serem usadas como evidência principal. Conforme detalhado no capítulo anterior, seria necessário prever na legislação que uma declaração dada por uma pessoa e gravada em formato de áudio e vídeo durante os estágios preliminares de uma investigação pode ser apresentada no julgamento como evidência do fato, a menos que o tribunal considere contrário fazê-lo. Tal declaração seria considerada como a prova testemunhal definitiva, no todo ou em parte. Nesse caso, seria apropriado também prever que tal pessoa não pode ser intimada para comparecer a um julgamento ou outra etapa sem a autorização do juiz.*” Tradução nossa. No original, em inglês: “*The Review has considered the core elements that would be required to be introduced to provide an option to use pre-recorded statements of witnesses to be used as evidence in chief. As detailed in the previous chapter, primary legislation would be required to provide that a statement given by a person and recorded in audio and video format during the preliminary stages of an investigation may adduced at trial as evidence of fact, unless the court considers it contrary to the interests of interests to do so. Such a statement would be regarded as the witness’s evidence-in-chief, in whole or in part. In such a case, it would be appropriate also to provide that such a person may not be cited to attend for a trial or other diet without the authority of the court.*”

<sup>52</sup> SCOTLAND. Scottish Court Service. *Evidence and Procedure Review Report*. 2015, p. 60.

<sup>53</sup> SCOTLAND. Scottish Parliament. *Vulnerable Witnesses (Criminal Evidence) (Scotland) Act 2019*.

<sup>54</sup> SCOTLAND. Scottish Government. *Vulnerable Witnesses Act – section 9: report*. 18 de dezembro de 2023.

a esquecer mais rapidamente que os adultos (sem descuidar que com adultos a necessidade seja igualmente importante). Com isso, confirmaram a recomendação da *Scottish Law Commission* e do *English Pigot Committee* no sentido de que se devem colher os depoimentos das vítimas e das testemunhas em vídeo e o mais rápido possível em relação ao fato que visam relatar, evitando-se, em regra, a repetibilidade<sup>55</sup>.

Portanto, as experiências estrangeiras ou seguem modelo de antecipação de provas equivalente ao que o Brasil já adota em relação a depoimentos de crianças e adolescentes vítimas de crimes ou vão além para recomendar essa antecipação para todo e qualquer depoimento a ser prestado por vítimas ou testemunhas do caso. As explicações para essa antecipação se circunscrevem ao fato de que a qualidade do primeiro depoimento é melhor em razão de que o tempo apaga a memória e ao fato de que não repetir o depoimento evitaria a revitimização. Seguem, nesse último ponto, o quanto recomendado pela ONU em sua Resolução nº 60/147, de 16 de dezembro de 2005, intitulada “*Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário*”, no sentido de que se deve “evitar que ocorram novos traumatismos no âmbito dos processos judiciais” a todas as vítimas<sup>56</sup>. Quanto ao contraditório alguns países adotam modelo de observância de participação de advogados de defesa simultânea à coleta dos depoimentos e outro, a exemplo da Escócia, recomenda que se postergue o contraditório para a fase judicial, condicionando as perguntas a temas ainda não explorados no primeiro depoimento.

## **5 A FORMA DA INQUIRIÇÃO PRÉ-PROCESSUAL: GRAVAÇÃO EM ÁUDIO E VÍDEO E ENTREVISTA COGNITIVA**

O modelo de inquirição mais confiável e que visa obter “*melhores depoimentos, ou seja, ricos em detalhes e com maior quantidade e precisão de informações*”<sup>57</sup> é o denominado de “Entrevista Cognitiva”, desenvolvido por Ronald Fisher e Edward Geiselman e consiste em levar em conta o que se tem como certo em termos de conhecimento científico no âmbito da

<sup>55</sup> FLIN, Rhona; BOON, Julian; KNOX, Anne; BULL, Ray. The effect of a five-month delay on children’s and adults’ eyewitness memory. In: *British Journal of Psychology*, vol. 83, nº 3, The British Psychological Society, 1992, p. 323-336.

<sup>56</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolução nº 60/147, de 16 de dezembro de 2005. Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário*, 2005. Consta da regra nº 10: “As vítimas devem ser tratadas com humanidade e respeito pela sua dignidade e pelos seus direitos humanos, devendo ser adotadas medidas adequadas a fim de garantir a sua segurança, o seu bem-estar físico e psicológico e a sua privacidade, bem como a das suas famílias. O Estado deve assegurar que a sua legislação interna garanta, tanto quanto possível, que uma vítima de violência ou trauma receba uma atenção e cuidados especiais a fim de evitar que ocorram novos traumatismos no âmbito dos processos judiciais e administrativos destinados a fazer justiça e garantir a reparação.”

<sup>57</sup> FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Sapere Aude, Artmed, 2010, p. 209-227, p. 210.



Psicologia Social e da Psicologia Cognitiva<sup>58</sup>. Esses pesquisadores apontam as dez principais falhas dos entrevistadores:

não explicar o propósito da entrevista; não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista; não estabelecer rapport; não solicitar o relato livre; basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas; fazer perguntas sugestivas/confirmatórias; não acompanhar o que a testemunha recém disse; não permitir pausas; interromper a testemunha quando ela está falando; não fazer o fechamento da entrevista<sup>59</sup>.

Para preservar a credibilidade do testemunho colhido ainda na investigação, portanto, é fundamental que ele seja gravado em áudio e vídeo e que nessa gravação fique bem documentado todo o procedimento, em particular a adoção do modelo de entrevista cognitiva, com perguntas abertas e não sugestivas ou confirmatórias<sup>60</sup>.

## 6 E COMO COMPATIBILIZAR COM A EXIGÊNCIA DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO?

Normalmente a doutrina brasileira costuma invocar o que se usou denominar de “sistema acusatório” como equivalente a um modelo processual mais democrático e que assegure as garantias do acusado. Na tentativa de definir esse sistema, costuma-se dizer que as partes serão as protagonistas da produção da prova e que o contraditório deve ser o norte<sup>61</sup>. Ainda que seja discutível a leitura a partir dessa dicotomia de sistemas como se fosse possível simplificar as discussões invocando *slogans* reducionistas, antagônicos, historicamente falsos como pretensos modelos ideias e orientados de forma maniqueísta – “se é inquisitório é a expressão do mal;

<sup>58</sup> FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. Edward. *Memory-enhancing techniques in investigative interviewing: The cognitive interview*. Springfield, IL: C.C. Thomas, 1992, p. 15.

<sup>59</sup> FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Sapere Aude, Artmed, 2010, p. 209-227, p. 211.

<sup>60</sup> No mesmo sentido vide: LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Falsas Memórias e Prova Testemunhal no Processo Penal: Em Busca da Redução de Danos. In: *Revista de Estudos Criminais*. Abr./Jun. de 2007.

<sup>61</sup> V.g. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: RT, 2002, p. 488; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 510; ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 55; THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais. Tempo, Tecnologia, Dromologia e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 126; BARROS, Flaviane de Magalhaes. *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 6; KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013; PLETSCHE, Natalie Ribeiro. *Formação da Prova no Jogo Processual Penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 65 e s. Vale também conferir, nessa mesma linha, os diversos artigos publicados em: *O Novo Processo Penal a Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

se é acusatório representa o bem”<sup>62</sup> –, não há dúvida quanto à importância do contraditório como garantia processual democrática. Vale referir a lição do jurista italiano Elio Fazzalari ao apontar o contraditório como sendo da essência do processo, ou seja, o processo é um procedimento com contraditório e que, sem ele, não se tem processo<sup>63</sup>.

O curioso, no entanto, é que quando a doutrina anglo-saxã discute as vantagens e desvantagens do que se usou chamar de “sistema acusatório”, aponta falhas justamente naquilo que materializa a ideia de contraditório no curso da inquirição das testemunhas: o modelo de “*cross-examination*” (exame em cruz das provas). A crítica é feita em razão de que o “*cross-examination*” não visa “testar a veracidade” do que a testemunha tem a dizer, nem tampouco serviria para dela obter informações mais precisas, mas se concentraria em “*convencer à Corte que o depoimento está incompleto ou a testemunha está mentindo ou equivocada*”<sup>64</sup>. Por vezes o modelo opera, como já destacava a clássica crítica de Jerome Frank, nos seguintes termos:

Em suma, o advogado visa a vitória, a vencer na luta, não a ajudar o tribunal a descobrir os fatos. Ele não quer que o tribunal de primeira instância chegue a uma opinião sólida e bem fundamentada, se for provável que seja contrária aos interesses de seu cliente. Nosso método de julgamento atual é, portanto, o equivalente a jogar pimenta nos olhos de um cirurgião quando ele está realizando uma operação.<sup>65</sup>

A ideia central, portanto, que orienta o modelo de *cross-examination* do “sistema acusatório”, é produzir contradições e usar de técnicas de inquirição sugestivas. Ou seja, as partes atuam de tal forma que visam obter da testemunha respostas adaptadas às perguntas, valendo-se de uma “*sucessão de perguntas interrelacionadas que visam estabelecer cada proposição passo-a-passo, de modo que as conclusões desejadas surjam inferencialmente, sem a necessidade de obter a concordância da testemunha*”<sup>66</sup>. Ou seja: justamente o oposto ao que se recomenda

<sup>62</sup> Sobre essa discussão de forma mais aprofundada vide: CHEMIM, Rodrigo. *Processo Penal: fundamentos dos fundamentos*. Porto Alegre: Citadel, 2023, p. 320 e ss.

<sup>63</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale. Settima Edizione*. Padova: Cedam, 1994, p. 60.

<sup>64</sup> Vide, dentre outros: SPENCER, John; LAMB, Michael. *Children and Cross Examination: Time to change the rules?* Bloomsbury Publishing, 2012, p. 09 e 178; DOAK, Jonathan; JACKSON, John; SAUNDERS, Candida; WRIGHT, David; FARIÑAS, Beatriz Gómez; DURDIVEVA, Selbi. *Cross-Examination in Criminal Trials Towards a Revolution in Best Practice? A Report for the Nuffield Foundation*, Nottingham Trent University, 2021; MEDWED, Daniel S. *Prosecution Complex. America's race to convict and its impact on the innocent*. New York: New York University Press, 2012, p. 80 e ss.; HENDERSON, Lorenza Emily Preston. *Cross-examination: a critical examination*. [Doctoral thesis], 2000; HENDERSON, Emily. Best evidence or best interests? What does the case law say about the function of criminal cross-examination? In: *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 20(3), 2016, p. 183–199; VALENTINE, Tim; MARAS, Katie. The effect of cross-examination on the accuracy of adult eyewitness testimony. In: *Applied Cognitive Psychology*, vol. 25, 4, 2011, p. 554-561.

<sup>65</sup> FRANK, Jerome. *Courts on Trial*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1950, p. 83. Tradução nossa. No original, em inglês: “*In short, the lawyer aims at victory, at winning in the fight, not at aiding the court to discover the facts. He does not want the trial court to reach a sound educated guess, if it is likely to be contrary to his client's interests. Our present trial method is thus the equivalent of throwing pepper in the eyes of a surgeon When he is performing an operation.*”

<sup>66</sup> MAUET, Thomas A. *Fundamentals of Trial Techniques*. Boston, Toronto: Little, Brown and Company Law and

em termos de entrevista cognitiva.

Sobre o problema que isso representa, é interessante o detalhamento feito por Pamela Hobbs, quando pondera que “o advogado é capaz de simular um monólogo e controlar a trajetória da conversa” e o faz formulando “perguntas direcionadas que projetam as respostas esperadas, enquadrando as perguntas como declarações de fato que convidam à concordância da testemunha”<sup>67</sup>.

Portanto, o contraditório no modelo de “*cross-examination*”, em certa medida incorporado na legislação brasileira a partir da reforma do art. 212 do Código de Processo Penal em 2008, não é, necessariamente, um modelo ideal que visa contribuir para uma decisão justa, notadamente quando não visa obter a informação do que a testemunha de fato viu ou sabe a respeito do fato. Em dadas circunstâncias, pode ser considerado até mesmo uma forma de manipular a prova testemunhal.

Seja como for, o contraditório é uma garantia do acusado, inserida no inciso LV, do artigo 5º da Constituição da República e deve ser observado no curso do processo. A questão é saber como ele deve ser melhor regrado para que deixe de ser o equivalente a “*jogar pimenta nos olhos de um cirurgião quando ele está realizando uma operação*”, para repetir a síntese crítica de Jerome Frank acima citada.

De início, vale anotar que garantir o contraditório não precisa significar, necessariamente, observar a presença dessa garantia simultaneamente a qualquer produção de provas. Contraditório significa que a parte tem o direito de ter ciência e poder reagir ao que foi produzido na investigação ou pela parte contrária. Há claros exemplos hoje vigentes na legislação brasileira que consideram que a ciência e a reação em contraditório se realizarão de forma postergada no tempo. É o que se dá com as provas cautelares e irrepitíveis, sejam as provas periciais, sejam aquelas obtidas por meios invasivos da privacidade no curso da investigação, a exemplo da busca e apreensão e da interceptação de comunicação telefônica. Somente depois de produzidas as provas e assegurada a cadeia de custódia, é que o investigado/acusado delas tomará conhecimento e poderá, num segundo momento, exercer o contraditório. O contraditório também pode ser postergado no contexto de decisões que visem obter medidas cautelares pessoais quando se está diante de casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (art. 282, §3º, do Código de Processo Penal).

Já em relação às provas testemunhais o tema sempre gerou discussão na legislação e na doutrina brasileira, oscilando ao longo do tempo. Na história do processo penal brasileiro o de-

---

Business, 1980, 247-249.

<sup>67</sup> HOBBS, Pamela. “You Must Say It For Him”: Reformulating a Witness’ Testimony on Cross-examination at Trial, In: *Journal for the study of discourse*, Text 23(4), 2003, p. 477-511.

poimento colhido na fase de investigação já foi considerado válido para fundamentar a decisão do magistrado, o que era admitido com base tanto na ideia do livre convencimento do juiz e na livre apreciação da prova, quanto na interpretação de que ele somente não seria válido se fosse confrontado com outros elementos de prova que permitissem apontá-lo como falso. No curso do Império se aceitava o depoimento colhido na investigação, mas esse podia ser produzido com intervenção simultânea do investigado. O Decreto 4.824, de 1871, previa o exercício do contraditório e da defesa do investigado já no curso da coleta das provas testemunhais na investigação. Em seu art. 42, §7º, detalhava-se que “*todas as diligencias relativas ao inquerito serão feitas no prazo improrogavel de cinco dias, com assistencia do indiciado delinquente, se estiver preso; podendo impugnar os depoimentos das testemunhas*”. Regramento similar se evidenciou na Primeira República, ainda sob a égide dos Códigos estaduais de processo penal. O Código do Processo Criminal do Estado do Paraná, datado de 1920, por exemplo, melhor detalhou a participação do indiciado no curso da investigação, prevendo que os depoimentos colhidos no inquérito policial poderiam ser acompanhados pelo indiciado, que poderia, inclusive, nos termos do art. 48, “*reperguntar e contestar as testemunhas*”<sup>68</sup>.

Não havia, nessa época, muito questionamento a respeito da conveniência ou não de se aceitar o depoimento colhido na investigação como prova ou da necessidade de se obrigar novo depoimento na fase judicial. Era uma aceitação quase natural de que a palavra de alguém era uma prova testemunhal válida em si mesma. Assim, a jurisprudência brasileira admitia a valoração pelo juiz, na sentença, da palavra da testemunha colhida apenas no inquérito policial, tanto antes, quanto depois da edição do Código de Processo Penal de 1941. Naquele período se pregava a validade e o aproveitamento dos atos de investigação produzidos no inquérito policial “*até prova em contrário*”, como dizia Espínola Filho<sup>69</sup>. Esse autor, inclusive, destacou em seu *Código Anotado*, julgados do Supremo Tribunal Federal que externavam essa forma de interpretar, datados do início do século XX, dos quais vale apontar um do ano de 1926, assim reproduzido:

Mais categórica, ainda, a lição do ac. de 28 de abril 1926, em que o ministro GEMINIANO DA FRANCA, relatando o rec. crim. n. 536, consigna: “Considerando que a prova colhida em inquérito policial tem bom valor probante, quando não infirmada pelo sumario, ou destruída por defeituosa ou falsa por outras provas oferecidas pela defesa. O nosso sistema processual empresta-lhe inquestionável valor jurídico, tanto

<sup>68</sup> GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *Código do Processo Criminal do Estado do Paraná*. (Coleção Códigos Estaduais, organizada por RIBEIRO, Darci Guimarães e ANDRADE, Mauro Fonseca de.). Londrina: Thoth, 2021, p. 32.

<sup>69</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Volume 1. 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1965, p. 255.

assim que lhe dá força para a prova da materialidade do crime e para a concessão da prisão preventiva” (Arquivo Judiciário, v. 2o, 1927, p. 107)<sup>70</sup>

Espínola Filho até fez menção a um acórdão isolado em sentido inverso, de 1927, mas reforçou o entendimento de que a posição dominante do Tribunal de Apelação do Distrito Federal era no sentido de se admitir como válido o depoimento colhido na fase de investigação. Nas palavras de Espínola Filho:

Mantido em inúmeros processos, a ponto de representar a orientação comum do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, vemos, ao invés, firmar-se o entendimento de que prevalecem os inquéritos policiais, com valor probatório, se não são invalidados por prova em contrário. Solêne proclamação dessa realidade encontramos no acórdão proferido pela 2ª Câmara crim., na ap. crim. n. 2.218, de 11 de julho 1937, e no qual escreveu o relator, desemb. CESÁRIO PEREIRA: “Nada importa a circunstância de terem sido esses elementos de elucidação produzidos em parte fora do juízo, no inquérito policial, que instruiu a denúncia. É preceito de lei que os inquéritos policiais merecem valor até prova em contrário (art. 33, do dec. N. 5.515, de 13 de agosto de 1928), e, na espécie, nenhuma prova existe, que ilida a prova colhida na investigação policial” (Diário da Justiça – Jurisprudência, vol. 21, 1937, pág. 503)

O problema é que, com o novo Código de 1941, afastou-se a possibilidade de o investigado participar ativamente da produção da prova testemunhal ainda no inquérito policial. Eliminou-se, portanto, a previsão de que seria possível um contraditório nessa etapa, não reproduzindo o regramento dos Códigos estaduais que permitiam essa intervenção. A jurisprudência, no entanto, seguiu admitindo a valoração dos depoimentos colhidos unilateralmente no inquérito policial.

Com o advento da Constituição da República de 1988 a doutrina começou a criticar a possibilidade de se valorar o depoimento colhido apenas na investigação, argumentando que isso violaria a ampla defesa e o contraditório. Mesmo assim, ainda que alguns julgados tenham criticado essa postura, outros tantos seguiram admitindo o aproveitamento dos depoimentos testemunhais colhidos apenas na investigação, embasados nas ideias de “livre convencimento” e de “livre apreciação da prova”<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 254.

<sup>71</sup> *V.g.*: BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná. *Apelação Criminal n. 80336-9*. Quarta Câmara Criminal. Relator Jesus Sarrão, julgado em 13 de outubro de 1995, unânime. Ementa: “LESOES CORPORAIS SEGUIDAS DE MORTE – NEXO CAUSAL – PROVA – SUFICIENCIA. ‘Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido’ (CP, art. 13). Causas preexistentes e relativamente independentes que concorram para o resultado não excluem aquela devida ao agente. *Quando a prova, colhida no inquérito policial e em parte reproduzida em Juízo, no seu conjunto não deixa dúvida quanto a autoria e culpabilidade do réu, é de rigor sua condenação.*” E também: BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná. *Apelação Criminal n. 54047-4*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Fleury Fernandes, Segunda Câmara Criminal, julgado em 04 de março de 1993, unânime. Ementa: “AÇÃO PENAL. FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE CHAVE FALSA E FURTO NOTURNO, CRIME CONTINUADO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RÉU REVEL. PROVA ORAL REDUZIDA A UMA SÓ TESTEMUNHA. VÍTIMAS DEIXADAS DE OUVIR. RÉU ABSOLVIDO SOB FUNDAMENTO DE

Acolhendo o reclamo da doutrina, em 2001, o então Ministro da Justiça, Jorge Gregori, apresentou o Projeto de Lei nº 4205, amparado nos estudos de uma Comissão de Juristas formada pelo Poder Executivo da União<sup>72</sup>. Na exposição de motivos desse projeto ficou anotado, *in verbis*:

A Constituição de 1988, ao garantir “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa” (art. 5º, inciso LV), assegura às partes a participação efetiva nas atividades processuais, especialmente aquelas em que se forma o material probatório que servirá de base para a decisão. Por esse motivo, o anteprojeto propõe nova redação ao art. 155 do Código de Processo Penal, deixando bem claro que não podem ser reconhecidos como provas – e portanto capazes de servir à formação do convencimento judicial –, os elementos colhidos sem aquelas garantias, como ocorre em relação aos dados informativos trazidos pela investigação, que devem servir exclusivamente à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e à concessão de medidas cautelares pelo juiz. Excetuam-se apenas as provas produzidas antecipadamente, as cautelares e as irrepetíveis, sobre as quais se estabelecerá o contraditório posterior.<sup>73</sup>

Em 2008, esse Projeto de Lei se transformou na Lei nº 11.690, dando nova redação ao artigo 155 do Código de Processo Penal, vedando a possibilidade de o juiz se valer de depoimentos colhidos apenas no inquérito policial como fundamento para sentenciar. A nova redação ficou assim definida:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Interessante anotar que o fundamento da mudança legislativa foi assegurar o contraditório simultâneo no depoimento da testemunha, o qual também foi inserido no Código de Processo Penal por ocasião da nova redação dada ao art. 212 (pela mesma Lei 11.690/2008). Não se discutiram os problemas que a doutrina anglo-saxã aponta a respeito do modelo de *cross-examination*, acima referidos, e tampouco se discutiu a respeito da confiabilidade da prova e das questões que envolvem a memória da testemunha ou mesmo da possibilidade de ela vir a prestar um depoimento de pior qualidade em razão da passagem do tempo, do esquecimento e de

---

*FALTA DE PROVA. PROVA QUE AUTORIZA, NO ENTANTO, A CONDENACAO POR UMA DAS MODALIDADES DE DELITO. APELO PROVIDO EM PARTE. Embora o inquérito policial constitua procedimento administrativo informativo, que não se confunde com a instrução criminal, a prova colhida nessa fase investigatória só deixa de ter valor decisório se não encontra qualquer suporte no curso do procedimento judicial ou quando e amplamente desmentida nesta etapa processual”.*

<sup>72</sup> Formada por Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Femandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (posteriormente substituído por Rui Stoco), Rogério Launi Tucci e Sidney Beneti.

<sup>73</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*. 30 de março de 2001, p. 9474.

outros problemas relacionados à memória, hoje conhecidos em razão do avanço dos estudos da psicologia do testemunho. Não se levou em consideração que o depoimento colhido na fase de investigação é mais confiável do que aquele colhido meses ou anos depois em juízo. Não se ponderou que exigir, invariavelmente, que a testemunha preste um segundo ou um terceiro depoimentos meses ou anos depois do primeiro e não se tenha contradição, omissão ou imprecisão, quando comparados, é transformar a produção da prova testemunhal e o sistema de Justiça num teste de memória e num jogo de desconfiança e descredibilidade das pessoas que presenciaram o fato. E não se levou em conta que usar os depoimentos gravados no curso da investigação, desde que observado um modelo de inquirição aberto da “entrevista cognitiva”, é significativamente mais confiável e possui uma qualidade probatória muito superior ao modelo hoje vigente, dado que a testemunha está se referindo a fatos que presenciou minutos, horas ou dias atrás e não há meses ou anos<sup>74</sup>.

Nos últimos anos (desde 2020), no entanto, a questão da falta de confiança em depoimentos testemunhais, como já destacado, ganhou novo capítulo no Poder Judiciário. Repise-se que tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vêm se preocupando com a questão e passaram a promover nova forma de encarar a aceitabilidade do reconhecimento pessoal nos procedimentos criminais.

A questão, agora, é saber como compatibilizar o prestigiamento da ciência da psicologia do testemunho que recomenda que se aproveite o primeiro depoimento (mais próximo do fato e mais confiável em seu conteúdo) e se evite a repetibilidade, com a garantia do contraditório.

Na tentativa de responder a essa questão, é interessante observar que a legislação da Inglaterra e da Austrália não preveem a presença simultânea do defensor quando do depoimento colhido no início da investigação, postergando essa participação à fase judicial. A justificativa para esse distanciamento é que, no início da investigação ainda não se tem o quadro completo do que possa ter ocorrido e, assim, a defesa ainda não teria condições de fazer as perguntas com o conhecimento completo do que possa ter sucedido, podendo afetar a qualidade de sua estratégia defensiva<sup>75</sup>.

Assim, uma reforma legislativa que viesse a reorganizar o procedimento de inquirição de testemunhas poderia deixar à opção do defensor participar ou não do depoimento já na fase de investigação. Isso certamente ocorrerá em casos de flagrante, na audiência de custódia, mas

---

<sup>74</sup> Sobre a diferença de qualidade entre o depoimento gravado em vídeo e aquele colhido anos depois em audiência, indicando uma perda de mais de dois terços de informações relevantes entre um depoimento e outro em casos de estupros na Nova Zelândia, vide: WESTERA, Nina J; KEBBELL, Mark; MILNE, Rebecca. Losing two thirds of the story: a comparison of the video-recorded police interview and live evidence of rape complainants, In: *Criminal Law Review*, vol. 4, London, 2013, p. 290-308.

<sup>75</sup> SCOTLAND. Scottish Court Service. *Evidence and Procedure Review Report*. 2015, p. 25-26.

ele pode querer preferir aguardar a completude da investigação para ter condições de melhor elaborar sua estratégia defensiva. Aliás, a audiência de custódia poderia ser um bom momento para produção antecipada da prova, dado que conta com a presença obrigatória da defesa. Mesmo assim, caso a defesa não queira participar ativamente dos depoimentos colhidos na fase de investigação, preserva-se como válido o depoimento desde que colhido no modelo de entrevista cognitiva, com perguntas abertas e conduzido por alguém desinteressado em termos partidários e gravado em áudio e vídeo. Com isso se registra a confiabilidade do que foi dito, evitando-se perguntas indutivas.

Por sua vez, visando observar o que nos ensina a ciência da psicologia do testemunho, o depoimento em juízo deveria ser reservado apenas para detalhar aspectos ainda não explorados espontaneamente na fala da testemunha colhida na fase de investigação. Assim, tanto o membro do Ministério Público quanto o advogado, caso queiram reinquirir a testemunha, devem arrolá-la em suas peças acusatória e defensiva, indicando as questões que pretendem indagar da testemunha e que ainda não tenham sido por ela exploradas. Não se trata, portanto, de nova inquirição sobre tudo o que já foi dito, mas apenas sobre o que eventualmente a testemunha não explorou ou não se recordou em seu primeiro depoimento e possa, agora, surgir pela reminiscência<sup>76</sup>. A ideia é justamente evitar a repetibilidade e a interferência das possíveis falsas memórias.

---

<sup>76</sup> KRIX, Alana C.; SAUERLAND, Melanie; LOREI, Clemens; RISPENS, Imke. Consistency across repeated eyewitness interviews: contrasting police detectives' beliefs with actual eyewitness performance. In: *Plos One*, v. 10, nº 2, 2015. Dizem os autores: “Imagine uma testemunha que é entrevistada pela polícia na cena do crime. Ela descreve o autor do delito como alguém de meia-idade, magro, de cabelos castanhos e vestindo jeans. Várias semanas depois, a testemunha é convidada para uma segunda entrevista policial após ser identificada como uma testemunha-chave. Aqui, ela fornece outra descrição do autor do crime que é consistente com a descrição anterior. No entanto, agora ela se lembra que o agressor é loiro (em vez de castanho) e surge com novas informações, ou seja, um cardigã preto. Na verdade, é provável que as testemunhas sejam entrevistadas várias vezes durante as investigações e, conseqüentemente, é possível que detalhes contraditórios ou novos sejam lembrados. As chances são de que a testemunha deste exemplo não seja considerada muito confiável no tribunal, pois os jurados são explicitamente instruídos a atender às inconsistências nas declarações para determinar a credibilidade da testemunha. De fato, declarações inconsistentes são consideradas um indicador de imprecisão geral por policiais, advogados e jurados simulados. Essa crença, no entanto, está em contraste direto com as descobertas de pesquisa que mostram que a (in)consistência da recordação não está ou está apenas fracamente relacionada à precisão geral da recordação. Quando se trata de inconsistências, é importante distinguir os diferentes tipos de inconsistência. Embora as contradições diretas geralmente impliquem que pelo menos um dos detalhes relatados esteja incorreto, isso não se aplica a detalhes reminiscentes (ou seja, detalhes que são lembrados apenas em uma entrevista posterior, mas não na primeira). Embora a reminiscência pareça estar em desacordo com a ideia de declínio da memória ao longo do tempo, pesquisas anteriores mostraram que é um fenômeno generalizado e que o esquecimento não impede a reminiscência. De fato, ao relembrar duas vezes sobre o mesmo incidente, quase todos os participantes exibem reminiscência e as taxas de precisão de detalhes reminiscentes podem ser bastante altas. Embora a precisão deste último possa não ser sempre tão elevada como a precisão de detalhes consistentes, é muito superior à precisão de detalhes contraditórios”. A respeito da reminiscência vide, também: GILBERT, Julian A. E.; FISHER, Ronald P. The effects of varied retrieval cues on reminiscence in eyewitness memory. In: *Applied Cognitive Psychology*, vol. 20, 2006, p. 723-739.



## 7 NECESSIDADE DE A JURISPRUDÊNCIA E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA MANTEREM A COERÊNCIA E INTEGRIDADE HERMENÊUTICA

Nesse momento parece importante considerar que o dado científico indicado pela psicologia do testemunho deve servir de norte para a adaptação da persecução penal brasileira, invertendo-se a lógica predominante de que apenas o depoimento colhido em juízo é que seria passível de ser valorado pelo juiz.

Em outras palavras: o atual modelo de valoração probatória testemunhal está premiando o depoimento menos confiável e mais passível de sugestões que deturpem a memória. É certo que o primeiro depoimento não é, em regra, judicializado e submetido, desde logo, ao contraditório, mas isso não significa dizer que seja falseado ou deturpado em seu registro. O risco de que o registro em termo escrito do depoimento colhido fosse deturpado no momento da transcrição foi uma realidade que norteou a desconfiança do quanto ali anotado e predominou até a chegada do avanço da tecnologia (em termos legislativos, até a edição da Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao §1º do art. 405 do Código de Processo Penal<sup>77</sup>). Afinal, antes dessa reforma, valia o que se colocava no papel que a testemunha disse e não exatamente o que ela disse. O modelo antigo premiava fraudes e deturpações. Essa realidade, no entanto, ficou no passado. Como é sabido, o avanço da tecnologia permite que hoje, a custo zero, faça-se o registro em áudio e vídeo da fala da testemunha, ainda na fase de investigação. Logo, é possível confiar no que foi dito e está gravado. O contraditório, como apontado acima, pode ser reservado para ser exercitado posteriormente, seja para explorar novos pontos não referidos pela testemunha, seja para desconstruir a fala da testemunha no confronto com outras provas.

Assim, se o Superior Tribunal de Justiça confia na ciência da psicologia do testemunho, a ponto de rever seu consagrado entendimento a respeito da observância do rito estabelecido no art. 226 do CPP para o reconhecimento pessoal, por uma questão de coerência, deve seguir confiando na mesma ciência para dar maior crédito ao depoimento colhido na fase de investigação, desde que registrado em áudio e vídeo e realizado mediante perguntas abertas e não indutivas (entrevista cognitiva). De partida e independentemente de qualquer reforma legislativa, deve urgentemente cancelar a Súmula 455, que despreza a produção antecipada de provas em caso de réu não localizado para ser citado (art. 366, do CPP) entendendo que a decisão que determina a produção antecipada de provas “*deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso de tempo*”. Ora, é justamente o “*mero*

---

<sup>77</sup> Art. 405 (...) § 1º *Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.*

*decurso de tempo*” que coloca em risco a memória episódica e, via de consequência, a qualidade e confiabilidade da prova testemunhal<sup>78</sup>.

E, para além de cancelar essa súmula, no que diz respeito ao *standard* de valoração probatória suficiente para a pronúncia, deve o STJ reorganizar as nuances de aceitação da prova testemunhal colhida apenas no curso do inquérito policial. Com efeito, é de se confiar mais nas declarações colhidas e gravadas em áudio de vídeo no curso da investigação do que naquelas eventualmente reformuladas na fase de instrução em juízo. Deve-se, igualmente, dar crédito diferenciado ao depoimento colhido na investigação ainda que, por qualquer motivo (normalmente o medo de represálias ou a morte da testemunha) ele não tenha sido reproduzido em juízo.

Aliás, se a ciência fosse levada em conta nos moldes como está sendo para o reconhecimento pessoal, a não repetibilidade do depoimento testemunhal em geral é que deveria ser obrigatória e não o oposto. Ao se dar crédito somente ao que é dito em juízo, ainda que diverso do que foi dito na fase de investigação, inverte-se a lógica do que é mais confiável em termos de depoimento testemunhal.

É urgente, pois, que o Superior Tribunal de Justiça mantenha a coerência hermenêutica e reverta o consagrado entendimento de que o bom depoimento é aquele repetido anos depois em juízo. De resto, é possível esperar, *de lege ferenda*, que se criem regras estabelecendo que o contraditório e a ampla defesa possam ser postergados ao momento da valoração do quanto foi registrado do depoimento da testemunha e, complementarmente, àquilo que não tenha sido objeto de questionamento e possa ser complementado em juízo. Se o Superior Tribunal de Justiça acertadamente evoluiu na compreensão da prova de reconhecimento pessoal, pode – e deve – fazê-lo também no que diz respeito à confiabilidade da prova testemunhal colhida apenas na fase de investigação.

## CONCLUSÕES

De tudo quanto foi dito na tentativa de responder se não seria o caso de, considerando o que se sabe a respeito da memória, do esquecimento e das contribuições da psicologia do

---

<sup>78</sup> Sobre o tema, em sentido similar ao que aqui se defende, vide: CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente de memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 08, nº 02, Brasília, 2018, p. 1.058-1.073. Esses autores sintetizam: “*A maleabilidade da memória da testemunha não significa a realização ou repetição de procedimentos, que são inerentemente prejudiciais à memória do fato. Repetidas entrevistas permitem trazer mais informações da testemunha. Entretanto, o benefício na repetição de oitivas de testemunhas e vítimas ocorre apenas quando se utiliza um protocolo com validade científica, aplicado por um profissional com capacitação adequada à utilização deste. A respeito desses dois aspectos (quem realiza e como realiza) reside a impossibilidade de repetir o testemunho na conjuntura brasileira atual*”; e ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos Cognitivos da Memória e a Antecipação da Prova Testemunhal no Processo Penal. In: *Revista Opinião Jurídica*, ano 15, nº 20, Fortaleza: Centro Universitário Christus, 2017, p. 255-270.

testemunho, reformular a legislação brasileira para dar maior crédito ao primeiro depoimento prestado pela testemunha, ainda próximo do fato e no curso da investigação, é possível chegar às seguintes conclusões:

**Primeira conclusão: provas testemunhais devem ser consideradas como um pilar falível no processo penal.** Embora comuns e relevantes, as provas testemunhais são vulneráveis a distorções da memória, tanto por esquecimentos naturais quanto por influências externas, como interações com outras testemunhas ou exposição a informações adicionais. Esse fato torna as provas testemunhais menos confiáveis quando comparadas a outras formas de prova.

**Segunda conclusão: o primeiro depoimento é mais confiável.** Pesquisas realizadas e documentadas em estudos da psicologia do testemunho demonstram que o primeiro depoimento, colhido logo após o crime, tende a ser mais confiável. Isso se deve ao fato de que a memória está mais fresca e menos sujeita a influências externas. A passagem do tempo reduz a precisão da memória. Reconhecer o primeiro relato como mais confiável ajudaria a preservar as impressões iniciais da testemunha como mais verossímeis, evitando a contaminação por possíveis falsas memórias e, assim, minimizando erros nos julgamentos.

**Terceira conclusão: há risco de a testemunha incorporar falsas memórias quando tem a repetição de depoimentos.** Pesquisas conduzidas à luz da psicologia do testemunho atestam que quanto mais vezes a testemunha relata o ocorrido, maior é o risco de criar falsas memórias. Novas informações ou discussões sobre o caso podem introduzir detalhes imprecisos, que a testemunha pode internalizar como se fossem verdadeiros. Assim, a repetição de depoimentos passados longos meses ou anos do que foi presenciado pela testemunha compromete a confiabilidade do seu relato.

**Quarta conclusão: é necessário que o STJ e o CNJ sejam coerentes. Se ambos reconhecem a importância de considerar o que a ciência da psicologia do testemunho aponta de problemas na prova testemunhal devem ampliar seu olhar para a produção da prova testemunhal em geral.** Desde 2020, o STJ e o CNJ vêm promovendo avanços que incorporam conhecimentos da psicologia do testemunho, com regulamentações que visam a validade da prova e evitam métodos que induzam ao erro. A viragem jurisprudencial do STJ e a Resolução 484 do CNJ, que regula o reconhecimento de pessoas, refletem essa preocupação ao estabelecer que o reconhecimento pessoal deve ser feito uma única vez e de acordo com o procedimento previsto na lei. É preciso que agora sigam a mesma premissa científica e, considerando o que se sabe a respeito da fragilidade da memória humana, passem a dar preferência ao primeiro depoimento colhido ainda na fase de investigação. Valorizar o primeiro depoimento em vez de insistir em repetições postergadas no tempo é uma forma de tornar o sistema mais justo e próximo da realidade dos fatos, respeitando tanto a memória humana quanto os direitos

fundamentais das partes envolvidas. Além disso, essa nova postura permitiria fortalecer a confiabilidade das decisões judiciais e reduziria o número de condenações injustas. Em adição, o STJ deve urgentemente cancelar a Súmula 455, que despreza a produção antecipada de provas em caso de réu não localizado para ser citado (art. 366, do CPP) entendendo que a decisão que determina a produção antecipada de provas “*deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso de tempo*”. Ora, é justamente o “*mero decurso de tempo*” que coloca em risco a memória episódica e, via de consequência, a qualidade e confiabilidade da prova testemunhal. A coerência hermenêutica exige que se preserve a integridade do sistema de provas.

**Quinta conclusão: a adoção da entrevista cognitiva e a gravação em áudio e vídeo do depoimento da testemunha permite melhorar a qualidade e a confiabilidade da prova.** O método da entrevista cognitiva, desenvolvido com base em estudos psicológicos, usa perguntas abertas e evita sugestões, permitindo que a testemunha relate fatos de forma mais detalhada e precisa. Essa forma de proceder melhora a qualidade dos depoimentos e reduz o risco de induções. A gravação em áudio e vídeo do primeiro depoimento permite registrar fielmente o conteúdo original e reduz o risco de distorções. Com isso, as partes e o juiz podem posteriormente avaliar a autenticidade do relato inicial da testemunha.

**Sexta conclusão: o contraditório deve ser adaptado para permitir maior confiabilidade da prova.** Embora o contraditório seja uma garantia fundamental, ele não precisa ocorrer simultaneamente à coleta dos depoimentos testemunhais. Contraditório significa ter ciência e poder reagir ao que foi produzido na investigação ou pela parte contrária. Assim, é possível preservar-se o que foi dito e registrado em áudio e vídeo pela testemunha ouvida em entrevista cognitiva no início da investigação como prova válida, permitindo-se às partes que possam arrolá-la para nova inquirição em juízo caso entendam necessário incluir o exame de novos pontos que não foram abordados inicialmente. A reação em contraditório ficaria então parcialmente postergada nos pontos já afirmados pela testemunha e seria simultânea naqueles aspectos ainda não explorados. Essa proposta de adaptar o direito ao contraditório para priorizar o primeiro depoimento poderia garantir maior fidelidade ao depoimento, evitando-se o problema das falsas memórias e, assim, proteger os direitos tanto dos acusados quanto das vítimas, fortalecendo a qualidade das provas.

**Sétima conclusão: é necessária uma revisão da legislação brasileira.** Não obstante se possa desde logo considerar o primeiro depoimento como válido nos moldes indicados na sexta conclusão, visando evitar discussões de nulidade a legislação brasileira poderia ser aprimorada para dar preferência ao primeiro depoimento, minimizando a necessidade de repetição e promovendo maior precisão nos relatos. Isso daria maior segurança jurídica e preservaria o conteúdo

do depoimento, diminuindo a interferência negativa do fator tempo na memória das vítimas e testemunhas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola, *História da Filosofia*. 4. ed. Tradução de Armando da Silva Carvalho e Antonio Ramos Rosa. Lisboa: Editorial Presença, 2000.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária. I. O Processo Psicológico e a Verdade Judicial*. Tradução baseada na 4ª ed. italiana por Fernando de Miranda, Coimbra: Arménio Amado, Editor, 1957.

\_\_\_\_\_. *Psicologia Judiciária. II. Personagens do Processo Penal*. 4º Volume. Tradução baseada na 4ª ed. italiana por Fernando de Miranda, Coimbra: Arménio Amado, Editor, 1959.

ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos Cognitivos da Memória e a Antecipação da Prova Testemunhal no Processo Penal. In: *Revista Opinião Jurídica*, ano 15, nº 20, Fortaleza: Centro Universitário Christus, 2017, p. 255-270.

AUSTRÁLIA. Australian Law Reform Commission. *Family Violence – A National Legal Response. Final Report. (ALRC Report 114)*, 2010. Disponível em [https://www.alrc.gov.au/wp-content/uploads/2019/08/ALRC114\\_WholeReport.pdf](https://www.alrc.gov.au/wp-content/uploads/2019/08/ALRC114_WholeReport.pdf), acesso em 04 de novembro de 2024.

BADDELEY, Alan D. Essentials of human memory (classic edition). In: *Psychology Press*, 2013.

BARROS, Flaviane de Magalhaes. *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BORGES, Jorge Luís. Funes o Memorioso. In: *Jorge Luís Borges: Prosa Completa*. Tradução de Marco Antônio Franciotti. Barcelona: Bruguera, 1979.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*. 30 de março de 2001, p. 9474, disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=597>, acesso em 11 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 484, de 19 de dezembro de 2022*. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original2118372022122763ab612da6997.pdf>, acesso em 06 de julho de 2024.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Seminário Internacional Prova e Justiça Criminal: novos horizontes para o reconhecimento de pessoas*. 09-10 de outubro de 2024. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/agendas/seminario-internacional-prova-e-justica-criminal-novos-horizontes-para-o-reconhecimento-de-pessoas/>, acesso em 31 de outubro de 2024.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Brasília: Ministério da Justiça, Ipea (Coleção Pensando Direito, nº 59), 2015. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7766953/mod\\_resource/content/1/Pensando%20o%20Direito%20%282016%29%20-%20%20Avan%C3%A7os%20Cient%C3%ADficos%20em%20Psicologia%20do%20Testemunho%20aplicados%20ao%20reconhecimento%20pessoal%20e%20aos%20depoimentos%20forenses.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7766953/mod_resource/content/1/Pensando%20o%20Direito%20%282016%29%20-%20%20Avan%C3%A7os%20Cient%C3%ADficos%20em%20Psicologia%20do%20Testemunho%20aplicados%20ao%20reconhecimento%20pessoal%20e%20aos%20depoimentos%20forenses.pdf), acesso em 03 de novembro de 2024.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Brasília: Ministério da Justiça, Ipea (Coleção Pensando Direito, nº 59), 2015

\_\_\_\_\_. Tribunal de Alçada do Paraná. *Apelação Criminal n. 80336-9*. Quarta Câmara Criminal. Relator Jesus Sarrão, julgado em 13 de outubro de 1995, unânime. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/136984/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-80336-9>, acesso em 11 maio 2015. \_\_\_\_\_ . Tribunal de Alçada do Paraná. *Apelação Criminal n. 54047-4*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Fleury Fernandes, Segunda Câmara Criminal, julgado em 04 de março de 1993, unânime. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/110334/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-54047-4>. Acesso em 11 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 598.886. Relator ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 27 de outubro de 2020, publicado em 18 de dezembro de 2020. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001796823&dt\\_publicacao=18/12/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020), acesso em 06 de julho de 2024.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente de memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 08, nº 02, Brasília, 2018, p. 1.058-1.073 Disponível em file:///C:/Users/rirche/Downloads/5312-24130-2-PB.pdf, acesso em 03 de novembro de 2024.

CHEMIM, Rodrigo. *Processo Penal: fundamentos dos fundamentos*. Porto Alegre: Citadel, 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal a Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI GESÚ, Cristina Carla. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DOAK, Jonathan; JACKSON, John; SAUNDERS, Candida; WRIGHT, David; FARIÑAS, Beatriz Gómez; DURDIVEVA, Selbi. *Cross-Examination in Criminal Trials Towards a Revolution in Best Practice? A Report for the Nuffield Foundation*, Nottingham Trent University, 2021. Disponível em [https://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/44924/1/1497281\\_Doak.pdf](https://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/44924/1/1497281_Doak.pdf), acesso em 09 de novembro de 2024.

EBBINGHAUS, Hermann. *Memory: A contribution to experimental psychology*. Traduzido para o inglês por Henry A. Ruger e Clara E Bussenius, New York: Teachers College, 1913, p. 24 e ss. Disponível em <https://ia800802.us.archive.org/26/items/memorycontributi00ebbiuoft/memorycontributi00ebbiuoft.pdf>, acesso em 07 de novembro de 2024.

ENGLAND. Great Britain Advisory Group on Video-Recorded Evidence. *Report of the Advisory Group on Video-Recorded Evidence*. London: Home Office, 1989.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Volume 1. 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1965.

FARINACCI, Prospero. *Tractatus Integer De Testibus*. Ex Officina Johannis Georgii Schwänderi, 1677. Disponível em <https://www.digitale-sammlungen.de/en/view/bsb10625696?page=7>, acesso em 03 de novembro de 2024.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale. Settima Edizione*. Padova: Cedam, 1994.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Sapere Aude, Artmed, 2010, p. 209-227.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: RT, 2002.

FIORE, Umberto. *Il valore psicologico delle testimonianze*. Città di Castello: Casa Tipografico Editrice S. Lapi, 1910.

FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. Edward. *Memory-enhancing techniques in investigative interviewing: The cognitive interview*. Springfield, IL: C.C. Thomas, 1992.

FLIN, Rhona; BOON, Julian; KNOX, Anne; BULL, Ray. The effect of a five-month delay on children's and adults' eyewitness memory. In: *British Journal of Psychology*, vol. 83, nº 3, The British Psychological Society, 1992, p. 323-336. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/21763077\\_The\\_Effect\\_of\\_a\\_Five-month\\_Delay\\_on\\_Children%27s\\_and\\_Adults%27\\_Eyewitness\\_Memory](https://www.researchgate.net/publication/21763077_The_Effect_of_a_Five-month_Delay_on_Children%27s_and_Adults%27_Eyewitness_Memory), acesso em 04 de novembro de 2024.

FRANK, Jerome. *Courts on Trial*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1950.

GABBERT, Fiona; MEMON, Amina; WRIGHT, Daniel. I saw it for longer than you: the relationship between perceived encoding duration and memory conformity. In: *Acta Psychologica*, vol. 124 (3), 2007, p. 319-331. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/7018187\\_I\\_saw\\_it\\_for\\_longer\\_than\\_you\\_The\\_relationship\\_between\\_perceived\\_encoding\\_duration\\_and\\_memory\\_conformity](https://www.researchgate.net/publication/7018187_I_saw_it_for_longer_than_you_The_relationship_between_perceived_encoding_duration_and_memory_conformity), acesso em 08 de novembro de 2024.

GILBERT, Julian A. E.; FISHER, Ronald P. The effects of varied retrieval cues on reminiscence in eyewitness memory. In: *Applied Cognitive Psychology*, vol. 20, 2006, p. 723-739.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Código do Processo Criminal do Estado do Paraná*. (Coleção Códigos Estaduais, organizada por RIBEIRO, Darci Guimarães e ANDRADE, Mauro Fonseca de.). Londrina: Thoth, 2021.

GUSTAFSSON, Philip U, LINDHOLM, Torun, JÖNSSON, Fredrik U. *Eyewitness accuracy and retrieval effort: Effects of time and repetition*. PLOS ONE 17(9): e0273455. 10.1371/journal.pone.0273455, 2022. Disponível em <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC9451081/>, acesso em 30 de outubro de 2024.

HASEL, Lisa E. Evidentiary Independence: How Evidence Collected Early in an Investigation Influences the Collection and Interpretation of Additional Evidence In: NADEL, Lynn; SINNOTT-ARMS-TRONG, Walter P. *Memory and Law* (Oxford Series in Neuroscience, Law, and Philosophy) (p. 142). Oxford University Press. Edição do Kindle. IP, p.143.

HENDERSON, Lorenza Emily Preston. *Cross-examination: a critical examination*. [Doctoral thesis], 2000.

\_\_\_\_\_. Best evidence or best interests? What does the case law say about the function of criminal cross-examination? In: *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 20(3), 2016, p. 183-199. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/304259554\\_Best\\_evidence\\_or\\_best\\_interests\\_What\\_does\\_the\\_case\\_law\\_say\\_about\\_the\\_function\\_of\\_cross-examination](https://www.researchgate.net/publication/304259554_Best_evidence_or_best_interests_What_does_the_case_law_say_about_the_function_of_cross-examination), acesso em 09 de novembro de 2024.

HEWITT, Lauren Y.; KANE, Robert; GARRY, Maryanne. Speaking order predicts memory conformity after accounting for exposure to misinformation. In: *Psychonomic Bulletin and Review*, vol. 20, 2013, p. 558-565.

HOBBS, Pamela. "You Must Say It For Him": Reformulating a Witness' Testimony on Cross-examination at Trial, In: *Journal for the study of discourse*, Text 23(4), 2003, p. 477-511. Disponível em <https://>

[www.researchgate.net/publication/250974733\\_You\\_must\\_say\\_it\\_for\\_him\\_Reformulating\\_a\\_witness\\_testimony\\_on\\_cross-examination\\_at\\_trial](http://www.researchgate.net/publication/250974733_You_must_say_it_for_him_Reformulating_a_witness_testimony_on_cross-examination_at_trial), acesso em 05 de novembro de 2024.

INNOCENCE PROJECT. *Explore the Numbers: Innocence Project's Impact*. Disponível em <https://innocenceproject.org/exonerations-data/>, acesso em 06 de julho de 2024.

IZQUIERDO, Ivan; BEVILAQUA, Lia R. M.; CAMMAROTA, Martin. A Arte de Esquecer. In: *Estudos Avancados*, v. 20, n. 58, 2006.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

KRIX, Alana C.; SAUERLAND, Melanie; LOREI, Clemens; RISPENS, Imke. Consistency across repeated eyewitness interviews: contrasting police detectives' beliefs with actual eyewitness performance. In: *Plos One*, v. 10, n.º 2, 2015. Disponível em <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0118641>, acesso em 03 de novembro de 2024.

LACY, J. W.; STARK, C. E. L. The neuroscience of memory: implications for the courtroom. In: *Nature Reviews Neuroscience*, vol. 14, 2013, p. 649-658. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/255951845\\_The\\_Neuroscience\\_of\\_Memory\\_Implications\\_for\\_the\\_Courtroom](https://www.researchgate.net/publication/255951845_The_Neuroscience_of_Memory_Implications_for_the_Courtroom), acesso em 08 de novembro de 2024.

LOFTUS, Elizabeth F. Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory. In: *Learning & Memory*, vol. 12, n.º 4, p. 361-366, 2005. Disponível em <https://learnmem.cshlp.org/content/12/4/361.full.pdf+html>, acesso em 03 de novembro de 2024.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Falsas Memórias e Prova Testemunhal no Processo Penal: Em Busca da Redução de Danos. In: *Revista de Estudos Criminais*. Abr./Jun. de 2007.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Penal*. Volume I. Tradução de Waleska Giroto Silverberg, Tradução da 3ª ed., de 1912, São Paulo: Conan, 1995.

\_\_\_\_\_. *A Lógica das Provas em Matéria Penal*. Volume II. Tradução de Waleska Giroto Silverberg, Tradução da 3ª ed., de 1912, São Paulo: Conan, 1995.

MALETIS, Albericus de. *De Testibus*. Roma: Georg Lauer ca., 1480.

MAUET, Thomas A. *Fundamentals of Trial Techniques*. Boston, Toronto: Little, Brown and Company Law and Business, 1980.

MEDWED, Daniel S. *Prosecution Complex. America's race to convict and its impact on the innocent*. New York: New York University Press, 2012.

MEIRA, Silvio. *Curso de Direito Romano: história e fontes*. Ed. fac-sim. São Paulo: LTr, 1996.

*O Código de Hammurabi*, traduzido para o inglês por Leonard William King e para o português por Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2005

MIRA Y LÓPEZ, Emilio. *Manual de Psicologia Jurídica*. 2ª ed. (1ª ed. em espanhol de 1945), traduzido por Elso Arruda, São Paulo: Editorial Mestre Jou, 1967.

MORI, Kazuo. KISHIKAWA, Takeshi. Co-witness auditory memory conformity following discussion: a misinformation paradigm. In: *Perceptual & Motor Skills: Perception*. Vol. 118, 2, p. 533-547, 2014. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/262066840\\_Co-Witness\\_Auditory\\_Memory\\_Conformity\\_following\\_Discussion\\_A\\_Misinformation\\_Paradigm](https://www.researchgate.net/publication/262066840_Co-Witness_Auditory_Memory_Conformity_following_Discussion_A_Misinformation_Paradigm), acesso em 31 de outubro de 2024.



- MUSATTI, Cesare Luigi. *Elementi di psicologia della testimonianza*. Milano: Cedam, 1931.
- NEW ZEALAND. Supreme Court of New Zealand. *TN v The Queen*. SC 22/2011, 2011.
- \_\_\_\_\_. Supreme Court of New Zealand. *Justin Leigh Harney versus Police*. SC 64/2010 [2011] NZSC 107. Disponível em <https://www.courtsofnz.govt.nz/assets/cases/2011/sc-64-2010-harney-v-new-zealand-police-v2.pdf>, acesso em 04 de novembro de 2024.
- NORWAY. Detkongeligejustis – Og Beredskapsdepartement. *Act of 22 May 1981 n° 25. The Criminal Procedure Act. With subsequent amendments, the latest made by Act of 21 June 2013 n° 84*, p. 79. Disponível em [https://legislationline.org/sites/default/files/documents/30/Norway\\_Criminal\\_Procedure\\_Act\\_1981\\_am2013\\_en.pdf](https://legislationline.org/sites/default/files/documents/30/Norway_Criminal_Procedure_Act_1981_am2013_en.pdf), acesso em 04 de novembro de 2024.
- PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da Prova no Jogo Processual Penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- QUINLIVAN, D. S., WELLS, G. L, NEUSCHATZ, J. S. Is manipulative intent necessary to mitigate the eyewitness post-identification feedback effect? In: *Law and Human Behavior*, 34, 2010, p.186–197.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- RIBOT, Théodule-Armand. *Les Maladies de la mémoire*. 18ª ed., Paris: Félix Alcan, Éditeur, 1906. Disponível em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k255891x.image>, acesso em 07 de novembro de 2024.
- RODRIGUES, Carlos Eduardo. *Pesquisa sobre Reconhecimento Formal em 2023*. Superior Tribunal de Justiça. Gabinete do Ministro Rogério Schietti Cruz, 2023. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/Reconhecimento%20Formal%20-%202023.pdf>, acesso em 06 de julho de 2024.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- SCOTLAND. Scottish Court Service. *Evidence and Procedure Review Report*. 2015. Disponível em <https://www.scotcourts.gov.uk/media/vtsorv2o/evidence-and-procedure-full-report-publication-version-pdf.pdf>, acesso em 04 de novembro de 2024.
- \_\_\_\_\_. Scottish Parliament. *Vulnerable Witnesses (Criminal Evidence) (Scotland) Act 2019*. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/asp/2019/8/enacted>, acesso em 07 de novembro de 2024.
- \_\_\_\_\_. Scottish Government. *Vulnerable Witnesses Act – section 9: report*. 18 de dezembro de 2023. Disponível em <https://www.gov.scot/publications/report-respect-section-9-vulnerable-witnesses-act/pages/1/>, acesso em 09 de novembro de 2024.
- SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e. JAEGER, Antonio. Memória e Conformidade: a confiabilidade da prova testemunhal e o transcurso de tempo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Volume 171, 2020, p. 281-312.
- SISTERSON, Craig. Pre-trial cross-examination orders allowed in rare circumstances, says Court of Appeal. In: *NZLawyer*, edição 188, n° 13, 2012. Disponível em <https://ndhadeliver.natlib.govt.nz/webarchive/20120728185929/http://www.nzlawyermagazine.co.nz/CurrentIssue/Issue188/188N4/tabid/4453/Default.aspx>, acesso em 04 de novembro de 2024.
- SPENCER, John; LAMB, Michael. *Children and Cross Examination: Time to change the rules?* Bloomsbury Publishing, 2012.
- STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídica*

cas. Porto Alegre: Sapere Aude, Artmed, 2010.

STERNBERG, Robert J. *Psicologia cognitiva*. Tradução da 5. ed. norte-americana por Anna Maria Dalle Luche e Roberto Galman. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais. Tempo, Tecnologia, Dromologia e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOGLIA, Michael P.; READ, J. Don; ROSS, David F.; LINDSAY, R.C.L. *The handbook of eyewitness psychology*. vol. I. London: LEA, 2007.

TULVING, Endel. Episodic and Semantic Memory. In: TULVING, Endel; DONALDSON, Wayne (eds.). *Organization of Memory*, pp. 381-403. New York: Academic Press, 1972.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolução nº 60/147, de 16 de dezembro de 2005. Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário*, 2005. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-08/N0549642.pdf>, acesso em 09 de novembro de 2024.

WELLS, G. L., OLSON, E. A., CHARMAN, S. D. Distorted retrospective eyewitness reports as functions of feedback and delay. In: *Journal of Experimental Psychology*, vol. 9, nº I, 2003, p. 42-52 WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner. Recordação de eventos emocionais repetitivos: memória, sugestibilidade e falsas memórias. In: , p. 186-208, p. 198.

WESTERN AUSTRALIA. The Parliament of Western Australia. *Acts Amendment (Evidence of Children and Others) Act 1992*. Disponível em [https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc\\_6941.pdf/\\$FILE/Acts%20Amendment%20\(Evidence%20of%20Children%20and%20Others\)%20Act%201992%20-%20%5B00-00-00%5D.pdf?OpenElement](https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_6941.pdf/$FILE/Acts%20Amendment%20(Evidence%20of%20Children%20and%20Others)%20Act%201992%20-%20%5B00-00-00%5D.pdf?OpenElement), acesso em 04 de novembro de 2024.

WESTERA, Nina J; KEBBELL, Mark; MILNE, Rebecca. Losing two thirds of the story: a comparison of the video-recorded police interview and live evidence of rape complainants, In: *Criminal Law Review*, vol. 4, London, 2013, p. 290-308.

WILLIANS, Paul; WEBER, Nathan; ROBERTSON, Marie-Therese. The effect of expertise on memory conformity: a test of informational influence. In: *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 31, 2013, p. 607-623.

WIXTED, John T.; MICKES, Laura. Eyewitness memory is reliable, but the criminal justice system is not. In: *Memory*, Vol. 30, 1, 2022, p. 67-72.

WRIGHT, Daniel; VILLALBA, Daniella K. Memory conformity affects inaccurate memories more than accurate memories. In: *Memory*, vol. 20, 2012, p. 254-265. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/221860435\\_Memory\\_conformity\\_affects\\_inaccurate\\_memories\\_more\\_than\\_accurate\\_memories](https://www.researchgate.net/publication/221860435_Memory_conformity_affects_inaccurate_memories_more_than_accurate_memories), acesso em 08 de novembro de 2024.

# JUSTIÇA RESTAURATIVA E GARANTISMO PENAL: ASPECTOS DE DIVERGÊNCIA E CONVERGÊNCIA

## *RESTAURATIVE JUSTICE AND CRIMINAL GARANTISM: ASPECTS OF DIVERGENCE AND CONVERGENCE*

*Tássia Louise de Moraes Oliveira<sup>1</sup>  
Selma Pereira de Santana<sup>2</sup>*

### RESUMO

Diante da crise de legitimidade e ineficiência do atual modelo de justiça criminal, surge a justiça restaurativa, a partir da confluência do abolicionismo e da vitimologia, como alternativa de resposta penal, propondo alternativas diferentes para a solução dos conflitos. Neste contexto, em que pese a gradual emergência da justiça restaurativa como possibilidade de reação ao crime, muito se critica acerca de viabilidade prática e efetividade deste modelo, tecidas principalmente pelos defensores do garantismo penal, sob o argumento que tais propostas consistem na diminuição das garantias do infrator. Assim, a partir da leitura e exame dos pilares teóricos do garantismo, bem como dos fundamentos da justiça restaurativa, busca-se refletir e analisar os aspectos de divergência e de encontro entre estas diferentes teorias, considerando-se que estas, embora partam de diferentes filosofias, possuem objetivos em comum e complementam-se, podendo coexistir de forma harmoniosa. Desta forma, a metodologia deste trabalho consistiu no levantamento bibliográfico e revisão da literatura especializada sobre a teoria garantista e das bases em que se sustentam o modelo restaurativo, de forma a possibilitar a construção teórica e análise comparativa acerca das dos ângulos de convergência e pontos de atrito entre a justiça restaurativa e o garantismo penal.

**Palavras-chave:** Justiça restaurativa; Garantismo penal; Garantias; Vitimologia; Abolicionismo.

### ABSTRACT

Faced with the crisis of legitimacy and inefficiency of the current criminal justice model, arises the res-

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA (2020-2023). Mestre em Direitos Fundamentais e Justiça pela Universidade Federal da Bahia – UFBA (2016-2018). Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Especialista em Direito Público pelo Instituto Damásio de Direito. Bacharela em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa – FRB (2015). Servidora Pública do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Membro do Grupo de Pesquisa Justiça Restaurativa (UFBA). E-mail: Louise\_tassia@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1400560027516890>.

<sup>2</sup> Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2006). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais por esta última Faculdade (2002). Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1984). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia, FESMIP. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito – FFD. Especialização em Processo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Procuradora de Justiça (Ministério Público Militar da União). Professora Associada 4, de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professora do Quadro Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. E-mail: [selmadesantana@gmail.com](mailto:selmadesantana@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1410037874765018>.

taurative justice, from the confluence of the criminal abolitionism and victimology, as an alternative to criminal response, proposing different solutions for the resolution of conflicts. In this context, in spite of the gradual emergence of restorative justice as an alternative to criminal response, there are several critics about practicability and effectiveness of such criminal reaction model, mainly made by the defenders of criminal garantism, stating, that such proposals consist in reducing offender guarantees. Thus, the authoress seeks to reflect and analyze the aspects of divergence and meeting between these different theories, considering that these, although departing from different philosophies, have common goals and complement each other, being able to coexist harmoniously. Thus, the methodology of this work was the review of the literature about the garantism theory, as well as the grounds on which support the restorative model, in order to enable the theoretical construction and comparative analysis about the angles of convergence and points of friction between restorative justice and criminal garantism.

**Key-Words:** Restorative justice; Garantism criminal; Guarantees; Victimology; Abolitionism.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. As intermitências da vítima no processo penal: de protagonista a figura esquecida – 3. Justiça Restaurativa: um novo modelo de justiça penal; 3.1 Justiça Restaurativa e abolicionismo penal – 4. Garantismo Penal: 4.1 Os axiomas de Luigi Ferrajoli – 5. Justiça Restaurativa e Garantismo Penal: aspectos de convergência e divergência. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Restaurar significa reparar, recuperar o que foi perdido, restabelecer ou recomeçar. Nesse sentido, originada a partir da confluência da vitimologia e do abolicionismo penal, surge a justiça restaurativa como um modelo diferente de justiça penal, com finalidades, procedimentos e mecanismos divergentes dos tradicionais para solucionar os conflitos oriundos da prática de um crime.

Ressalte-se que, em que pese a análise deste artigo se restrinja à aplicação do modelo restaurativo no âmbito criminal, entende-se que a sua aplicabilidade também alcança as esferas extrapenais, tais como a trabalhista e civil, em especial no direito das famílias.

O termo “justiça restaurativa” teria sido utilizado pela primeira vez em 1977, em um artigo de autoria de Albert Eglash, intitulado de *Beyond Restitution: creative restitution*, sendo este considerado o pioneiro no discurso restaurativo. O citado autor considera existir três modelos de justiça: a justiça punitiva, que foca na punição; a justiça distributiva, que se centra no tratamento do delinquente; e, por fim, a justiça restaurativa, orientada para a reparação dos danos originados pelo crime.

A justiça restaurativa, outrora considerada uma utopia, hoje desponta como uma realidade fática no cenário jurídico brasileiro. Assim, com o advento da Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça, aprovada no dia 31 de maio do ano de 2016, bem como da Resolução 118, de 01 de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, emergem as práticas restaurativas como uma alternativa e como um novo paradigma de justiça penal, ainda não normatizadas, no ordenamento pátrio.

Desta forma, diante da crise de (i)legitimidade e (in)eficiência do atual modelo de justiça criminal, surge a justiça restaurativa como alternativa de reação penal, trazendo à tona a distinção entre o aspecto social e a dimensão pessoal dos delitos, além de redescobrir a vítima do crime, empoderando e dando a esta papel de destaque na construção da resposta adequada à resolução do conflito no caso concreto.

Partindo da premissa de que a missão do Direito Penal, além da proteção dos bens jurídicos, também é a restauração e manutenção da paz, tem-se que as propostas humanizadoras da justiça restaurativa objetivam regenerar o conflito interpartes e social gerado pelo delito, resgatando a paz e almejando tornar eficaz, em seus propósitos preventivo, retributivo e pedagógico, a sanção penal.

Todavia, em que pese a gradual emergência da justiça restaurativa como alternativa de resposta penal, muito se critica acerca de viabilidade prática e efetividade de tal modelo de reação penal, tecidas principalmente pelos defensores do garantismo penal, que aduzem que a redescoberta da vítima no processo penal consiste em retrocesso histórico e importa em diminuição dos direitos do infrator, destinatário final do sistema de controle penal, bem como privaria o agente criminoso do seu direito constitucional a um processo justo, democrático e equilibrado.

Destaque-se que as garantias penais significam limitações do *jus puniendi* estatal, configurando verdadeira barreira contra a arbitrariedade de punir do Estado, consistindo, sob uma perspectiva dogmática e de política criminal, em uma relevante evolução de direitos humanos e de justiça penal.

Noutro prisma, analisando-se sob o olhar da vitimologia, tem-se que a figura da vítima foi completamente negligenciada pelo garantismo, sendo todo o sistema de garantias criado para o agente criminoso.

Neste sentido, cumpre indagar: como resgatar a perspectiva da vítima no processo sem comprometer os direitos e garantias do acusado? A redescoberta da figura do ofendido importa em diminuição dos direitos do réu? Os propósitos da justiça restaurativa e do garantismo penal podem conviver harmoniosamente? São válidas as críticas formuladas pelos garantistas à justiça restaurativa?

Foram estas as indagações que motivaram a escolha do tema e permeiam o presente artigo.

No primeiro momento, busca-se conceituar, assim como fazer a análise histórica da participação da vítima no processo penal, desde o período batizado de pré-histórico, da “fase de ouro da vítima” até o atual estágio contemporâneo, pontuando, a partir do percurso histórico, os fatores históricos e políticos que contribuíram para o presente panorama penal, no qual a vítima aparece apenas como sujeito passivo do delito e mero instrumento de prova, sem exercer maior papel ou influência na persecução criminal.

No capítulo subsequente, almeja-se conceituar a justiça restaurativa, ou, de forma mais apropriada, reunir os diferentes conceitos presentes na literatura especializada, bem como analisar as teorias que apoiam e justificam este modelo alternativo de reação penal, além de destacar os seus princípios informadores.

Em seguida, no capítulo 4, almeja-se explicar o garantismo penal, dissecando os axiomas propostos por Luigi Ferrajoli, e, logo após, analisar as críticas formuladas pelos garantistas à justiça restaurativa.

Por fim, em sede de considerações finais, pretende-se ponderar acerca dos pontos de conflito e convergência de ambas as teorias, demonstrando-se, afinal, que, embora diverjam em aspectos específicos, havendo aparente incompatibilidade entre o conjunto de princípios garantísticos e o modelo restaurador, as diferenças residem mais no plano da retórica do que no patamar prático e, ainda, tem-se mais uma noção de complementaridade entre o garantismo penal e a justiça restaurativa do que oposição entre esses modelos de justiça criminal.

## **2 AS INTERMINTÊNCIAS DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL: DE PROTAGONISTA A FIGURA ESQUECIDA**

Dentre as propostas da justiça restaurativa, encontra-se aquela que se denomina de “redescoberta da vítima<sup>3</sup>”, associada ao pensamento vitimológico.

Numa perspectiva histórica, afirma-se que a vítima teve a sua “fase de ouro” nos períodos da vingança privada, que surge no limiar da civilização, sendo gradualmente eliminada e, em momento histórico posterior, ressurgindo no primitivo Direito romano, atingindo seu ápice durante a Idade Média, no contexto do feudalismo, vindo a perder força ao final da Alta Idade Média. Com o surgimento dos Estados Absolutistas, os conflitos penais são apropriados pelo Estado, que passa a ser o único legitimado a punir os cidadãos e, a partir deste “confisco” do conflito, as vítimas perdem voz e espaço. Atualmente, encontramos-nos na fase de instrumentalização do ofendido, na qual a participação do sujeito passivo no processo se dá como mera produção de prova.

Durante os períodos de vingança, a vítima possuía o poder de retribuir o mal que lhe fora causado. Prevalcia a violência exacerbada, de modo que os excessos retributivos importavam no surgimento de um ciclo vicioso de retaliação. A vingança, não padece de dúvida, constituiu o modo primitivo de solução dos conflitos (CÂMARA, 2008, p. 22).

Inobstante o protagonismo da vítima individualmente considerada, não se pode deixar de

---

<sup>3</sup> Neste sentido, pertinente a crítica do Professor Guilherme Costa Câmara, que afirma que a denominação “redescoberta da vítima” não seria a mais adequada, sendo que esse “resgate” da figura da vítima consiste em uma nova perspectivação da vítima, preferindo este autor a expressão *moderna perspectivação da vítima*.

reconhecer que nesta fase de vingança privada, muitas vezes, o delito era considerado uma ofensa contra a comunidade, de modo que a participação da família ou do clã do ofendido era frequente na retaliação.

Cumprir registrar que relevante aspecto desta época reside no fato de que havia vinditas coletivas, isto é, retaliações aplicadas pela própria comunidade. Mas, não se pode afirmar que tais vinganças eram penas, uma vez que vingança e pena são conceitos distintos. Vingança implica liberdade, força e disposições individuais; a pena, ao seu turno, pressupõe a existência de um poder organizado (LOPES Jr., 2013, p. 56).

Destaque-se que, nesse período, embora prevalecesse o sistema de vinganças veiculadas pela vítima, também os conflitos eram solucionados por mecanismos de conciliação e autocomposição entre o ofendido e o infrator, uma vez que com a gradual evolução da estrutura e da organização da coletividade, emerge também o sistema de composição, sucedâneo da vingança, que consistia no pagamento de certo valor à comunidade, haja vista que, já nesta época, surge a noção de que a cadeia de vingança poderia levar ao extermínio do clã ou da família de uma das partes envolvidas. Apropriando-se desta informação, alguns defensores da justiça restaurativa aduzem que este modelo existiu e prevaleceu durante a maior parte da história. Todavia, corroborando as considerações de Santos (2014), não se concorda com tal assertiva.

Destarte, como consequência desse regime irrestrito de vinganças, surge a necessidade de estabelecimento de critérios de proporcionalidade, a fim de evitar respostas desproporcionais por parte da vítima originária e limitar a cadeia de vinganças. Neste contexto, surge a Lei do Talião, que significou importante avanço, à época, com sua noção de proporção e exata retribuição, da qual se extrai a sua máxima: *Não mais que olho por olho, dente por dente, vida por vida*<sup>4</sup>.

A aplicação do princípio do Talião ocasionou um deslocamento de atribuição da solução dos conflitos originados por comportamentos lesivos. Desta forma, a vítima não mais era a responsável pela aplicação direta da sanção. Inaugura-se, assim, uma gestão heterônoma do conflito, isto é, um terceiro imparcial deveria avaliar as provas atinentes aos fatos e impor a sanção e promover a execução desta.

O advento da Lei do Talião caracteriza, sobretudo, o afastamento das vinganças irrestritas por parte da vítima e seu clã. Contudo, isto não significou a total remoção do ofendido na solução do conflito. Este ainda participava do processo na medida em que a sanção era construída com base na extensão do dano que lhe fora causado (CÂMARA, 2008).

---

<sup>4</sup> Neste sentido, pertinente se faz a observação de Câmara, para quem, o princípio do Talião, “longe de consistir em retrocesso e barbárie como poderia transparecer em face de qualquer açodada translação imediata de nossos valores atuais, isto é, de uma mera colagem de arcabouço axiológico hoje em voga àquela realidade, significou – sem nos despedirmos do vero tempo histórico ora em projeção – em um significativo avanço (2008, p. 29)

A derrocada do Império Romano, em razão das invasões bárbaras, repercute no direito medieval, uma vez que enfraqueceu as relações de poder, de modo que a vingança privada ressurgiu nesse período, mas, de certa forma, limitadas pelas concepções do pensamento cristão. A Igreja Católica encontra, nesse período, campo fértil para expandir a sua doutrina, sendo que o Direito Canônico impõe certos limites aos costumes dos povos bárbaros (CÂMARA, 2008).

Registre-se que, nessa época, o direito era essencialmente consuetudinário. Assim, em um direito centrado nos costumes, a vingança privada da vítima retoma parte do protagonismo de outrora (LOPES Jr., 2013).

Tal cenário irá ser mudado, radicalmente, em razão do surgimento do Estado Absolutista. Com o surgimento das monarquias centradas na figura do Rei soberano, cuja autoridade emanava diretamente do Superior Divino e concentrava todo o poder em suas mãos. Conforme registra a História, as monarquias absolutistas ganham força na Europa durante os séculos XVII e XVIII, encontrando seu apogeu na França e na Inglaterra.

Nesta fase, o fenômeno criminoso ganha nova perspectiva: a conduta que antes era tida como lesão à vítima, que teria legitimidade para participar da resolução do conflito, passou a configurar ofensa Estado e, portanto, afrontaria diretamente ao soberano, que passaria a ser o único legitimado a aplicar a sanção, que passou a configurar mecanismo de reafirmação do seu poder (CÂMARA, 2008).

Com a Revolução Industrial e crescente urbanização da sociedade, aumentaram também os índices de criminalidade, de modo que, diante dessa realidade emergente, torna-se ainda mais necessário subtrair o poder punitivo dos indivíduos e entregá-lo ao Estado.

A partir desse momento, então, surge o processo penal tal como o conhecemos hoje, pois, ao assumir a responsabilidade pela aplicação das punições, o Estado desliga a vítima do manejo da pena, transferindo esta atividade a um terceiro imparcial (LOPES Jr., 2013).

Nesta perspectiva, considerando-se o crime como ofensa ao Estado, a reação será dada por este. Agora a pena adquire caráter de sanção pública, uma vez que o poder estatal se sobrepõe à atuação familiar (vingança de sangue e composição), e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja calculada e anunciada por um terceiro imparcial, pertencente aos quadros do Estado, cujos poderes serão juridicamente limitados (CÂMARA, 2008).

De acordo com o pensamento de Lopes Jr., ponderando acerca das vantagens da subtração do poder punitivo da vítima e consequente apropriação pelo Estado, este

[...] como ente jurídico e político, chama para si o direito e também o dever de proteger a comunidade e inclusive o próprio delinquente. À medida em que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assumirá o monopólio da justiça, produzindo-se não só a revisão da natureza contratual do processo, senão também a proibição expressa para os indivíduos de tomar a justiça por suas próprias mãos (2013, p. 56).



Feita esta breve digressão histórica, cumpre ressaltar que a justiça restaurativa, ao propor a “redescoberta” da vítima, parte da premissa de que não se mostra razoável a exclusão desta do conflito no qual foi parte, visando o seu empoderamento e a reparação, material, psicológica ou simbólica, dos danos que lhe foram ocasionados.

Assim, parte das críticas que se fazem à justiça restaurativa assentam-se nas premissas de que esta propõe o retorno da figura esquecida, o que, numa ótica garantística, importaria em redução dos direitos do ofendido, sendo que tal premissa não se sustenta, haja vista que a proposta restaurativa, em que pese busque a revalorização dos interesses da vítima, também se mostra atenta ao agressor, seus interesses e garantias, conforme se buscará demonstrar adiante.

### 3 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA PENAL

Definir a justiça restaurativa representa, ainda, em um grande desafio aos seus defensores. Esta dificuldade se dá em razão desta consistir em um conjunto de práticas que almejam uma formulação teórica. Segundo Leonardo Sica:

Mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Sob a denominação de justiça restaurativa (*restaurative justice*, *giustizia riparativa*, *justice réparatrice*, *justicia restauradora*, etc.) projeta-se a proposta de promover entre os verdadeiros protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação (CERETTI *apud* SICA, 1996, p. 10). Mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como “prática restaurativa (2007, p.10).

Para Cláudia Cruz Santos (2014), o modelo restaurativo consiste em um modo de responder ao crime, com práticas determinadas que buscam objetivos específicos, que se baseia no reconhecimento da dimensão interpessoal do conflito, assumindo a função de pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à vítima, por intermédio da autorresponsabilização do agente infrator, finalidades estas que somente serão alcançadas por meio de um procedimento de encontro, fundado na autonomia da vontade dos seus participantes.

Howard Zehr (2007), de forma sucinta, define o modelo restaurativo como um processo voltado à restauração, dentro dos limites possíveis, a todos que tenham interesse em uma ofensa particular, e identificar e atender coletivamente aos danos, necessidades e obrigações derivados de determinado conflito, com o propósito de curar e reparar os danos da melhor maneira possível.

No mesmo sentido, John Braithwaite conceitua a justiça restaurativa como modelo de justiça criminal que “busca a redução da injustiça e não simplesmente a redução dos delitos: aspira oferecer direções práticas sobre como nós, cidadãos democráticos, podemos levar uma boa vida por meio da luta contra a injustiça” (*apud* PALAMOLLA, 2003, p. 01).

Dissertando sobre a dificuldade de conceituação, Palamolla pondera acerca da fluidez e abertura da definição das práticas restaurativas, aduzindo, em síntese, que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluído, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas” (2009, p. 54).

Ainda nesta esteira de reflexão, Santos registra que a dificuldade de conceituar a Justiça Restaurativa advém da sua pluralidade de procedimentos e finalidades. Desta forma, determinados conceitos focam na questão das práticas (dimensão minimalista), ao passo que outros autores buscam sua definição tendo em vista os resultados pretendidos (dimensão maximalista). Para a referida autora:

[...] o ponto de partida para uma tentativa de compreensão das várias propostas de definição de justiça restaurativa prende-se com a sua catalogação em dois grandes grupos: existem definições que enfatizam o processo; outras definições enfatizam os resultados que devem ser atingidos. Tendencialmente, as primeiras são associadas a uma compreensão minimalista e as segundas a um entendimento maximalista da justiça restaurativa (2014, p. 162)

Diante desse cenário, observa-se que a noção de justiça restaurativa desponta, com forte influência abolicionista e das diretrizes da vitimologia, com a pretensão de uma reação diferente da resposta fornecida pelo sistema de justiça criminal tradicional, baseada na democratização do processo, assim como na recusa do autoritarismo que permeia o direito penal, na busca de respostas mais humanas ao crime.

Ademais, o modelo restaurativo também se fundamenta na reparação do mal sofrido pela vítima e atenuação das consequências do delito, além de buscar a reintegração social do agente infrator, através da autorresponsabilização e inclusão da comunidade como sujeito processual na construção da solução do conflito.

Registre-se que a justiça restaurativa não pretende ser uma resposta universal para todos os casos ou uma solução, quase mágica, dos problemas do sistema penal. O que o movimento restaurativo repudia é a ideia de que a pena de prisão seja elevada ao patamar de principal e privilegiada forma de sanção estatal, prestigiando-se o caráter retributivo, aliado a um discurso pseudo preventivo da pena, desprezando-se as peculiaridades, vicissitudes e dimensão humana de cada conflito.

Assim, verifica-se que a justiça restaurativa possui um conceito flexível e aberto, advindo da percepção dos riscos que a padronização das práticas restaurativas nos moldes no pensamento jurídico tradicional pode resultar. De forma simplificada, pode-se afirmar que a manutenção do conceito aberto parte da percepção de que “quem se define se limita”.

Todavia, ressalte-se que essa abertura conceitual consiste no fato gerador das várias críticas, mormente porque essa abrangência das mais variadas práticas que podem ser rotuladas

como restaurativas dão margem à ausência de limites balizadores do que é, ou não, considerado como medida restaurativa, criando-se distorções, no plano prático, de viabilização dessas práticas, além da evidente dificuldade de normatização, no sentido de inclusão de medidas restaurativas no ordenamento jurídico positivo.

Neste aspecto reside um dos maiores pontos de atrito entre a justiça restaurativa e o sistema de garantias penais, uma vez que o direito penal alicerça-se na legalidade, sendo esta uma das mais robustas garantias do cidadão, ao passo que aquela fundamenta-se na ideia de construção da solução mais apropriada ao caso concreto, o que pode gerar consequências indeterminadas, levando-se em conta as peculiaridades do infrator, as necessidades da vítima e da comunidade, solução esta que pode não encontrar respaldo no ordenamento penal positivado.

Nesse sentido, são válidas as observações de Palamolla, ao afirmar que

a falta de definição e a variedade de objetivos ocasionam duas críticas pertinentes: (1) cria-se o risco de que práticas que não respeitam os princípios da justiça restaurativa sirvam para avaliações negativas do modelo e (2) dificulta-se a avaliação dos programas, já que não se sabe exatamente o que se pretende alcançar com eles (2009, p. 54).

Apropriando-se dos argumentos dos abolicionistas<sup>5</sup>, do *labelling approach*, partindo da percepção da repressão, seletividade e estigmatização que permeiam o modelo tradicional de justiça criminal, a justiça restaurativa propõe um olhar mais humano sobre os conflitos penais, alertando para o fato de que as instâncias formais de controle social preocupam-se mais com a punição meramente retributiva, menosprezando as consequências do crime para a vítima e comunidade, bem como negligenciando as funções preventivas da pena. Em síntese, nos dizeres de Renato Sócrates Gomes Pinto,

[...] a ideia, então, é se voltar para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso? (2005, p. 19).

Em sentido oposto, Santos critica essa formulação de que a justiça restaurativa se preocupa com as consequências futuras do delito, ao passo que a justiça tradicional estaria voltada para o passado. Segundo a citada autora, não se pode afirmar que o modelo tradicional de reação penal seja totalmente voltado ao passado, uma vez que, ao procurar punir o delinquente, busca-se evitar o cometimento de novos delitos, segregando o agente criminoso do convívio social, estando, de certa forma, também voltada para o futuro (2014, p. 159).

---

<sup>5</sup> Neste sentido, vale a observação do Professor Guilherme Câmara, que afirma que “parece razoável a ideia de que é possível fazer-se bom uso das teorias abolicionistas sem ser abolicionista” (2008, p. 86).

Diante deste cenário, pode-se dizer, com Santos, que a justiça restaurativa propõe um diferente paradigma, não necessariamente melhor, mas diferente de justiça penal.

Nesse aspecto, cabe registrar algumas críticas tecidas a esse novo paradigma de justiça criminal. Levrant, por exemplo, avalia a justiça restaurativa como modelo que traz mais prejuízos do que benefícios (*apud* MORRIS, 2005, p. 16). No mesmo sentido, Johnstone afirma que o paradigma restaurativo pode vir a piorar o cenário, sob o fundamento de que consequências deletérias e indeterminadas podem resultar de uma mudança para a justiça restaurativa (*apud* MORRIS, 2005, p. 25).

A maioria das críticas feitas à justiça restaurativa questiona a viabilidade prática da mesma, pontuando que seus valores não poderiam ser concretizados na realidade forense cotidiana, sendo descrita como um movimento sem qualquer comprovação, com riscos de insucesso, consistindo em um modelo que se fundamenta em sentimentos humanísticos, mas sem qualquer comprovação empírica da sua efetividade (MORRIS, 2005).

Analisando os juízos de censura, Morris categorizou as principais críticas formuladas contra a justiça restaurativa, sintetizando os argumentos daqueles que resistem ao movimento restaurativo. São elas:

a justiça restaurativa erode direitos subjetivos; a justiça restaurativa aumenta a rede de controle social; a justiça restaurativa trivializa o crime (particularmente a violência do homem contra a mulher); a justiça restaurativa fracassa em “restaurar” vítimas e infratores; a justiça restaurativa não produz reais mudanças e não afasta a reincidência; a justiça restaurativa produz resultados discriminatórios; a justiça restaurativa aumenta os poderes da polícia; a justiça restaurativa não afeta diferenças de poder; a justiça restaurativa encoraja o “vigilantismo”; a justiça restaurativa falta legitimidade; e a justiça restaurativa fracassa em promover “justiça” (2005, p. 443).

Tais críticas se devem, em parte, à ausência de um padrão e conceito preciso de justiça restaurativa, sendo que a abertura e fluidez conceitual de tal modelo, além da variedade de práticas que podem ser tidas como restaurativas, conduzem à dificuldade de compreensão dos fundamentos restaurativos e desvirtuamento de tais valores no plano prático.

Reconhece-se a validade de tais juízos de censura, em certa dimensão, sendo que a própria noção de justiça restaurativa assume a sua ineficácia para solucionar todos os conflitos penais em uma sociedade, cada vez mais complexa, admitindo a possibilidade de não conseguir construir a resposta estatal adequada a certos casos e a determinados tipos penais.

Ressalte-se, ademais, que parte de tais críticas ocorrem pela confusão entre a justiça consensual, que ganhou expressão com o advento dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/1995), e o modelo restaurativo.

Com efeito, institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995, como a suspensão condicional do processo e a transação penal se tornam, na prática, verdadeiros “contratos de

adesão”, vale dizer, ou o agente criminoso aceita tais propostas feitas “bondosamente” pelo Estado ou será punido. No fundo, tais institutos perderam sua essência e se tornam meios alternativos menos gravosos de punição, que aumentam a rede de controle estatal, evitando a desnecessária privação da liberdade, mas sem o devido questionamento da razão da aplicação daquela medida, nos quais o agente criminoso e a vítima saem insatisfeitos com a tutela estatal. Neste viés, válida é a crítica de Alexandre Morais da Rosa, ao afirmar que

Demora-se muito para julgar porque fora a **esculhambação** que são os **Juizados Especiais Criminais**, onde vale tudo e se dá um tratamento rápido e inconstitucional a questões sociais, a saber, dificilmente um Termo Circunstanciado é crime: pode ser briga entre parentes, vizinhos, xingamentos, latido de cachorro, direito de vizinhança. Mas como não se têm acesso ao Judiciário do Cível, resta a queixa na Delegacia. (destaques do original) (2013, p. 09)

Diante desse desastroso cenário, mostram-se pertinentes as críticas formuladas aos Juizados Especiais Criminais, uma vez que estes, de fato, não atendem às demandas psicológicas das vítimas e, muito menos, responsabilizam ou fazem o réu compreender as consequências da conduta praticada, sendo que tal realidade encontra-se em rota de colisão com as finalidades e propostas feitas pelo modelo restaurativo.

Ainda nessa esteira de raciocínio, cumpre pontuar que, em um sistema que elegeu a privação de liberdade como principal resposta estatal ao crime, na qual a valoração do bem jurídico se dá através da quantidade de tempo de prisão que a sua respectiva violação importa, os ideais restaurativos assumem sérios riscos de desvirtuamento no plano concreto, sendo possível a sua conversão em apenas mais um mecanismo de alívio do aparato estatal, numa perspectiva utilitarista, desprezando-se todo o esforço teórico, bem como reproduzindo os mesmos efeitos tão criticados do sistema penal que se pretende, através do olhar restaurativo, eliminar.

### 3.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA E ABOLICIONISMO PENAL

Na gênese da proposta restaurativa encontra-se a negação da natureza ontológica do delito, isto é, o crime é um produto humano artificialmente produzido, inexistindo conduta “naturalmente” criminosa, bem como a crítica ao sistema de controle social. Desta forma, a justiça restaurativa parte da proposta de que as consequências daquilo que se rotula como crime pode vir a encontrar solução mais adequada, sob a perspectiva da vítima e também do agente e da comunidade, em um procedimento mais participativo e orientado por princípios e finalidades diversas.

O abolicionismo penal é uma corrente político criminal cujo nome já anuncia as suas pretensões. Esta teoria surge como produto das políticas criminais da década de sessenta (Crimi-

nologia crítica), e tem, como finalidade, a construção da crítica ao sistema carcerário e a lógica punitiva. Segundo Cohen,

[...] os abolicionistas criticam o uso da punição para reprimir uma pessoa condenada pela prática de um delito, e posicionam-se de forma contrária à centralidade da lei penal como meio de controle social. Referem igualmente que o sistema penal causa mais malefícios do que benefícios à sociedade e que, portanto, não devem permanecer em funcionamento (*apud* ACHUTTI, 2014, p. 91).

Para os defensores do abolicionismo, a punição não seria o meio adequado para reagir diante de um delito e não se mostra apto para produzir os efeitos almejados, pois, além da sua finalidade precípua (punir o delinquente), o sistema penal foi concebido para perpetuar uma ordem social injusta, seletiva e estigmatizante, de modo que o sistema não deixará de reproduzir a violência (ACHUTTI, 2014, p. 91).

Para Zaffaroni, não existe apenas um, mas diferentes dimensões de abolicionismo. Segundo o autor, as categorias abolicionistas podem ser sistematizadas como: (a) a tendência marxista de Thomas Mathiesen; (b) a estruturalista de Michel Foucault; (c) a fenomenológico-historicista de Nils Christie; e (d) a fenomenológica de Louk Hulsman (*apud* ACHUTTI, 2014, p. 96).

Embora não seja um movimento uniforme e possua várias dimensões, sendo que os citados autores encontram diferentes fundamentações metodológicas para a abolição do sistema penal, é possível encontrar o ponto de convergência dos abolicionistas: a crítica ácida e latente ao sistema penal, bem como o ceticismo sobre a sua efetividade, além de também contribuir para o fenômeno criminal, visando a sua extinção.

A justiça restaurativa possui nítida inspiração abolicionista. Contudo, não se pode afirmar que tenha, como proposta, a total erradicação do sistema penal. Em certa dimensão, é correto afirmar que a justiça restaurativa tenha herdado um patrimônio de ideias de cunho abolicionista. Entretanto, em determinado momento, a proposta restaurativa passa a trilhar caminho próprio e autônomo, por vezes, até divergindo e reconhecendo as limitações da teoria abolicionista (SANTOS, 2014, p. 62).

Apropriando-se das críticas formuladas pelos abolicionistas (em especial Louk Hulsman e Nils Christie), a justiça restaurativa, visando se apresentar como um modelo diverso de reação penal, negando os elementos repressivos, seletivos e estigmatizantes do sistema criminal, propõe uma nova abordagem ao fenômeno criminal. Todavia, divergindo do abolicionismo radical, a justiça restaurativa vê vantagens na manutenção do Estado enquanto guardião dos direitos e admite a necessidade de uma pequena porcentagem das pessoas que estão nas prisões.

A proposta restaurativa não chega a ser tão ousada quanto a abolicionista, que propõe a eliminação do sistema penal, objetivo este que se mostra irrealizável no atual contexto social.

Nesse sentido, concorda-se com Tiveron quando esta aduz que a proposta restaurativa perpassa por este caminho (2014, p. 267).

Em síntese, o que a justiça restaurativa, que pode ser vista como uma espécie de abolicionismo intermediário, propõe não é eliminação do sistema penal e o total afastamento do Estado na construção da solução dos conflitos, mas sim, uma nova (e possível) abordagem do fenômeno criminoso, vislumbrando-se também a dimensão humana do delito, o que demandaria não a exclusão, mas diferente postura por parte do Estado.

#### 4 GARANTISMO PENAL

No século XVIII, Césare Beccaria, o Marquês de Bonesana, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, considerada como o primeiro manifesto do garantismo penal, alertou ao mundo os horrores e contradições do sistema de justiça penal, construindo as bases da ideologia penal orientada à humanização da justiça criminal, propondo uma política criminal estruturada sobre o princípio da utilidade social.

Destaque-se que Beccaria não propôs o abolicionismo radical das penas, mas a erradicação das sanções cruéis e difamantes, projetando a “salvação do Direito penal” através da “construção de um Direito penal novo” (2011, p. 37-53).

A obra do Marquês de Bonesana é considerada, por alguns, como um marco na história da Criminologia, tendo influenciado diversas legislações e inspirado o nascimento do sistema de garantias penais em favor dos acusados e contra a arbitrariedade e abusos do Estado na aplicação da pena. O autor denunciou as leis e os costumes “dos mais bárbaros séculos”, assim como o autoritarismo dos “doutores” da Idade Média e da “Ciência Jurídica”. Para Câmara, o livro do Marquês:

[...] não há dúvida nem entredúvida, constitui vibrante denúncia de paradoxo existente entre a realidade das luzes autonomizadoras da razão e do obscurantismo de um sistema de justiça fundado no paradigma do tormento, por isso irrompeu como causa fatora de inúmeras reformas legislativas, contribuindo decisivamente – ao rejeitar a intervenção de influxos de ordem moral na determinação dos crimes – para a laicização do Direito penal. Prevenção, proporcionalidade e humanização do processo, estes, em síntese, os fundamentos cardeais de um sistema penal fundado no princípio convergente da utilidade social desenvolvido por Beccaria (2008, p. 08).

Outrossim, as ideias e críticas do Marquês de Bonesana exerceram considerável influência na construção do Direito penal moderno, notadamente, no sentido da percepção do caráter público da pena. Segundo Beccaria, “toda espécie de delito é nociva à sociedade”. (2011, p. 85).

Trilhando por esta mesma esteira de reflexão, Tatiana Viggiani Bicudo aduz que:

Assim, tendo como ponto central o da convivência harmônica entre os homens, delito é tudo o que a razão formula como sendo um ato contrário à manutenção da paz social e do bem comum. Esse último, constituído, segundo Beccaria, pela soma de todos os interesses particulares. O direito de punir é, pois, de todos os cidadãos, representados pelo soberano, para evitar que haja qualquer possibilidade de ofensa à segurança pública. Isso faria com que os homens retornassem ao estado de natureza, onde vige a guerra de todos contra todos” (2015, p. 45).

Ao assumir o caráter público da pena e a dimensão coletiva do delito, o Marquês concebe a noção do crime como dano à sociedade, o que legitimaria ao Estado a apropriação do conflito penal. Por conseguinte, como efeito dessa nova concepção, não obstante inspirada em propósitos humanísticos, a vítima passou a ser mero sujeito passivo do delito, não tendo mais qualquer domínio sobre o conflito.

Desta forma, com a expropriação dos interesses e direitos da vítima passou-se a ter um inchaço no sistema punitivo e no aumento da repressão penal, uma vez que todos os delitos passaram a ser considerados uma violação ao contrato social e aos interesses da coletividade, representada pelo Estado.

O garantismo penal, como herança do Iluminismo, define-se como o conjunto de teorias penais e processuais penais concebidas pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli<sup>6</sup>, no final do século XX, que tem como objetivo limitar o poder punitivo estatal, reduzindo-o ao mínimo necessário, primando pela proteção dos direitos do cidadão, consistindo em uma importante escola da criminologia crítica que visa controlar a aplicação do Direito penal e impedir a arbitrariedade do poder punitivo estatal.

Para Zaffaroni, a visão garantista do direito penal em um Estado de direito consiste em uma redundância grosseira, uma vez que no atual estágio de evolução da sociedade e da ciência jurídica, não poderia haver outro direito penal senão o de garantias (*apud* TIVERON, 2014, p. 173).

Na obra *Direito e Razão*, Ferrajoli apresenta a teoria, conceituando a mesma em três diferentes acepções. De acordo com o autor, numa acepção primária:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (2010, p. 785-786).

---

<sup>6</sup> Luigi Ferrajoli nasceu em Florença no ano de 1940. Entre os anos de 1967 e 1975 exerceu a função de Juiz de Direito. Desde o ano de 1970, é professor de Filosofia e Teoria Geral do Direito, na Universidade de Camerino, na Itália (BICUDO, 2015, p. 41).



Diante de tal conceito, tem-se que o garantismo penal funciona como um modelo de segurança dos cidadãos contra o arbítrio e excesso do poder de punir estatal. Neste sentido, aduz Ferrajoli, faz-se necessário falar sobre graus de garantismo, além de distinguir o modelo constitucional ideologicamente concebido e o plano concreto de tal sistema.

No caso do Brasil, pode-se observar um modelo garantista de elevado grau no patamar teórico e, na esfera prática, um desvirtuamento do sistema.

Assim, avaliando-se as distorções entre o plano normativo-teórico e a prática sob a ótica do garantismo, verifica-se que uma Constituição pode garantir diversos direitos e, ainda assim, não passar de um pedaço de papel, ou seja, não concretizar tais direitos, caso haja defeitos de garantias, técnicas coercitivas, que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo (FERRAJOLI, 2010).

Numa segunda acepção,

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas (2010, p. 786).

Este segundo significado traz consigo uma crítica ao ordenamento jurídico, reiterando a antinomia entre a normatização pura e a prática, além de criticar o comportamento dos operadores do Direito. Tal acepção convoca o jurista a manter sua percepção crítica sobre a validade e legitimidade das normas. Para o autor, o jurista garantista deve questionar a legitimidade das normas, perquirindo quais são os seus fundamentos, não se conformando com a dogmática acrítica.

Por fim, para uma terceira acepção do garantismo, Ferrajoli utiliza-se da base da Filosofia do direito e crítica da política. Neste viés:

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo (2010, p. 786).

Diferente dos outros significados, esta última acepção traz uma visão externa da teoria, pautando-se em aspectos “metajurídicos” tais como a política e economia, que influenciam na

moldagem da dogmática jurídica. Sob esta ótica, o doutrinador, extrapolando o âmbito penal e analisando, de forma crítica, todo o ordenamento jurídico, censura a concepção do Direito como um sistema autotutélico, míope às demais ciências e à realidade social, concebido como um valor e um fim em si mesmo e não como um meio.

Diante desse cenário, constata-se que a teoria do garantismo defende um modelo normativo do Direito, compreendido enquanto sistema positivado. Ferrajoli, seguindo os passos de Beccaria, propõe a laicização do Direito, de modo que a ciência jurídica deve se divorciar da moral e da natureza, no sentido de não ser o Direito um valor preexistente no estado de natureza, nem de valores morais escolhidos para um determinado grupo social.

No que atine ao caráter punitivo da sanção penal, Ferrajoli afirma que esta não pode ter fins preventivos e ressocializadores, ou trazer qualquer valor moral, uma vez que o divórcio entre o Direito e a moral importa no reconhecimento de que a pena é um mal, tal como preconizado por Kant e Hegel, e deve retribuir o mal cometido pelo crime.

Nesse contexto, considerando-se que a principal crítica à justiça restaurativa consiste na alegação da sua incompatibilidade com o conjunto dos princípios garantísticos que modelam a reação ao crime (SANTOS, 2014), pretende-se, no tópico subsequente, analisar, de forma pormenorizada, os axiomas do garantismo penal, tais como propostos por Ferrajoli.

#### 4.1 OS AXIOMAS DE LUIGI FERRAJOLI

A teoria garantista de Ferrajoli tem sua base fincada em 10 (dez) axiomas que não expressam proposições assertivas, mas proposições meramente prescritivas, não descrevendo a realidade, mas propondo o que deva ocorrer. O garantismo penal é concebido enquanto modelo ideal de sistema penal.

Os axiomas propostos por Ferrajoli buscam responder às seguintes questões: a) quando e como punir?; b) quando e como proibir?; c) quando e como julgar? Como respostas a tais perguntas, o garantismo propõe as respostas ideais.

Os 03 (três) primeiros axiomas visam responder à primeira indagação, ao passo que os 03 (três) seguintes buscam solucionar a segunda questão proposta, e, enfim, os 04 (quatro) últimos respondem à pergunta remanescente.

O primeiro axioma afirma que *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime). O jurista italiano concebe que a pena, enquanto consequência do delito, deve funcionar, em certa medida, como retribuição ao seu autor, o que somente pode acontecer após o fato criminoso e nunca antes deste, vedando-se o direito penal do autor, bem como negando a possibilidade de antecipação da sanção e punição de atos preparatórios.

A proposição seguinte enuncia que *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei). O enun-

ciado em questão prescreve que não há delito sem lei anterior, escrita, estrita e certa que preveja que determinada conduta é tida como criminosa. Tal axioma reflete, explicitamente, o princípio da legalidade que rege o direito penal e processual penal.

A próxima assertiva sustenta que *nulla poena sine necessitate* (não há pena sem necessidade). Neste axioma exterioriza-se a ideia de que a lei somente deve estabelecer penas quando estritamente necessário. As penas, quando forem necessárias, devem obedecer aos limites impostos pela proporcionalidade e jamais devem violar a dignidade da pessoa do condenado.

O axioma subsequente afirma que *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico). A prescrição em análise propõe que não há necessidade de criminalizar condutas sem que haja efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado. Por esta linha de raciocínio, também não se justifica a criminalização de condutas que não ofendam bens jurídicos penalmente relevantes.

A proposição seguinte assevera que *nulla injuria sine actione* (não há lesão sem conduta). De acordo com esta assertiva, para que haja responsabilização penal, deve haver nexos causal entre a conduta criminosa e o dano causado, de modo que, havendo dano sem conduta penal anterior, inexistente no que se falar em responsabilidade criminal.

Na sequência, Ferrajoli propõe que *nulla actio sine culpa* (não há conduta sem culpa). Segundo este axioma, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão consciente do agente, de modo que, para punir, faz-se necessário que a conduta seja praticada por um agente consciente e penalmente imputável. Assim, caso presente qualquer circunstância que exclua a culpa do agente delinquente, não poderá este ser responsabilizado na esfera penal. Para tanto, a culpabilidade deverá ser apurada em processo regular.

Prosseguindo com os axiomas, visando responder à questão “quando e como julgar?”, a próxima prescrição garantista enuncia que *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo) e *nullum iudicio sine accusatione* (não há processo sem acusação). De acordo com estas assertivas, a jurisdição penal norteia-se pelo sistema acusatório, no qual o juiz, enquanto sujeito passivo inerte e equidistante das partes, deve decidir a demanda proposta com base na sua livre convicção motivada, cabendo à acusação a formulação da imputação fática e o ônus probatório, garantindo-se ao acusado um processo público, permeado pelo contraditório e ampla defesa.

A proposição subsequente assevera que *nulla acusatione sine probatione* (não há acusação sem prova que a fundamente). Segundo se extrai dessa assertiva, considerando-se o princípio constitucional da presunção de inocência, cabe ao órgão acusador produzir a prova que elimine a pressuposição de inocência do acusado e não a este comprovar sua inocência, daí inferindo-se a regra probatória que afirma que em caso de dúvida, absolve-se o réu.

Por fim, o último axioma prescreve que *nulla probatio sine defensione* (não há prova sem

ampla defesa). De acordo com esta proposição, para que haja um processo efetivamente garantista, faz-se necessário haver isonomia e paridade de armas entre defesa e acusação, isto é, as partes devem ter acesso aos mesmos meios de produção probatória e mecanismos recursais, além de outros inerentes ao andamento do processo. Como a presunção do acusado no limiar do processo é de inocência, esta somente será afastada pela prova produzida ao longo do curso processual, privilegiando-se, assim, o direito de liberdade do indivíduo.

## **5 JUSTIÇA RESTAURATIVA E GARANTISMO PENAL: ASPECTOS DE CONVERGÊNCIA E DIVERGÊNCIA**

Assentadas as premissas básicas do garantismo penal, faz-se necessário pontuar as principais críticas que a teoria garantista formula contra a proposta restaurativa, buscando pontuar os pontos de divergência e convergência entre essas duas correntes do pensamento criminal.

Luigi Ferrajoli, ao estabelecer os 10 (dez) axiomas limitadores do poder estatal, concebe que as penas, a despeito do seu caráter retributivo, não podem despir o sujeito da sua qualidade de cidadão, de forma que, na opinião do jurista italiano, o direito penal não apenas serve para reprimir o delito, mas também para frear o poder punitivo estatal.

Neste aspecto, já se verifica um ponto crucial de divergência entre a proposta restaurativa e o garantismo: embora este vise limitar o poder punitivo do Estado, ainda o concebe como mecanismo legítimo de reação penal. Por outro lado, a justiça restaurativa, em razão da sua inspiração abolicionista, questiona a legitimidade da pena, propondo, além de penas alternativas, alternativas às penas.

Desta forma, o garantismo rejeita a proposta restaurativa, uma vez que esta representaria a possibilidade de “pena sem culpa” e “crime sem pena”, refutando as teorias que preconizam a informalização da justiça e a diminuição das garantias do acusado.

O regime de garantias caracteriza-se pela estrita legalidade, consubstanciados em axiomas negativos que devem ser observados para levar o acusado ao destino único e certo: a imposição de uma pena. Nesse sentido, concorda-se com Sica, quando este enuncia que “o sistema garantista, assim visto, constitui um percurso em que, se respeitadas as proteções formais, justificam-se, ou melhor, obriga-se a imposição da pena cominada” (2007, p. 125).

Silva-Sanchez, tal como Ferrajoli, rejeitando as premissas da justiça restaurativa, aduz que a renúncia ao Direito penal teria como efeito imediato o surgimento de sistemas informais de controle, os quais, dada a inexistência de formalização e incidência de fenômenos conjunturais ou subjetivos, se mostrariam muito piores quanto ao grau de intervenção, que o próprio direito penal (*apud* SICA, 2007, p. 121).

Assim, tem-se a diferença filosófica fundamental entre a proposta restaurativa e o garantismo: este ainda vislumbra, como legítima, a intervenção punitiva estatal, visualizando a necessidade do castigo, partindo da premissa de que, uma vez cometido o crime, este deve levar necessariamente à uma sanção penal e, para tanto, devem ser observadas as garantias do cidadão.

A justiça restaurativa, por seu turno, pretende abater essa necessidade enraizada do castigo, reconhecendo essa superação da racionalidade penal moderna, como etapa necessária para a evolução da sociedade, cuja harmonia se vê mais ameaçada pela premissa irracional da “necessidade” e “obrigatoriedade” do castigo.

Prosseguindo por este norte de reflexão, mostra-se pertinente a reflexão de Zaffaroni:

[...] o poder punitivo é como o bife à milanesa com batatas fritas, isto é, ninguém se pergunta por que existe. Parece que sempre esteve ali. Mas não é assim. Alguém comparou o tempo de nosso pequeno planeta com uma semana e advertiu que aparecemos no último minuto antes da meia-noite de domingo. Não sei quando apareceu o bife à milanesa, mas nesses segundos geológicos que levamos arranhando a superfície da Terra, só carregamos o poder punitivo por alguns décimos de segundos (2013, p. 18).

Neste mesmo sentido, Lopes Jr., pondera que

[...] a história das penas aparece, numa primeira consideração, como um capítulo horrendo e infamante para a humanidade, e mais repugnante que a própria história dos delitos. Isso porque o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato violento, premeditado e metulosamente preparado. É a violência organizada de muitos contra um. (2013, p. 54)

Assim sendo, o garantismo parte da premissa de que a sanção penal, seja através de penas privativas de liberdades ou alternativas mostram-se imprescindíveis, de modo que rejeitam as propostas de despenalização ou informalização da justiça, visto que tais caminhos importariam em diminuição das garantias do indivíduo, expondo-o a um controle menos limitado sob a ótica garantística da estrita legalidade.

Neste viés, emerge, ao nosso ver, o paradoxo da doutrina garantista: parte-se de um rol de garantias para assegurar a intervenção punitiva estatal, legitimando a repressão penal e nutrindo o “desejo psicossocial do castigo”.

Outro aspecto de divergência reside na questão da busca da “verdade real”, preconizada como finalidade a ser atingida pelo processo penal tradicional. Em bem verdade, a proposta restaurativa não tem, como objetivo, a busca pela verdade real.

Neste sentido, faz-se importante consignar que Carnelutti já ponderava a esterilidade da discussão acerca da verdade real e verdade formal. O problema reside na “verdade”, uma vez que esta é inalcançável, isso porque “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós” (1965, p. 4-9).

Assim, tem-se que a busca pela “verdade” mostra-se, no plano prático, pelo mero alinhamento de provas em busca de uma condenação. A verdade, ao final do processo, será aquela imposta pelo juiz, a partir da leitura dos fatos sob as lentes dos códigos legais e da jurisprudência, selecionando os fatos, conforme as necessidades do processo, desprezando todas as informações que não tenham relevância técnico jurídica.

Assentadas tais premissas, negando-se o mito da verdade real, cumpre ressaltar que o processo adversarial cujo resultado é necessariamente a pena, em si, já obstaculiza a busca pela construção da verdade. Assim, um modelo permeado pelas liturgias, formalidades e marcado pela adversariedade não recompensa substancialmente a verdade, não podendo sustentar a sua autoconservação justamente nesse argumento (SICA, 2007, p. 124).

Outrossim, uma outra questão específica que reflete a proposta restaurativa é a necessidade do reconhecimento da culpa por parte do ofensor, para que este possa participar dos encontros restaurativos, o quê, em certa dimensão, contrastaria com a garantia constitucional da presunção de inocência do réu.

Cumpre destacar, inicialmente, que a justiça restaurativa encontra-se informada pelos princípios da voluntariedade e da confidencialidade. Assim, para que o sujeito participe do procedimento e/ou chegue a um acordo final, este deve necessariamente concordar, livre de qualquer coação, sendo-lhe assegurado o retorno aos meios convencionais de jurisdição processual penal a qualquer momento (TIVERON, 2014).

Destarte, tem-se que esta garantia, constitucionalmente assegurada, encontra-se preservada através do princípio da confidencialidade da justiça restaurativa, para o qual a anuência para participar do procedimento restaurativo não pode ser utilizada como prova de admissão de culpa em eventual processo criminal. Tal princípio mostra-se relevante especialmente nos casos em que os sujeitos não conseguem chegar a um acordo restaurativo ou desistam, o que lhes é permitido, de participar, acarretando o retorno da demanda ao processo penal tradicional (TIVERON, 2014).

Desta forma, mediante os princípios da voluntariedade e da confidencialidade do processo restaurativo, pode-se assegurar a garantia constitucional da presunção de inocência (ou não culpabilidade, como preferem alguns) do réu. Some-se a isso o fato de que outros direitos fundamentais encontram-se resguardados pela proposta restaurativa, tais como a sua não-estigmatização e reintegração comunitária por vias alternativas.

Neste cenário, reitera-se que o sistema de garantias formais apenas é observado para levar o acusado ao caminho único, certo e seguro da punição.

Ainda neste norte, tem-se que mesmo o princípio da legalidade, espinha dorsal da doutrina garantista, mostra-se vulnerável ante a inflação do sistema penal. Num sistema superlotado, no

qual criam-se leis para criminalizar uma generalidade de condutas, surge uma situação fática que minimiza tal garantia. “*Nullum crimen sine legge* de nada adianta se existem ‘*legges*’ em excesso, se estão formuladas em termos vagos e abertos e orientadas de forma paleorepressiva” (SICA, 2007, p. 126).

O que se observa é que o direito a um processo penal justo e garantista se mostra, na verdade, como uma obrigação a um processo, como se o punir estatal fosse a única alternativa possível diante do fenômeno criminal. Em que pese Ferrajoli, ao formular seus axiomas, tenha buscado responder à indagação “Quando e como punir?”, a doutrina garantista falha ao não preconizar o quando *não* punir.

Ademais, cumpre ainda ressaltar que, além do garantismo “negativo” preconizado por Ferrajoli, tem-se, ainda, o garantismo “positivo” formulado por Alessandro Baratta (2011). Para este, a contenção do poder punitivo estatal se dá não apenas através das garantias formais negativas de defesa, mas também pela possibilidade de direitos de prestação positiva, baseando-se na fragilidade das garantias tradicionais diante do funcionamento do sistema penal no plano prático. Assim, deve-se compreender que, sem que se abra mão das garantias “negativas”, estas podem ser complementadas por outras garantias.

Álvaro Pires (2004), em interessante metáfora, afirma que as garantias formais consistem na linha de *Maginot*<sup>7</sup> do direito penal, uma vez que forneceram um sistema de segurança ilusório e não se prestaram a proporcionar proteções suficientes contra a severidade das penas, nem conseguiram cumprir a missão a que se propuseram de limitação do poder do soberano.

Neste mesmo sentido, para Baratta:

[...] a experiência dos últimos tempos demonstrou que o garantismo é frágil, tanto como teoria, como prática, se agir somente como um limite, e não também como um projeto: se limita a dizer que coisa não se deve fazer, quais são os meios e fins do exercício da função punitiva (...) e não oferece também indicações positivas para uma política de proteção dos direitos (*apud* SICA, 2007., p. 134).

Aury Lopes Jr., que parece rejeitar a proposta restaurativa, afirma que não vislumbra a solução do conflito por outra via que não o processo penal. Para o autor,

[...] com o delito, surgem o conflito social e a pena pública como resposta estatal (em nome da coletividade) ao autor da conduta. Mas esse poder de punir não é puro arbítrio do Estado, mas sim um poder condicionado. O Direito Penal, contrariamente ao Direito Civil, não permite, em nenhum caso, que a solução do conflito – mediante a aplicação de uma pena – se dê pela via extraprocessual. Pedida a atuação do Estado

---

<sup>7</sup> A linha de Maginot foi uma linha de fortificação e de defesa construída pela França ao longo de suas fronteiras com a Alemanha e a Itália, após a Primeira Grande Guerra. A linha de Maginot não evitou a derrota da França no início da Segunda Guerra Mundial, na medida em que as divisões alemãs contornaram-na atacando a região de Sedan (PIRES, 2004).

através da acusação, esse poder se transforma em um dever de prestar de forma efetiva a tutela jurisdicional (2013, p. 57-59).

Todavia, o mesmo autor, mesmo sem perceber, em que pese preconizar a absoluta observância das garantias fundamentais, aduz que no processo penal, a Constituição ainda representa uma abertura, algo a ser buscado como um ideal. É um avanço em termos de consolidação da dignidade da pessoa humana, de abertura democrática rumo ao fortalecimento do indivíduo. As propostas da justiça restaurativa caminham justamente neste sentido, repudiando o caráter autoritário do processo penal, objetivando democratizar o sistema penal e fortalecer as individualidades dos sujeitos envolvidos no processo.

A opção voluntária, livre, informada e regulada do indivíduo de apropriar-se do seu conflito, discuti-lo e, possivelmente, construir uma solução adequada, mostra-se como um mecanismo de democratização do processo, reforçando o respeito pela dignidade da pessoa humana.

Ademais, a substituição do direito punitivo por um direito restaurador, resgatando a perspectiva da vítima, além de buscar alternativas às penas, revela-se como uma busca por novas alternativas de reação penal, objetivando a proteção dos direitos humanos, enquanto indivíduos concretamente considerados.

O que se observa é que tanto o sistema penal, lido pelas lentes do garantismo, quanto a justiça restaurativa, percorrem caminhos diferentes para chegar a um mesmo objetivo: a humanização do modelo de reação penal, a valorização do indivíduo e a negação do arbítrio estatal ao punir o cidadão.

Neste sentido, pertinente se faz a crítica feita por Sica:

Ocorre que, como garantismo é um sistema fechado (em tese, ao arbítrio), pode ensejar uma leitura que acaba por torná-lo, ao invés de um avanço, um empecilho à construção de um novo modo de pensar o penal, uma barreira epistemológica ao enfrentamento e conhecimento da questão penal em sua complexidade. *As garantias representam um obstáculo mais retórico do que efetivos* (grifos aditados) (2007, p. 131-132).

Em síntese, justiça restaurativa e garantismo penal possuem objetivos semelhantes, em que pese este considere legítima a intervenção punitiva estatal e rejeite outras alternativas à punição, visa limitar o poder de punir, ao passo que aquela parte da premissa da dimensão das peculiaridades concretas de cada delito, visando construir, através de procedimentos próprios a respostas penais mais adequadas ao conflito originado pela infração delitiva.

O rol de axiomas formulado por Ferrajoli é caracterizado por princípios penais de cunho negativo, sendo que todas as premissas prescritivas começam com uma negativa (*nullum, nulla*) e se mostram um importante ponto de partida, do qual não se pode retroceder. Todavia, não



se pode visualizar as garantias formais negativas como o único meio de solução de conflitos penais. E, nesse aspecto, reside o maior atrito entre a justiça restaurativa e o garantismo penal.

Nesta esteira de reflexão, convém questionar se é possível o oferecimento de maior garantia ao cidadão do que o afastamento do risco da pena e da prisão, evitando-se toda a estigmatização do processo penal? (SICA, 2007, p. 135).

A perspectiva do garantismo configura uma segurança ilusória em um contexto punitivo exarcebado, no qual, conforme consignado ao longo deste trabalho, observam-se as garantias do réu, mas o destino único é a punição.

Não se propõe aqui a eliminação das garantias fundamentais. Pelo contrário, reconhece-se a importância destas na construção de um direito penal mais humanitário. Todavia, estas não se mostram suficientes no atual contexto punitivo no qual estamos inseridos, fazendo-se necessário complementar e aprimorar a doutrina garantista e, neste sentido, considera-se as propostas restaurativas como mecanismos de evolução, aprimoramento e humanização do sistema penal perseguidos pela teoria do garantismo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A justiça restaurativa, enquanto movimento de política criminal, surge da confluência da vitimologia e do abolicionismo, buscando conciliar e compatibilizar as contradições que podem advir de buscar suas raízes em teorias radicalmente divergentes.

A inspiração por parte da vitimologia surge a partir da necessidade de “redescobrir” a vítima, figura esquecida pelo modelo atual, dando a esta participação e emponderando-a, a fim de construir a solução adequada ao conflito.

Por outro lado, a justiça restaurativa também se apropria das críticas do discurso abolicionista para tecer as críticas ao sistema penal repressivo, questionando a legitimidade do poder punitivo estatal, bem como preconizando que há necessidade de superação do paradigma punitivo, tornando-se necessário buscar alternativas às penas, além de penas alternativas.

A diferença filosófica fundamental entre a proposta restaurativa e a teoria garantista consiste no fato de que esta ainda vislumbra como legítima a intervenção punitiva estatal, visualizando a necessidade do castigo, partindo da premissa de que, uma vez cometido o crime, este deve levar necessariamente à sanção penal e, para tanto, devem ser observadas as garantias do cidadão.

A justiça restaurativa, por seu turno, pretende abater essa necessidade enraizada do castigo, reconhecendo essa superação da racionalidade penal moderna como etapa necessária para a evolução da sociedade, cuja harmonia se vê mais ameaçada pela premissa irracional da “necessidade” e “obrigatoriedade” do castigo, considerando que a história das penas mostra-se mais desumana do que a história dos delitos.

O que se observa é que tanto o processo penal, lido pelas lentes do garantismo, quanto a justiça restaurativa, em que pese as divergências filosóficas, percorrem caminhos diferentes para chegar a um mesmo objetivo: a humanização do sistema penal, a valorização do indivíduo e a negação do arbítrio estatal ao punir o cidadão.

O rol de axiomas garantistas configuram-se em princípios penais de cunho negativo, sendo que todas as premissas prescritivas começam com uma negativa (*nullum, nulla*), sendo um importante ponto de partida de limitação do poder de punir estatal, do qual não se pode, nem se pretender, retroceder. Todavia, não se pode visualizar as garantias formais negativas como o único meio de solução de conflitos penais, tornando a sanção penal a única reação estatal possível. E, nesse aspecto, reside o maior atrito entre a justiça restaurativa e o garantismo penal.

Assim, considera-se que as garantias formais consistem em importante conquista jurídica. Contudo, também não se vislumbra estas mesmas garantias como obstáculos intransponíveis à implantação de novos modelos de reação penal, em especial a justiça restaurativa, uma vez que esta não propõe a extinção ou diminuição das garantias, e nem do sistema penal, em que pese a sua inspiração abolicionista. O que este movimento preconiza é um novo olhar sob o sistema penal e os sujeitos envolvidos no conflito: o autor, a vítima e a comunidade.

Nesta proposta de humanização, preservação e fortalecimento dos indivíduos e repúdio ao autoritarismo estatal que permeia o modelo de processo penal tradicional, justiça restaurativa e garantismo caminham lado a lado, visando alcançar os mesmos objetivos e mais do que competir entre si, anulando-se mutuamente, as suas propostas se complementam, uma vez que o afastamento da pena e da estigmatização causada pelo encontro do agente infrator com as instâncias de controle formal mostra-se como a maior garantia que o indivíduo pode vir a ter perante o poder punitivo estatal.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**; tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BRITO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNDU, 2005.

CÂMARA, Guilherme Costa Câmara. **Programa de Política Criminal Orientado para a Vítima de Crime**. 1ª ed. São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. vol. XX, II serie, 1965.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNDU, 2005.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIRES, Álvaro. **A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos**. Novos Estudos CEBRAP, nº 68. São Paulo, CEBRAP, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito. A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus, 2014.

ZAFFARONI. Eugênio Raul. **A questão criminal**; tradução Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZERH, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

\_\_\_\_\_. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa**. Tradução de Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

# LIMITES COGNITIVOS PARA A IGUALDADE DE GÊNERO INTRAPROCESSUAL NO PROCESSO PENAL

*Octahydes Ballan Junior*<sup>1</sup>

## RESUMO

O Brasil possui uma sociedade machista e patriarcal, com a desigualdade de gênero se refletindo no processo, sobretudo no curso das ações penais. A lei penal trabalhava com conceitos como o de “mulher honesta”, marcando e demarcando a desigualdade entre homens e mulheres em seu texto. A interpretação dos tipos penais, quase sempre feita por homens, conduzia a entendimentos que sufragavam ideias excludentes e que forjaram inúmeras gerações de profissionais do Direito e juristas, resultando em violência institucional nas audiências de instrução e julgamento, nas inquirições, nas petições, recursos, sessões do Tribunal do Júri e decisões judiciais. A partir de revisão bibliográfica, esse artigo busca responder se o direito processual penal brasileiro possui limites cognitivos para o estabelecendo do reequilíbrio na relação de gênero intraprocessual. A pesquisa demonstra que a Lei n. 14.245/2021 – Lei Mariana Ferrer, as decisões do Supremo Tribunal Federal nas ADPFs n. 779 e 1.107 e o Protocolo do Conselho Nacional de Justiça para Julgamento com Perspectiva de Gênero representam limites cognitivos tendentes ao reequilíbrio da relação de gênero intraprocessual.

**Palavras-chave:** Igualdade de gênero. Limites cognitivos. Igualdade intraprocessual. Lei Mariana Ferrer. ADPFs n. 779 e 1.107. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Violência de gênero: um conceito em construção. 2 Lei n. 14.245/2021 – Lei Mariana Ferrer. 3 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) n. 779 e 1.107. 3.1 ADPF n. 779. 3.2 ADPF n. 1.107. 4 Protocolo do CNJ para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

## INTRODUÇÃO

O Brasil vem buscando reduzir as desigualdades de gênero, fruto de uma sociedade historicamente machista e patriarcal. Essa assimetria se reflete no processo penal, que também vem sendo impactado por alterações legislativas, atos normativos e decisões judiciais que buscam a promoção uma igualdade de gênero que aqui chamaremos de intraprocessual, ou seja, um tratamento respeitoso e igualitário às mulheres nos atos processuais.

Não se pode desprezar ou deixar de reconhecer que o processo, sobretudo o penal, sempre foi um espaço hostil com as mulheres, um *locus* cuja ambivalência de posições (como ré ou

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB. Especialista em Direitos Humanos (Universidade Pablo de Olavide, Sevilha/Espanha), em Crime Organizado, Corrupção e Terrorismo (Universidade de Salamanca/Espanha), em Estado de Direito e Combate à Corrupção (Escola Superior da Magistratura Tocantinense), em Direito Processual Civil (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais) e em Ciências Criminais (Universidade da Amazônia). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Tocantins. Membro Auxiliar na Assessoria Jurídica Criminal da Procuradoria-Geral da República no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (2020/2024). *E-mail:* octahydesjunior@mpto.mp.br.

como vítima) conferiu-lhe uma percepção estereotipada, dada a conhecida nota androcêntrica da produção do Direito posto<sup>2</sup>. Logicamente, o processo, como instrumento de aplicação concreta do direito material, tende a refletir problemas e assimetrias sociais.

É possível que, em parte, cuidando-se especificamente do processo penal, isso decorra do longo tempo que separou as mulheres do Direito. Estudos apontam que a primeira mulher brasileira a advogar foi Myrthes Gomes de Campos, formada pela Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, em 1898, embora outras já fossem bacharéis pela Faculdade do Recife, sem exercerem a profissão<sup>3</sup>. Este hiato de presença na formação crítica do pensamento jurídico e nos próprios espaços de produção normativa do Direito, conferiu um *déficit* de participação dialética da mulher e da elaboração de seu discurso na promoção de sua visibilidade complexa e diversa no cenário social brasileiro.

Em São Paulo, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, criada em 1827, só recebeu a primeira mulher em seu corpo discente em 1898. Tratou-se de Maria Augusta Saraiva, que colou grau em 3 de maio de 1902, em cerimônia com catorze homens e uma mulher<sup>4</sup>. Nesse tempo, muitos já eram os advogados formados por instituições nacionais e estrangeiras<sup>5</sup>.

O processo penal, veículo para aplicação do Direito Penal, é um caso a parte. A lei penal trabalhava com conceitos como o de “mulher honesta”, tida pela literatura como aquela que até poderia não ser virgem, “uma vez que a mulher casada também pode[ria] ser sujeito passivo” do crime de rapto, mas “a mulher dissoluta é que não pode[ria] ser sujeito passivo da incriminação”<sup>6</sup>.

Além disso, a interpretação dos tipos penais, quase sempre feita por homens, conduzia a entendimentos que sufragavam ideias exigentes de que a vítima se opusesse “com veemência ao ato sexual, resistindo com toda sua força e energia, em dissenso sincero e positivo”, não bas-

<sup>2</sup> PEREIRA, Ticiane Louise Santana. **O gênero no Direito Penal brasileiro: da experiência do feminicídio a uma perspectiva mais humanizada de resposta penal.** Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2022.

<sup>3</sup> HIGÍDIO, José. Primeira advogada brasileira, Myrthes superou obstáculos para trabalhar. **Consultor Jurídico**, 8 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-08/primeira-advogada-brasileira-myrthes-superou-obstaculos-trabalhar/>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>4</sup> OGAWA, Mariana Uyeda. **Maria Augusta Saraiva – a primeira mulher a ingressar na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.** On-line. Disponível em: <https://lcpd.tcm.sp.gov.br/Pagina/66320#:~:text=Leopoldina%20Maria%20Saraiva.,no%20Largo%20de%20S%C3%A3o%20Francisco>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>5</sup> “[...] até 1827 todos quantos desejassem bacharelar-se em Direito eram obrigados a enfrentar os perigos de uma travessia marítima para estudar na Europa: Bolonha, Roma, Paris, Montpellier. Dirigiram-se, porém, de preferência a Portugal, a fim de cursar a multissecular Universidade de Coimbra, fundada primeiro em Lisboa, no século XIII por El-Rei Dom Dinis, o Rei Trovador. Transferida depois para Coimbra, voltou a Lisboa, e foi afinal definitivamente instalada em Coimbra, por D. João III.” (SILVA, Elza Maria Tavares. **Ensino de Direito no Brasil: perspectivas históricas gerais.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pee/a/78qvJ3kBG574djNtpv3tSbs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 out. 2024).

<sup>6</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 127.

tando “uma platônica ausência de adesão, uma recusa puramente verbal, uma oposição passiva e inerte ou meramente simbólica, um não querer sem maior rebeldia”<sup>7</sup>, para que só assim se configurasse um estupro.

Ideias como essas forjaram inúmeras gerações de profissionais do Direito e juristas no Brasil e, claro, reverberavam nos processos, nas audiências de instrução e julgamento, nas inquirições, nas petições, recursos, debates no Tribunal do Júri e decisões judiciais, sujeitando vítimas a uma longa revitimização, com sua intimidade exposta e revirada em incessantes perguntas e argumentos a respeito de sua vida sexual, relações pretéritas, uso de roupas, frequência a bares e toda sorte de questões desconectadas do fato imputado.

Antes tarde do que nunca, as coisas começaram a mudar. A partir de revisão bibliográfica, esse artigo busca responder a seguinte pergunta: o direito processual penal brasileiro possui limites cognitivos para o estabelecendo do reequilíbrio na relação de gênero intraprocessual?

## 1 VIOLÊNCIA DE GÊNERO: UM CONCEITO EM CONSTRUÇÃO

Violência de gênero é um conceito complexo, de difícil e multifacetada definição<sup>8</sup>. A Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) reconhece e define as violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral (art. 7º, I a V).

Essa construção, contudo, é histórica, cambiante e evolutiva. A Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher), de 1994, compreendia que a violência contra a mulher abrangia a violência física, sexual e psicológica (art. 2º). Hoje já foram mapeadas novas categorias, sendo correto falar em violência política, objeto da Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021, violência institucional<sup>9</sup> e outras.

Neste estudo, importa-nos a violência institucional, com o uso do sistema de justiça de forma a revitimizar a mulher<sup>10</sup>, o que exige dos atores processuais a adoção de medidas para impedir sua ocorrência, porque não é incomum uma atuação defensiva consistente “justamente

<sup>7</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 2, p. 412.

<sup>8</sup> AÑÓN ROIG, María José. Violencia de género: un concepto jurídico intrincado. In: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (Coord.). La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense. Thomson Reuters Arazandi: Pamplona, 2012, p. 31.

<sup>9</sup> Há posicionamento no sentido de que a Convenção de Belém do Pará contempla expressamente a violência institucional. Assim: SILVA, Artenira da Silva e; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; LUNA, Cláudia Patrícia. A violência institucional e a violência por poderes no sistema de justiça brasileiro. **Revista Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-28/opiniao-violencia-institucional-violencia-poderes>. Acesso em: 4 nov. 2024.

<sup>10</sup> SILVA, Artenira da Silva e; LIMA, Leonardo Maciel. A violência simbólica institucional exercida pelo Poder Judiciário no julgamento de violação de direitos humanos de mulheres. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, v. 8, n. 2, p. 1-22, jul.-dez., 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistagsd/article/view/9087/pdf>. Acesso em: 30 out. 2024.

em desmerecer a pessoa da vítima com ataques pessoais, há situações em que as vítimas são inquiridas sucessivamente, questionadas sobre fatos íntimos ou impedidas de falar”<sup>11</sup>.

A revitimização, constatada intraprocessualmente, vem exteriorizada pelo julgamento moral da vítima a partir de estereótipos de gênero tendentes a “influenciar na colheita da prova e subsequentemente na aplicação da lei. Em última instância, é disso que se trata a revitimização: colocar a culpa na mulher, silenciá-la, e, por fim, garantir a impunidade do réu”<sup>12</sup>.

Já é hora de o Direito e seus agentes terem uma preocupação verdadeira com um “direito para dois”<sup>13</sup>. Carol Smart, então professora da Universidade de Warwick, na Inglaterra, pontuou que o direito é sexista, masculino e gendrado<sup>14</sup>.

Isso se reflete não só em práticas jurídicas inadequadas, mas, segundo a referida autora inglesa:

[...] o raciocínio “o direito é masculino” sugere que, quando um homem e uma mulher se colocam perante a lei, não é que o direito deixe de aplicar critérios objetivos a um sujeito feminino: aplica critérios objetivos, mas estes são, contudo, masculinos. Ironicamente, insistir em igualdade, neutralidade e objetividade é, portanto, insistir no julgamento da mulher de acordo com os valores da masculinidade.

É preciso superar práticas discriminatórias, mas isso, isoladamente, não é suficiente, porque a aplicação objetiva do direito conduzirá a imposição de valores da masculinidade. Desse modo, a busca por uma igualdade material intraprocessual, na correta concretização dos textos normativos, impõe uma mudança cultural.

Essa mudança começou a ocorrer, no plano internacional, pelas diretivas observadas nas Recomendações do Relatório n. 51/2001, do caso Maria da Penha Fernandes, no rol do seu art. 7º, “e”<sup>15</sup>, bem como no Caso Márcia Barbosa e outros x Brasil<sup>16</sup>. No plano interno e em atenção a essas diretivas internacionais, implicando em limites cognitivos no processo, podem ser

<sup>11</sup> FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 409-410.

<sup>12</sup> SALGADO, Clarice Bonelli Santos. Perspectivas para o enfrentamento da revitimização da mulher nas audiências dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. In: *MARCON, Chimelly Louise de Resenes (Org.). A defesa dos direitos humanos na visão de mulheres do Ministério Público*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 272-288, p. 276.

<sup>13</sup> PITCH, Tamar. **Un derecho para dos: la construcción de género, sexo y sexualidad**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

<sup>14</sup> SMART, Carol. A mulher do discurso jurídico. Trad. Alessandra Ramos de Oliveira Harden e Fernanda de Deus Garcia. **Revista Direito Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, 2020, p. 1418-1439. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/download/50335/33893/174428>. Acesso em: 4 nov. 2024.

<sup>15</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório 54/01, Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes**, 2001. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 11 de novembro de 2024.

<sup>16</sup> Disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_435\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf) Acesso em: 11 de novembro de 2024.

identificados, ao menos, os seguintes pontos, objeto do presente artigo: a) Lei n. 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer); b) ADPF n. 779; c) ADPF n. 1.107; d) Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

## **2 LEI N. 14.245/2021 – LEI MARIANA FERRER**

A Lei n. 14.245, de 22 de novembro de 2021, autodenominada Lei Mariana Ferrer, surgiu com o declarado objetivo de coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (art. 1º).

Como se vê do texto do art. 1º, a Lei Mariana Ferrer não se destina a proteger somente a vítima, mas também as testemunhas, vedando a prática de condutas atentatórias às suas dignidades no curso da instrução processual. Para tanto, foram incluídos no Código de Processo Penal<sup>17</sup> os arts. 400-A e 474-A, que dispõem:

Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I – a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I – a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Desse modo, ficam proibidas em todos os processos, e não só naqueles que apuram crimes contra a dignidade sexual (mas “em especial” nestes), bem assim na instrução em plenário do Tribunal do Júri, no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, (i) qualquer manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração e (ii) a utilização de linguagem, informações ou material que ofendam a dignidade de vítima e testemunhas.

---

<sup>17</sup> Também foi alterada a Lei n. 9.099/1995, para que iguais vedações fossem observadas no Juizado Especial Criminal, art. 81, § 1º-A.



Quanto ao primeiro aspecto, são os fatos imputados na denúncia que delimitam o objeto da acusação. É sobre eles que deve incidir a instrução processual e toda a atividade probatória das partes, o que naturalmente já deveria impedir manifestações sobre circunstâncias ou elementos alheios.

Nesse sentido, o art. 201, *caput*, do CPP prevê que o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, sua autoria e as provas que possa indicar, não se autorizando perguntas fora do fato imputado. De igual modo, quanto a oitiva de testemunhas, o art. 212, *caput*, do CPP estabelece que o juiz não admitirá perguntas que induzam a resposta, não tenham relação com a causa ou importem na repetição de outra já respondida.

Acresça-se que o § 6º do art. 201 do Código de Processo Penal já previa, desde 2008, que o juiz deveria tomar as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido.

Relativamente ao segundo aspecto, que toca diretamente com a dignidade de vítimas e testemunhas, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, prevê, quanto ao acesso à justiça e tratamento justo, que “As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito de acesso aos mecanismos da justiça e a uma pronta reparação do dano que tenham sofrido, nos termos previstos pela legislação nacional” (item 4).

Na Europa já havia a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012<sup>18</sup>, que, no art. 1º.1, afirma que “Os Estados-Membros devem garantir que todas as vítimas sejam reconhecidas e tratadas com respeito, tato e profissionalismo e de forma personalizada e não discriminatória em todos os contactos estabelecidos com serviços de apoio às vítimas ou de justiça restaurativa ou com as autoridades competentes que intervenham no contexto de processos penais. Os direitos previstos na presente diretiva aplicam-se às vítimas de forma não discriminatória, nomeadamente no que respeita ao seu estatuto de residência”.

A Diretiva 2012/29/UE também assegura o direito de participação e oitiva da vítima no processo penal. Conforme art. 10º, “1. Os Estados-Membros devem assegurar que as vítimas possam ser ouvidas durante o processo penal e possam apresentar elementos de prova. Caso uma criança vítima deva ser ouvida, devem ser tidas em conta a sua idade e maturidade”, permitindo-se que a legislação regule a forma dessa oitiva, ao dispor que “2. As regras pro-

---

<sup>18</sup> PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2012/29/UE, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia**, 14/11/2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029>. Acesso em: 20 set. 2024.

cessuais ao abrigo das quais as vítimas podem ser ouvidas durante o processo penal e podem apresentar elementos de prova são determinadas pela legislação nacional”.

O Capítulo 4 da Diretiva 2012/29/UE contempla uma série de direitos de proteção à vítima. Na forma do art. 18º, “Sem prejuízo dos direitos da defesa, os Estados-Membros devem assegurar a aplicação de medidas para proteger as vítimas e os seus familiares contra a vitimização secundária e repetida, a intimidação e a retaliação, nomeadamente contra o risco de danos emocionais ou psicológicos, bem como para proteger a dignidade das vítimas durante os interrogatórios e depoimentos. Se necessário, essas medidas devem incluir também procedimentos estabelecidos ao abrigo da legislação nacional que permitam a proteção física das vítimas e dos seus familiares”. Evidente a preocupação com a potencial vitimização secundária da vítima e seus familiares no curso do caso penal.

Seguem-se normas sobre direito à inexistência de contatos entre a vítima e o autor do crime (art. 19º), direito a proteção durante as investigações penais (art. 20º), direito à proteção da vida privada (art. 21º), avaliação individual das vítimas para identificar as suas necessidades específicas de proteção (art. 22º), direito a proteção das vítimas com necessidades específicas de proteção durante o processo penal (art. 23º), direito das crianças vítimas a proteção durante o processo penal (art. 24º).

Pedro Henrique Demercian, Ana Carolina Gregory Villaboim e Jorge Assaf Maluly, fazendo uma análise da Lei Mariana Ferrer, dizem que:

[...] a promulgação da Lei Mariana Ferrer confirma que o Brasil se alinhou ao direito internacional comparado, em que legislações impõem limitações discursivas materiais à defesa, para resguardar a dignidade da vítima e evitar a degeneração do objeto do julgamento. A exemplo disso, os Estados Unidos acolhem a intitulada “rape shield law”, a legislação que, especificamente para processos que tenham por objeto crime de estupro, restringe a possibilidade de o advogado de defesa introduzir o histórico sexual da vítima, justamente para evitar que seja humilhada e desqualificada por informações que não sejam relevantes para comprovar a inocência ou a culpa do acusado, mormente porque não dizem respeito à autoria ou materialidade do delito. No mesmo sentido, países como Canadá, Austrália e Nova Zelândia também adotam legislação nesse sentido.<sup>19</sup>

A salutar alteração promovida pela Lei n. 14.245/2021 não pode passar sem a crítica no sentido de que a sua necessidade revela a forma como a “sociedade ainda enxerga as mulheres vítimas de violência de gênero. Porque o Direito Penal costuma ser sempre o reflexo da carência

---

<sup>19</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; VILLABOIM, Ana Carolina Gregory; MALULY, Jorge Assaf. Lei Mariana Ferrer: respeito à dignidade da vítima no processo penal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, n. 24, jul. 2024. Disponível em: [https://es.mpsp.mp.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/553/340340538](https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/553/340340538). Acesso em: 16 set. 2024.

de valores éticos e morais de uma população, aquele que entra em cena quando todas as ferramentas de contenção social falharam”<sup>20</sup>.

Contudo, há autores que revelam preocupação com a Lei Mariana Ferrer, porque acreditam que, em potencial, pode gerar restrições indevidas ao direito de defesa, principalmente nos crimes dolosos contra a vida, atacando “o próprio cerne do júri de produção de prova perante o juiz natural”<sup>21</sup>. Argumentam que:

Vedar que as partes e sujeitos processuais abordem “*circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos*”, pode inviabilizar a ampla reconstrução histórica do caso, limitando os fatos àqueles que estão descritos na hipótese acusatória. A dialeticidade do processo penal (e especificamente da sessão do júri) importa em reconhecer a possibilidade de haver dois lados da história. Admitir a imputação descrita pelo Ministério Público como realidade posta, engessa a discussão sob o viés da defesa.

Em uma interpretação *inconstitucional*, a defesa ficaria censurada de trazer novas teses aos autos, restringindo a sua atuação a apenas refutar o que restou aduzido na denúncia. Dessa maneira, restaria comprometida a própria cognição (originária) dos jurados quanto aos demais aspectos que permeiam o crime e que não fizeram parte da hipótese fática aventada pela acusação.<sup>22</sup>

A análise é equivocada. Não há nenhuma vedação a que a defesa traga aos autos circunstâncias ou elementos atinentes aos motivos do crime, até porque, se o fizer, tratará de matéria relacionada aos fatos em apuração. Por evidente, as partes podem perguntar a respeito de circunstâncias ou elementos fáticos antecedentes ou posteriores ao delito, desde que a ele relacionados, mas não há hipótese de que, para fazê-lo, tenham que empregar linguagem imprópria, valer-se de informações ou materiais ofensivos a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Nem mesmo em delitos sexuais (e muito menos neles) há qualquer razão plausível para se questionar a respeito de relacionamentos afetivos anteriores ou posteriores, vida sexual ativa, quantidade de parceiros, se gosta ou não de bebidas alcoólicas, se usa ou não vestidos curtos e tantas outras questões desatreladas do fato imputado e que marcavam a historiografia processual penal brasileira, coisificando a mulher e transformando-a em responsável pelo crime que a vitimou.

Também há claro equívoco na seguinte afirmação, feita na sequência pelos mesmos autores: “Não há qualquer racionalidade principiológica em limitar a utilização de fatos *pretéritos da vítima*, mas, concomitantemente, permitir que *fatos pretéritos* do acusado sejam utiliza-

<sup>20</sup> BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, crimes sexuais e feminicídio**. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 42.

<sup>21</sup> SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Manual do Tribunal do Júri**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023, p. 479.

<sup>22</sup> SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Manual do Tribunal do Júri**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023, p. 479-480.

dos”<sup>23</sup>. A preocupação é com o uso de antecedentes do agente, mas o texto esquece de alertar o leitor de que, aqui, encontra-se razão de discrimen na própria lei, que determina que o julgador conheça a respeito da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade e da reincidência do réu (art. 59 e 61, I, CP), o que naturalmente não se aplica à vítima, que não está em julgamento.

Ademais, há casos que não só recomendam como exigem a avaliação de atos pretéritos do acusado, porque revelam uma forma de atuação que pode auxiliar na compreensão e elucidação da própria autoria. Isso é deveras comum em crimes dolosos contra a vida, quando o agente é autor de plúrimos homicídios/feminicídios.

Basta imaginar um *serial killer* acusado da prática de uma sequência de estupros e homicídios/feminicídios. Ninguém negará a relevância da contextualização, análise de antecedentes e de outros processos e inquéritos, esclarecedores que são da forma de agir, capaz de auxiliar na delimitação da autoria. Não é por outra razão que cada vez mais se estuda sobre criminal *profiling* como instrumento investigativo<sup>24</sup>.

A proteção promovida pela Lei Mariana Ferrer vem reforçada com a tipificação do crime de violência institucional, definido no art. 15-A da Lei n. 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade)<sup>25</sup>, impondo redobradas cautelas aos agentes processuais em seu dever de urbanidade e respeito aos direitos humanos<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Manual do Tribunal do Júri**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023, p. 481.

<sup>24</sup> “De acordo com o agente do *Federal Bureau of Investigation (FBI)* – local de criação dessa técnica – Howard Teten, o *Criminal Profiling* pode ser definido como: ‘o método para identificar o autor de um crime com base na análise da natureza do delito e da forma como ele foi cometido, assumindo que vários aspectos da personalidade do autor se refletem nas ações que ele escolhe realizar, antes, durante ou depois do crime [...]’. Assim, com base na definição fornecida pelo agente supracitado, descortina-se qual é a premissa fundamental do *Criminal Profiling*: as ações sempre refletem a personalidade do sujeito, ou seja, representam, com alguma coerência, as atividades internas, os pensamentos, as intenções e o caráter do infrator.” CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de; GENNARO, Nycole Kattah. O quê, o porquê e para quem – o *criminal profiling* como instrumento investigativo e processual no Tribunal do Júri. In: SARRUBBO, Mario Luiz; CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de; ROMANO, Michel Betenjane; LEITÃO, Patrícia de Carvalho; SILVARES, Ricardo José Gasques de Almeida. Ministério Público estratégico: tutela penal e processual da vida. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 147-170, p. 150.

<sup>25</sup> Violência Institucional (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade: (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

I – a situação de violência; ou (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

II – outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização: (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

§ 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços). (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

§ 2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro. (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

<sup>26</sup> “Na perspectiva processual, a lei [Mariana Ferrer] trouxe alguns acréscimos, todos relacionados ao dever de urbanidade já imposto às partes, em ordem a melhor tutelar a exigência de tratamento digno e humano aos juris-

Trata-se, pois, de um verdadeiro limite cognitivo e argumentativo, vedando-se incursões alheias aos fatos e objeto do processo ou que causem constrangimento. Walfredo Cunha Campos atenta que não se pode impedir que as partes endureçam perguntas ao ofendido, “mesmo que tais indagações o constriam, sejam desagradáveis, ou mesmo invasivas em sua intimidade, desde que relacionadas com a natureza da causa, os motivos do crime; com a explicação, ou alguma espécie de justificativa, para o comportamento do réu”<sup>27</sup>.

Sendo assim, é preciso cotejar essa afirmação com outras vedações, principalmente aquelas impostas pelas ADPFs n. 779 e 1.107, que conformam novos limites cognitivos, barreiras intraprocessuais para a efetiva igualdade de gênero.

### **3 ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPFs) N. 779 E 1.107**

Além das alterações legislativas referidas, o Supremo Tribunal Federal e a Procuradoria-Geral da República têm mostrado preocupação com a desigualdade de gênero intraprocessual, resultando nos julgamentos das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) n. 779 e 1.107.

#### **3.1 ADPF N. 779**

Em 30 de dezembro de 2020, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 779. Objetivava que aos arts. 23, II, e 25, do Código Penal, que tratam da legítima defesa, fosse atribuída interpretação conforme a Constituição, considerando incompatíveis com ela a tese da “legítima defesa da honra” ou que fosse declarada a não-recepção de quaisquer interpretações admitindo tal tese<sup>28</sup>.

A legítima defesa da honra era argumentação jurídica usualmente empregada na defesa de feminicidas para justificar o assassinato de mulheres em razão de uma suposta traição ou pelo início de uma nova relação não aceita pelo autor do crime, buscando a absolvição no Tribunal

---

dicionados em geral, e às vítimas de crimes, em especial. Não podemos esquecer que, no âmbito da Corte IDH, já somam onze (11) as condenações impostas ao Brasil (a penúltima em data muito próxima à aprovação da lei), todas pelo desrespeito aos procedimentos impostos na proteção dos interesses das vítimas de crimes.” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 1.301)

<sup>27</sup> CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. 9. ed. Leme: Mizuno, 2024, p. 430-431.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 779. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Rel. Min. Dias Toffoli. Órgão Julgador: Plenário. Brasília, 1º de agosto de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6081690>. Acesso em: 10 nov. 2024.**

do Júri ou, ao menos, a diminuição da sua pena pelo privilégio do § 1º do art. 121 do Código Penal.

No direito positivo, a tese já teve previsão expressa no Livro V, título XXXVIII, das Ordenações Filipinas, que dispunha que “Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade”<sup>29</sup>.

No curso da ação constitucional referida, a Associação das Defensoras e Defensores Públicos do Distrito Federal requereu sua habilitação como *amicus curiae*<sup>30</sup> e alegou não ser admissível, “por manifesta inconstitucionalidade”, “a criação jurisprudencial de restrições apriorísticas à plenitude de defesa que não encontram previsão legal”. Aduziu haver equívoco “na limitação prévia, abstrata e desprovida de fundamento legal a qualquer tese, pois a plenitude de defesa não admite censuras anteriores ao seu exercício, mas apenas controle posterior”.

Já o Ministério Público Federal se posicionou pela procedência dos pedidos, considerando que a legítima defesa da honra é “incompatível com a dignidade humana, o direito à vida, o princípio da não discriminação e a normativa de proteção da mulher”, não havendo “espaço válido para estratégias jurídicas que intentem fazê-la abarcada pelos dispositivos que tratam da legítima defesa, e haverão de ser reprimidas pelo poder público quando verificadas”<sup>31</sup>.

O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedentes os pedidos. A ementa, embora longa, é de transcrição necessária:

EMENTA Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigo 23, inciso II, e art. 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. “Legítima defesa da honra”. Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF). Procedência parcial da arguição.

1. A “legítima defesa da honra” é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988.

2. Referido recurso viola a dignidade da pessoa humana e os direitos à vida e à igual-

<sup>29</sup> No texto original: “Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assi a ella, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma, das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adullerio, não morrerá por isso mas será degradado para Africa com pregão na audiencia pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de trez annos.” REINO DE PORTUGAL. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado Del-Rey D. Philippe I. 14. ed. Rio de Janeiro, 1870**, p. 1.188. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242733/000010186\\_05.pdf?sequence=33&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242733/000010186_05.pdf?sequence=33&isAllowed=y). Acesso em: 10 nov. 2024.

<sup>30</sup> Item 102 da movimentação processual.

<sup>31</sup> Item 143 da movimentação processual.

dade entre homens e mulheres (art. 1º, inciso III, e art. 5º, *caput* e inciso I, da CF/88), pilares da ordem constitucional brasileira. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação do feminicídio e da violência contra a mulher. O acolhimento da tese teria o potencial de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção.

3. A “legítima defesa da honra” não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Devem prevalecer a dignidade da pessoa humana, a vedação de todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio.

4. Na hipótese de a defesa lançar mão, direta ou indiretamente, da tese da “legítima defesa da honra” (ou de qualquer argumento que a ela induza), seja na fase pré-processual, na fase processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou, caso não obstada pelo presidente do júri, dos debates por ocasião da sessão do júri, facultando-se ao titular da acusação apelar na forma do art. 593, inciso III, alínea a, do Código de Processo Penal.

5. É inaceitável, diante do sublime direito à vida e à dignidade da pessoa humana, que o acusado de feminicídio seja absolvido, na forma do art. 483, inciso III, § 2º, do Código de Processo Penal, com base na esdrúxula tese da “legítima defesa da honra”. Há de se exigir um controle mínimo do pronunciamento do tribunal do júri quando a decisão de absolvição se der por quesito genérico, de forma a avaliar, à luz dos atos processuais praticados em juízo, se a conclusão dos jurados se deu a partir de argumentação discriminatória, indigna, esdrúxula e inconstitucional referente ao uso da tese da legítima defesa da honra.

6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada parcialmente procedente para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), da proteção da vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 23, inciso II, ao art. 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento; e (iv) diante da impossibilidade de o acusado beneficiar-se da própria torpeza, fica vedado o reconhecimento da nulidade referida no item anterior na hipótese de a defesa ter-se utilizado da tese da legítima defesa da honra com essa finalidade.

7. Procedência do pedido sucessivo apresentado pelo requerente, conferindo-se interpretação conforme à Constituição ao art. 483, inciso III, § 2º, do Código de Processo Penal, para entender que não fere a soberania dos veredictos do tribunal do júri o provimento de apelação que anule a absolvição fundada em quesito genérico, quando, de algum modo, possa implicar a repriminção da odiosa tese da legítima defesa da honra.

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal interditou totalmente a utilização, pela defesa, acusação, autoridade policial e juízo, direta ou indiretamente, da tese de legítima defesa da honra ou qualquer argumento que a induza, nas fases pré-processual ou processual penais e no julgamento perante o Tribunal do Júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Cuidando-se de vedação a utilização direta ou indireta, não podem ser introduzidos documentos, feitas perguntas, produzidas provas ou alegações que tangenciem a legítima defesa da

honra, seja para excluir a responsabilidade penal ou para atenuá-la, traduzindo-se num importante limite cognitivo intraprocessual direcionado ao reequilíbrio da relação de gênero.

Essa vedação terminou complementada pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 1.107.

### 3.2 ADPF N. 1.107

Em 14 de dezembro de 2023, a Procuradoria-Geral da República ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1.107<sup>32</sup>. Alegou haver omissão inconstitucional, verificada no fato: (a) de o Estado brasileiro deixar de fazer ou fazer de modo ineficaz e insuficiente a proteção da mulher contra toda forma de violência, quando permite que mulheres vítimas de estupro sejam questionadas e tenham expostas sua vivência sexual pregressa no julgamento do crime; e (b) de prática (comissiva) inconstitucional, quando o aparato jurisdicional admite como válido ou reproduz, mesmo veladamente, discurso de culpabilização da vítima de crime de estupro.

- i. Por isso, o Ministério Público Federal requereu que o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade da prática de desqualificar a mulher vítima de violência sexual durante a instrução e o julgamento de crimes dessa natureza e, em consequência:
- ii. conferisse interpretação conforme a Constituição à expressão “elementos alheios aos fatos objeto de apuração”, contida no art. 400-A do CPP, assentando expressamente que é vedado às partes e a seus advogados fazerem menção à vida sexual pregressa ou ao modo de vida da vítima em audiência de instrução e julgamento de crimes contra a dignidade sexual, declarando-os como elementos inseridos na expressão referida, nesse tipo de crime;
- iii. conferisse interpretação conforme a Constituição à expressão “bem como ao comportamento da vítima”, contida no art. 59 do CP, para excluir a possibilidade de que o magistrado, na fixação da pena em crimes sexuais, faça valoração da vida sexual pregressa da vítima;
- iv. assentasse que o órgão jurisdicional responsável pela condução do processo de julgamento de crimes sexuais está obrigado a coibir com veemência essa prática inconstitucional, não só mediante a representação do agressor (qualquer dos sujeitos processuais) aos órgãos com atribuição para a sua responsabilização, penal e administrativa – sob pena de responsabilização nas esferas adequadas por descumprimento do dever legal –, como também por meio da completa desconsideração dessas alegações, sujeitando sua decisão à nulidade.

---

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1.107**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Rel. Min. Cármen Lúcia. Órgão Julgador: Plenário. Brasília, 23 de maio de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6817678>. Acesso em: 17 set. 2024.



Em 23 de maio de 2024, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, conheceu da ADPF e julgou procedentes os pedidos formulados para: *i)* conferir interpretação conforme a Constituição à expressão “elementos alheios aos fatos objeto de apuração” posta no art. 400-A do Código de Processo Penal, para excluir a possibilidade de invocação, pelas partes ou procuradores, de elementos referentes à vivência sexual pregressa da vítima ou ao seu modo de vida em audiência de instrução e julgamento de crimes contra a dignidade sexual e de violência contra a mulher, sob pena de nulidade do ato ou do julgamento, nos termos dos arts. 563 a 573 do Código de Processo Penal; *ii)* vedar o reconhecimento da nulidade referida no item anterior na hipótese de a defesa invocar o modo de vida da vítima ou a questionar quanto a vivência sexual pregressa com essa finalidade, considerando a impossibilidade do acusado se beneficiar da própria torpeza; *iii)* conferir interpretação conforme ao art. 59 do Código Penal, para assentar ser vedado ao magistrado, na fixação da pena em crimes sexuais, valorar a vida sexual pregressa da vítima ou seu modo de vida; e *iv)* assentar ser dever do magistrado julgador atuar no sentido de impedir essa prática inconstitucional, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal.

Pela importância do julgado, que espraia efeitos por todo o processo penal, e pelos fundamentos invocados, justifica-se a transcrição de sua ementa:

**EMENTA:** ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ALEGADA CONDUTA OMISSIVA E COMISSIVA DO PODER PÚBLICO NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. PROCESSOS DE APURAÇÃO E JULGAMENTO DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. QUESTIONAMENTOS QUANTO AO MODO DE VIDA E À VIVÊNCIA SEXUAL PREGRESSA DA VÍTIMA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ARGUIÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. Ofende os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana a perquirição da vítima, em processos apuratórios e julgamentos de crimes contra a dignidade sexual, quanto ao seu modo de vida e histórico de experiências sexuais.

2. A despeito da atuação dos Poderes da República, pela análise dos argumentos postos na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, é de se concluir necessário que este Supremo Tribunal, no exercício de sua competência constitucional, interprete os dispositivos impugnados pelo arguente conforme a Constituição da República, para conferir máxima efetividade aos direitos constitucionalmente postos e coibir a perpetuação de práticas que impliquem na revitimização de mulheres agredidas sexualmente.

3. Arguição julgada procedente para **i) conferir interpretação conforme à Constituição à expressão “elementos alheios aos fatos objeto de apuração” posta no art. 400-A do Código de Processo Penal, para excluir a possibilidade de invocação, pelas partes ou procuradores, de elementos referentes à vivência sexual pregressa da vítima ou ao seu modo de vida em audiência de instrução e julgamento de crimes contra a dignidade sexual e de violência contra a mulher, sob pena de nulidade do ato ou do julgamento, nos termos dos arts. 563 a 573 do Código de Processo Penal; ii) fica vedado o reconhecimento da nulidade referida no item anterior na hipótese de a defesa invocar o modo de vida da vítima ou a questionar quanto a vivência sexual pregressa com essa finalidade, considerando a impossibilidade do acusado se beneficiar da própria torpeza; iii) conferir interpretação**

**conforme ao art. 59 do Código Penal, para assentar ser vedado ao magistrado, na fixação da pena em crimes sexuais, valorar a vida sexual pregressa da vítima ou seu modo de vida e iv) assentar ser dever do magistrado julgador atuar no sentido de impedir essa prática inconstitucional, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal.**

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal impôs mais um limite cognitivo, em busca da igualdade de gênero intraprocessual, proibindo especulações a respeito da vivência sexual pregressa da vítima ou ao seu modo de vida.

Nesse contexto, o Protocolo do Conselho Nacional de Justiça para Julgamento com Perspectiva de Gênero se une para formar um bloco normativo tendente a garantir a igualdade intraprocessual.

#### **4 PROTOCOLO DO CNJ PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO**

Ciente da preocupação internacional com a proteção dos direitos da mulher e com a igualdade de gênero, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) inicialmente editou a Resolução nº 253, de 4 de setembro de 2018, que define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais, determinando a todo o Poder Judiciário (art. 1º) a adoção das providências necessárias para garantir que as vítimas de crimes e de atos infracionais sejam tratadas com equidade, dignidade e respeito pelos órgãos judiciários e de seus serviços auxiliares. Solidificou a orientação para que (art. 5º, IV) no curso dos processos de apuração de crimes e atos infracionais e de execução de penas e medidas socioeducativas, as autoridades judiciais adotem as providências necessárias para que as vítimas sejam ouvidas em condições adequadas para prevenir a vitimização secundária e para evitar que sofra pressões<sup>33</sup>.

O Conselho Nacional do Ministério Público adotou medida semelhante, editando a Resolução nº 243, de 18 de outubro de 2021, que dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas<sup>34</sup>. Definiu-se, no art. 4º, *caput* e parágrafo único, que “Incumbe ao Ministério Público zelar para que sejam assegurados os direitos à informação, segurança, apoio, proteção física, patrimonial, psicológica, documental, inclusive de dados pessoais, participação e reparação dos danos materiais, psicológicos e morais supor-

<sup>33</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 253, de 4 de setembro de 2018**. Define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado131337202104146076ea817d8dc.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024.

<sup>34</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 243, de 18 de outubro de 2021**. Dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resolucao-n-243-2021.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024.

tados pelas vítimas em decorrência de delitos penais e atos infracionais” e que “A vítima tem o direito de ser protegida contra a repetição de delitos da mesma natureza e contra a vitimização secundária e terciária”.

Nos termos do art. 8º da Resolução nº 243/2021/CNMP, “O Ministério Público deverá zelar para que as vítimas tenham participação efetiva na fase da investigação e no processo, seja por meio da materialização dos direitos de serem ouvidas, de terem seus bens restituídos, de apresentarem elementos de prova, de serem comunicadas de decisões no curso do processo, notadamente acerca do ingresso e saída do autor do fato da prisão, caso assim manifestem interesse, entre outras formas de participação”.

Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça avançou ainda mais e, por meio da Resolução n. 492, de 17 de março de 2023, focando especificamente na questão de gênero, adotou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. A normativa estabelece as diretrizes do Protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário<sup>35</sup>.

De acordo com o Protocolo<sup>36</sup>, o magistrado atento a gênero deve perceber dinâmicas que são fruto e reprodutoras de desigualdades estruturais ao longo da instrução processual, agindo “ativamente para barrá-las”. Percebendo que a instrução reproduz violências institucionais de gênero, o julgador deve conter questionamentos reprodutores de estereótipos de gênero; perguntas que desqualifiquem a palavra da depoente de alguma maneira ou que causem revitimização; impedimentos para que a depoente se manifeste sem constrangimentos e em situação de conforto; interrupções ou pressões impeditivas do desenvolvimento do raciocínio da depoente; observe laudos de caráter técnico-científico ou social impregnados de estereótipos, dando excessiva importância para pontos que só importam por conta de desigualdades estruturais ou

---

<sup>35</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 492, de 13 de março de 2023**. Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4986>. Acesso em: 10 nov. 2024.

<sup>36</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2024.

então deixando de fora questões que só são percebidas quando há atenção a dinâmicas de desigualdades estruturais.

Dizendo de outra forma, a autoridade que presidir a audiência deve impedir esse tipo de intervenção das partes, impondo limites cognitivos a ações tendentes a introjetar no processo discursos que reforcem as desigualdades de gênero, constringam as depoentes e exponham desnecessariamente sua intimidade.<sup>37</sup>

A audiência de instrução e julgamento não é território livre para ofensas e assaques a honra de pessoas, vítimas e testemunhas, sobretudo (mas não apenas) em processos que apuram crimes contra a dignidade sexual. É dever de todos os atores processuais elevar o nível do debate e, agindo com zelo e apuro técnico, respeitar os envolvidos. Isso não causa nenhum prejuízo ao contraditório e ampla defesa, até porque perguntas alheias ao objeto da imputação não podem ser aceitas e o juiz tem o dever de indeferir aquelas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400, § 1º, CPP).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou examinar se o direito processual penal brasileiro possui limites cognitivos para o estabelecendo do reequilíbrio na relação de gênero intraprocessual. Constatou-se que o Brasil vem empreendendo esforços na busca pela igualdade material entre homens e mulheres e que as leis penais e processuais penais são de grande relevância no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, face mais ostensiva da assimetria de gênero.

Contudo, o processo sempre foi um campo pouco afetivo às mulheres, que tardiamente ocuparam os bancos das faculdades de Direito e iniciaram o exercício das profissões jurídicas. A situação era agravada no processo penal, que, como instrumento do Direito Penal, refletia tipos penais que, por vezes, traduziam e demarcavam a própria desigualdade de gênero.

Além disso, a interpretação jurídica, principalmente nos campos do Direito Penal e Processual Penal até as últimas décadas, foi quase uma exclusividade masculina, reforçando estereótipos que formaram a consciência de inúmeros bacharéis no país.

---

<sup>37</sup> Cabe mencionar que o Conselho Nacional do Ministério Público conta com grupo de trabalho para elaboração da proposta do Protocolo de Atuação do Ministério Público com Perspectiva de Gênero, mas a Corregedoria Nacional do Ministério Público já expediu a Recomendação CN n. 02, de 22 de março de 2023, que “Recomenda adoção de medidas destinadas a assegurar a atuação da Instituição ministerial com perspectiva de gênero voltada a modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher, bem como assegurar materialmente na atuação do MP o tratamento igualitário na temática de gênero.” Documento disponível em: [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Corregedoria/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o\\_CN\\_02-2023\\_-\\_perspectiva\\_de\\_g%C3%AAnero.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Corregedoria/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_CN_02-2023_-_perspectiva_de_g%C3%AAnero.pdf). Acesso em: 10 nov. 2024.

Essa realidade vem sendo paulatinamente alterada. Já são perceptíveis, ao menos, quatro limites cognitivos que objetivam estabelecer uma igualdade de gênero intraprocessual, são eles: 1) Lei n. 14.245/2021 – Lei Mariana Ferrer; 2) ADPF n. 779; 3) ADPF n. 1.107, e; 4) Protocolo do Conselho Nacional de Justiça para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

Pode-se concluir que, em conjunto, o processo penal brasileiro possui um bloco normativo que garante a igualdade de gênero intraprocessual. De um lado, a Lei Mariana Ferrer proíbe a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos e a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

De outro lado, tal proibição vem reforçada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 779, impedindo qualquer alusão, direta ou indireta, a legítima defesa da honra, inviabilizando que a vida privada da mulher seja revirada no processo.

Em complemento, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 1.107 exclui a possibilidade de invocação de elementos referentes à vivência sexual pregressa da vítima ou ao seu modo de vida em audiência de instrução e julgamento de crimes contra a dignidade sexual e de violência contra a mulher, sob pena de nulidade do ato ou do julgamento, vedando o reconhecimento da nulidade referida no item anterior na hipótese de a defesa invocar o modo de vida da vítima ou a questionar quanto a vivência sexual pregressa com essa finalidade, bem assim assentando ser vedado ao magistrado, na fixação da pena em crimes sexuais, valorar a vida sexual pregressa da vítima ou seu modo de vida.

Por fim, o Protocolo do CNJ para Julgamento com Perspectiva de Gênero alerta os magistrados para a impossibilidade de aceitação de perguntas ou condutas que reproduzam estereótipos de gênero, desqualifiquem a palavra da depoente, causem revitimização, impeçam manifestação sem constrangimentos, imponham interrupções ou pressões impeditivas do desenvolvimento do raciocínio e observem a existência de laudos impregnados de estereótipos.

Assim, o problema de pesquisa pode ser respondido afirmativamente, porque o direito processual penal brasileiro já possui esses limites cognitivos que objetivam (re)equilibrar a relação de gênero intraprocessual e não se pode falar que eles ofendam o contraditório, a ampla ou plena defesa, estando, ao revés, de acordo com a Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

AÑÓN ROIG, María José. Violencia de género: un concepto jurídico intrincado. *In*: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (Coord.). **La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense**. Thomson Reuters Arazandi: Pamplona, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magis-

trados – Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 253, de 4 de setembro de 2018**. Define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado131337202104146076ea817d8dc.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 492, de 13 de março de 2023**. Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4986>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 243, de 18 de outubro de 2021**. Dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resoluo-n-243-2021.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024. BRASIL.

Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 779**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Rel. Min. Dias Toffoli. Órgão Julgador: Plenário. Brasília, 1º de agosto de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6081690>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1.107**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Rel. Min. Cármen Lúcia. Órgão Julgador: Plenário. Brasília, 23 de maio de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6817678>. Acesso em: 17 set. 2024.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, crimes sexuais e feminicídio**. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. 9. ed. Leme: Mizuno, 2024.

CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de; GENNARO, Nycole Kattah. O quê, o porquê e para quem – o *criminal profiling* como instrumento investigativo e processual no Tribunal do Júri. In: SARRUBBO, Mario Luiz; CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de; ROMANO, Michel Betenjane; LEITÃO, Patrícia de Carvalho; SILVARES, Ricardo José Gasques de Almeida. **Ministério Público estratégico: tutela penal e processual da vida**. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 147-170.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório 54/01, Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes**, 2001. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 11 de novembro de 2024.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; VILLABOIM, Ana Carolina Gregory; MALULY, Jorge Assaf. Lei Mariana Ferrer: respeito à dignidade da vítima no processo penal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, n. 24, jul. 2024. Disponível em: [https://es.mpsp.mp.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/553/340340538](https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/553/340340538). Acesso em: 16 set. 2024.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

HIGÍDIO, José. Primeira advogada brasileira, Myrthes superou obstáculos para trabalhar. **Consultor Jurídico**, 8 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-08/primeira-advogada-brasileira-myrthes-superou-obstaculos-trabalhar/>. Acesso em: 30 out. 2024.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 2.

OGAWA, Mariana Uyeda. **Maria Augusta Saraiva – a primeira mulher a ingressar na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco**. *On-line*. Disponível em: <https://lgpd.tcm.sp.gov.br/Pagina/66320#:~:text=Leopoldina%20Maria%20Saraiva.,no%20Largo%20de%20S%C3%A3o%20Francisco>. Acesso em: 30 out. 2024.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2012/29/UE, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia**, 14/11/2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029>. Acesso em: 20 set. 2024.

PEREIRA, Ticiane Louise Santana. **O gênero no Direito Penal brasileiro: da experiência do feminicídio a uma perspectiva mais humanizada de resposta penal**. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2022.

PITCH, Tamar. **Un derecho para dos: la construcción de género, sexo y sexualidad**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

REINO DE PORTUGAL. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado Del-Rey D. Philippe I**. 14. ed. Rio de Janeiro, 1870, p. 1.188. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242733/000010186\\_05.pdf?sequence=33&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242733/000010186_05.pdf?sequence=33&isAllowed=y). Acesso em: 10 nov. 2024.

SALGADO, Clarice Bonelli Santos. Perspectivas para o enfrentamento da revitimização da mulher nas audiências dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. *In*: MARCON, Chimelly Louise de Resenes (Org.). **A defesa dos direitos humanos na visão de mulheres do Ministério Público**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

SILVA, Artenira da Silva e; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; LUNA, Cláudia Patrícia. A violência institucional e a violência por poderes no sistema de justiça brasileiro. **Revista Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-28/opiniao-violencia-institucional-violencia-poderes>. Acesso em: 4 nov. 2024.

SILVA, Artenira da Silva e; LIMA, Leonardo Maciel. A violência simbólica institucional exercida pelo Poder Judiciário no julgamento de violação de direitos humanos de mulheres. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, v. 8, n. 2, p. 1-22, jul.-dez., 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistagsd/article/view/9087/pdf>. Acesso em: 30 out. 2024.

SILVA, Elza Maria Tavares. **Ensino de Direito no Brasil: perspectivas históricas gerais**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pee/a/78qvJ3kBG574djNtpv3tSbs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 out. 2024.

SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Manual do Tribunal do Júri**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

SMART, Carol. A mulher do discurso jurídico. Trad. Alessandra Ramos de Oliveira Harden e Fernanda de Deus Garcia. **Revista Direito Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, 2020, p. 1418-1439. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/download/50335/33893/174428>. Acesso em: 4 nov. 2024.



# LIMITAÇÕES INTERNACIONAIS À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOBRE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA JULGAR VIOLAÇÕES CRIMINOSAS CONTRA DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DE VÍTIMAS CIVIS

*Kledson Dionysio de Oliveira<sup>1</sup>*

## RESUMO

O texto é uma análise jurídica abrangente que se aprofunda na complexa interação entre o direito internacional dos direitos humanos e o sistema de justiça militar brasileiro. Ele examina especificamente o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na formação da estrutura jurídica da Justiça Militar, particularmente em relação ao julgamento de crimes cometidos por militares contra vítimas civis. O presente trabalho pretende discutir a relação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, bem como da jurisprudência vinculante da Corte IDH, com a ordem jurídica brasileira, analisando a sua posição normativa no plano interno e os efeitos decorrentes desse liame. Pretende-se demonstrar que o direito penal e processual penal militar demandam efetivo controle de convencionalidade à luz de parâmetros internacionais fixados nos tratados sobre direitos humanos em vigor no Brasil, que apontam para o dever de limitação da competência da Justiça Militar. Este trabalho também visa a demonstrar que, à luz da reiterada jurisprudência vinculante da Corte IDH, o sistema de justiça criminal brasileiro deve contemplar a perspectiva de centralidade das vítimas de violações criminosas de direitos humanos e fundamentais no funcionamento de seus órgãos e instituições; sendo certo que tal panorama não se coaduna com a manutenção da competência da Justiça Militar para o julgamento de crimes cometidos contra vítimas civis. Intenciona-se evidenciar que o dever convencional de garantia de investigações por órgãos independentes e diferentes da força policial envolvida nos casos de crimes praticados em contexto de intervenção policial rejeita a possibilidade de que as investigações de crimes perpetrados por agentes militares contra vítimas civis sejam realizadas por autoridades militares. Pretende-se demonstrar, ainda, que a jurisprudência vinculante da Corte IDH, reconhecendo a inconveniência do julgamento de crimes cometidos contra vítimas civis no âmbito da Justiça Militar, determina expressamente a alteração da legislação brasileira, com a finalidade de restringir os limites de competência desse ramo da justiça. Por fim, pretende-se demonstrar que a obrigação contida na jurisprudência vinculante da Corte IDH, de limitação da competência da Justiça Militar, não depende da tramitação de medidas legislativas, devendo ser realizada imediatamente pelos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário, que, por meio do controle de convencionalidade, têm a obrigação legal e disciplinar de afastar a competência da justiça castrense para a investigação e o julgamento de crimes cometidos contra vítimas civis, promovendo o encaminhamento desses casos para tramitação perante a justiça ordinária.

**Palavras-chave:** Tratados internacionais. Direitos humanos. Incorporação de tratados internacionais no Brasil. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Valor vinculante da jurisprudência interamericana. Precedentes convencionais vinculantes. Natureza estruturante das sentenças internacionais. Competência da Justiça Militar. Vítimas civis. Controle de convencionalidade. Direitos das vítimas.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Controle de convencionalidade no direito penal militar e processual penal militar. 3 Valor vinculante da jurisprudência da Corte IDH. 4 Papel estruturante da jurisprudência da Corte IDH para os órgãos de justiça dos Estados integrantes do sistema interamericano. 5 Dever funcional de aplicação da jurisprudência da Corte IDH e de realização de controle de convencionalidade pelos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário à luz das Recomendações do CNMP e do CNJ. 6 Parâmetros internacionais para a limitação da competência da Justiça Militar. 7 Direito à justiça para as vítimas de crimes na jurisprudência vinculante da Corte IDH: as vítimas de crimes no centro do processo penal. 8 Dever de investigação por órgão independente e diferente da força policial envolvida nos casos de crimes violadores de direitos humanos praticados por agentes policiais. 9 Limitações internacionais à competência da Justiça Militar em relação a crimes cometidos contra vítimas civis na jurisprudência vinculante da Corte IDH. 10 Obrigação de cumprimento imediato das decisões da Corte IDH, independentemente de modificações legislativas: caso *Tavares Pereira e Outros vs. Brasil*. 11 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

A busca por justiça para as vítimas de crimes e seus familiares representa uma preocupação central no cenário internacional de proteção dos direitos humanos, razão pela qual a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenha um papel fundamental na orientação dos Estados-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo a assegurar que as vítimas da criminalidade recebam o devido reconhecimento, proteção e reparação diante das violações sofridas. Nesse contexto, se afigura indispensável que todos os órgãos integrantes dos sistemas de justiça daqueles Estados compreendam como a Corte IDH aborda a referida busca por justiça, bem como incorporarem esses princípios fundamentais e diretrizes normativas às suas respectivas ordens jurídicas internas.

Os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e as decisões sobre matéria criminal proferidas pela Corte IDH contra o Estado brasileiro apontam uma clara perspectiva de interpretação, aplicação e eficácia das normas de direitos humanos e fundamentais no processo penal que reiteradamente posiciona as vítimas de crimes em uma conjuntura central de proteção, respeito e titularidade de direitos.

É importante desde já ressaltar que a leitura do direito criminal pelas lentes das diretrizes normativas internacionais sobre direitos humanos implica, inclusive, a modificação de perspectivas restritivas quanto à compreensão da significância do ato criminoso, determinando distanciamento da visão reducionista de que o ilícito penal representaria simples transgressão realizada por particulares ou agentes estatais contra a lei penal ordinária, considerando esse evento como fundamento único de um direito exclusivo e próprio do Estado de impor uma punição ao agente criminoso por simples ofensa à ordem pública.

As luzes do direito internacional sobre direitos humanos modificam completamente esse cenário, conduzindo à compreensão do ato criminoso grave como hipótese de violação direta aos direitos humanos e fundamentais de suas vítimas e de seus familiares, reconhecidos, por

consequente, como titulares dos legítimos interesses processuais vertidos no conflito penal a ser julgado pelo sistema de justiça.

A despeito da clara orientação imprimida pelo sistema interamericano sobre a posição da vítima no devido processo penal, o conteúdo de todas as condenações internacionais sobre matéria penal impostas contra o Brasil pela Corte IDH, sedimenta uma sólida comprovação prática de que a tutela dos direitos das vítimas da criminalidade no âmbito do processo penal brasileiro não é satisfatoriamente realizada de acordo com os padrões internacionais de proteção dos direitos humanos.

A apontada dissonância entre a centralidade atribuída às vítimas no processo penal inspirado pelas diretrizes do direito internacional e a realidade do sistema de justiça brasileiro, que desloca as vítimas de crimes e seus familiares para a periferia do processo penal, denota o estado de desalinhamento inconveniente das práticas e interpretações jurídicas dos órgãos de justiça nacionais em face da jurisprudência vinculante do sistema interamericano de direitos humanos, destacadamente no que se refere à competência da Justiça Militar para a investigação e julgamento de crimes praticados por militares contra civis.

Visando a alteração desse quadro, em busca de uma ampla eficácia dos direitos humanos e fundamentais orientada pelos padrões construídos pelo direito internacional, impõe-se que sejam analisados os efeitos e o vigor de obrigatoriedade das decisões da Corte IDH no âmbito da atuação nacional de todos os órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário.

A premência de adequação convencional desse quadro de indevida inconsonância fático-normativa demanda o exame da posição da Corte IDH como órgão jurisdicional com autoridade para a construção de *precedentes convencionais*, capazes de uniformizar em caráter vinculante a interpretação e a aplicação da ordem jurídica representada pelas convenções sobre direitos humanos em vigor no Brasil.

Por fim, o estudo da influência das decisões vinculantes da Corte IDH, em especial dos casos *Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, *Herzog e Outros vs. Brasil*, *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, *Honorato e Outros vs. Brasil* e *Tavares Pereira e Outros vs. Brasil*, dentre outros, visa a demonstrar que a observância da jurisprudência da Corte IDH e a realização de controle de convencionalidade sobre o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar impõem limitações imediatas à competência da Justiça Militar, proibindo de maneira determinante que a investigação e o julgamento de casos de violação criminosa a direitos humanos e fundamentais cometidos contra civis sejam realizados perante a justiça castrense.

## 2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR

O direito criminal isoladamente ilhado pela ordem jurídica ordinária e privativamente arraigado pela exclusiva função de anteparo na proteção do indivíduo investigado diante do poder estatal, evoluiu ao longo das últimas décadas para se alinhar com princípios modernos e muito mais amplos de justiça e de eficácia dos direitos humanos e fundamentais.

Os ventos transformadores dos direitos humanos irromperam um franco regime de internacionalização do direito criminal, ensejando um fenômeno de transição da arquitetura desse ramo do direito, que cada vez mais se inclina do direito interno para o direito internacional.<sup>2</sup>

Denota-se, inclusive, que esse é um fenômeno que já encontrava abertura no próprio Código de Processo Penal brasileiro desde a sua entrada em vigor em 1941, tendo em vista que em seu art. 1º, inc. I<sup>3</sup>, ele inaugura a organização do processo penal brasileiro destacando a proeminência dos tratados internacionais, além das regras de direito internacional não abrangidas pelos tratados, sobre as disposições do processo penal ordinário. Convém sublinhar que esse caminho, alinhado com a regra de primazia do direito internacional traçada pelo art. 27 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados<sup>4</sup> (1969), também é explicitamente seguido, v.g., pelo art. 5º, *caput*, do Código Penal<sup>5</sup>, pelo art. 13 do Código de Processo Civil<sup>6</sup> e pelo art. 98 do Código Tributário Nacional<sup>7</sup>.

Deve-se reconhecer, portanto, que, por força dos efeitos da incorporação do direito internacional sobre direitos humanos na ordem jurídica nacional, o direito criminal brasileiro – sem prejuízo de outros ramos do direito interno – se encontra em um necessário percurso de conformação convencional, cuja efetivação já não depende mais do arcabouço normativo em vigor, mas tão somente do seu reconhecimento e efetiva aplicação pelos órgãos do sistema de justiça.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> “[...] inclinação que começa a se manifestar, na linha do sopro renovador dos direitos humanos, é a internacionalização do direito processual penal e que se manifesta principalmente por duas formas: 1ª) a atribuição de *status* constitucional às normas de direitos humanos dos tratados regionais e internacionais; 2ª) o trânsito do direito interno para o internacional”. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 25).

<sup>3</sup> *Verbis*: “O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados [...] os tratados, as convenções e regras de direito internacional”.

<sup>4</sup> *Verbis*: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

<sup>5</sup> *Verbis*: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”.

<sup>6</sup> *Verbis*: “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte”.

<sup>7</sup> *Verbis*: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

<sup>8</sup> “O primeiro ponto a considerar, quando se quer trabalhar para que exista na prática a proteção judicial, é o desconhecimento, pelos juízes de modo geral, das normas internacionais de reconhecimento, positivação e proteção dos direitos humanos e das condições e dos efeitos de sua integração ao sistema jurídico nacional”. (DALLARI,

Nos campos do direito penal militar e do direito processual penal militar a realidade jurídica que se observa não é diferente. Além de se tratar de uma obrigação a ser realizada por todos os órgãos do sistema de justiça, o controle de convencionalidade não é apenas admitido, mas ele é literalmente exigido pelo próprio direito criminal militar.

Assim, o art. 7º do Código Penal Militar<sup>9</sup> – mesmo tendo sido construído no contexto da ditadura militar e sob as sombras dos Atos Institucionais nº 5 e 16 – determina a aplicação das suas próprias disposições em todo o território nacional, até o limite em que as suas próprias disposições não sejam divergentes ante o conteúdo de convenções, tratados e regras de direito internacional.

Nesse mesmo sentido, o art. 1º, § 1º, do Código de Processo Penal Militar<sup>10</sup> – igualmente erigido sob as sombras dos Atos Institucionais nº 5 e 16 – determina que nos casos de divergência normativa, devem prevalecer sempre os comandos contidos nas convenções ou tratados de que o Brasil seja signatário sobre as normas do direito processual militar interno.

A principal fonte de conformação convencional para o direito criminal é representada, naturalmente, pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, que desempenham intenso papel de influência em nível interno, na medida em que estabelecem padrões e princípios que os seus países signatários devem seguir ao lidar com questões de justiça criminal e proteção dos direitos individuais.

Ressalta-se que, dada a sua incorporação à ordem jurídica interna, os tratados internacionais de direitos humanos exercem influência crucial no direito nacional, como reflexo direto da maneira como orientam os países a estruturarem seus sistemas judiciais, conduzir investigações, garantir o devido processo legal e proteger os direitos tanto de investigados quanto de vítimas de crimes e seus familiares.

Importa destacar, ainda, que a influência dos tratados internacionais sobre direitos humanos se aprofunda ante a sua incorporação à ordem jurídica brasileira em estatura material constitucional<sup>11</sup>, como efeito da abertura do catálogo constitucional dos direitos fundamentais promo-

---

Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 36).

<sup>9</sup> *Verbis*: “Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte no território nacional, ou fora dêle, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira”.

<sup>10</sup> *Verbis*: “O processo penal militar rege-se-á pelas normas contidas neste Código, assim em tempo de paz como em tempo de guerra, salvo legislação especial que lhe fôr estritamente aplicável. Nos casos concretos, se houver divergência entre essas normas e as de convenção ou tratado de que o Brasil seja signatário, prevalecerão as últimas”.

<sup>11</sup> Nesse sentido: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 7 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 176. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 17 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 129. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 347.

vida pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal<sup>12</sup>, expandindo-o para os direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil é parte, bem como para os direitos implícitos, subentendidos nas regras de garantias, e, ainda, os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta da República.

Não obstante a clareza do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343-1 SP, após fixar uma nova posição normativa para a Convenção Americana de Direitos Humanos, culminou por firmar a tese jurídica que classifica os tratados sobre direitos humanos como normas de estatura normativa supralegal capaz de ensejar a insubsistência de previsões contidas nas normas constitucionais e subalternas.<sup>13</sup>

É certo, portanto, que as convenções internacionais sobre direitos humanos integram a ordem jurídica nacional, possuindo estatura normativa, *no mínimo*, superior a todas as normas infraconstitucionais (legislação ordinária e complementar) e capazes, no entanto, de influenciar diretamente a eficácia de normas constitucionais.

Ao lado dos tratados internacionais, a jurisprudência da Corte IDH, resultado da interpretação das convenções em vigor no sistema regional interamericano de direitos humanos, exerce papel igualmente medular no caminho de conformação convencional do direito interno, inclusive do direito criminal militar.<sup>14</sup>

Diante da força irradiante das normas internacionais sobre direitos humanos, bem como do caráter vinculante da jurisprudência da Corte IDH, o sistema de justiça brasileiro se afigura compelido a conferir novos contornos interpretativos ao direito criminal militar, de maneira que esse ramo do direito se adapte aos delineamentos que são tracejados pelo direito internacional, notavelmente assentado sobre diretrizes de respeito e proteção da dignidade humana, bem como comprometido com a tutela efetiva dos direitos humanos e fundamentais objeto de violação criminosa<sup>15</sup>, visando garantir que o sistema de justiça criminal seja mais equitativo,

<sup>12</sup> *Verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta 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”.

<sup>13</sup> Ementa: Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF, RE nº 466.343-1/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. César Peluso, j. 03.12.2008, DJ 05.06.2009).

<sup>14</sup> “Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, a própria noção de lei deve ser considerada não só em sentido formal, mas também em sentido substancial, o que abarca o ‘direito escrito’, de origem legislativa, e o direito ‘não escrito’, criado fora do legislativo, como é o caso aquele de origem jurisprudencial”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 1).

<sup>15</sup> “Por certo, a finalidade do processo penal não deve residir na pressuposição do cometimento de falhas na sua aplicação, em outras palavras, a finalidade que anima o processo penal não é interna, situada nele mesmo, em favor exclusivo do agente violador da norma. A finalidade do processo penal é externa a ele, situada na concretização e na reparação dos direitos humanos e fundamentais violados pelo agente causador da ofensa; objetivo que natu-

transparente e respeitoso com os direitos de todos os envolvidos no conflito penal, destacadamente das vítimas das violações criminosas e, conforme descrevemos em obra que abarca o tema, com a dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais.<sup>16</sup>

### 3 VALOR VINCULANTE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

Desde o ano de 1992 o Brasil figura como parte na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, sendo certo que o Estado brasileiro aceitou a competência obrigatória da Corte IDH no ano de 1998, nos termos do art. 62.1 da CADH<sup>17</sup>. Dessa maneira, há mais de duas décadas o Estado brasileiro se encontra automaticamente vinculado à jurisprudência produzida pela Corte IDH, destacadamente nos casos em que o Brasil é o Estado acionado perante aquela corte internacional (*res judicata*), sofrendo os efeitos, inclusive, de decisões proferidas em casos envolvendo outros Estados-partes (*res interpretata*).<sup>18</sup>

Referida cláusula facultativa da jurisdição obrigatória é objeto de tratamento pela doutrina de Flávia Piovesan, Melina Girardi Fachin e Valerio de Oliveira Mazzuoli, que esclarecem que “tal *cláusula facultativa* autoriza os Estados a livremente aceitá-la ou rechaçá-la. Se a aceitarem, comprometem-se a respeitar, para além dos direitos previstos na Convenção, todas as decisões da Corte caso venham a ser condenados, bem como todas as decisões relativas à interpretação da Convenção”.<sup>19</sup>

A importância da adesão à competência contenciosa da Corte IDH se aprofunda e se completa à vista do art. 62.3 da CADH<sup>20</sup>, que lhe confere o poder jurídico de determinar o alcance de sua própria competência, autorizando a conclusão de que, no contorno de todo o sistema

---

ralmente pressupõe e, por isso, não é incompatível com o tratamento justo de réus e investigados”. (OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022, p. 28).

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 243.

<sup>17</sup> *Verbis*: “Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção”.

<sup>18</sup> “O Brasil é parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 1992, tendo aceitado a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. A partir desse momento, toda a jurisprudência desse tribunal internacional influencia a nossa ordem jurídica, devendo conduzir as atividades de todos os juízes e tribunais nacionais (sobretudo nos casos em que o Estado condenado é o próprio Brasil). Tal é assim porque as sentenças da Corte Interamericana, já se disse, irradiam efeitos *para além* dos Estados condenados, atingindo também terceiros Estados”. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 3).

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 334.

<sup>20</sup> *Verbis*: “A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial”.

regional interamericano de proteção de direitos humanos, a Corte IDH é o tribunal que possui a competência para definir e unificar a aplicação e a interpretação derradeira da CADH e das demais convenções incidentes sobre o caso *a partir do qual* tiver concretamente decidido.<sup>21</sup>

Acrescente-se que o valor vinculante das decisões da Corte IDH também decorre diretamente do art. 68.1 da CADH<sup>22</sup>, que estabelece, em hierarquia jurídica *no mínimo* supralegal, a obrigação de efetivo cumprimento das decisões da Corte IDH pelos Estados partes da CADH em todos os casos em que foram acionados.

Desvela-se, pois, a extremada importância que o Estado brasileiro deve conferir ao conteúdo da CADH e também a todas as decisões proferidas pela Corte IDH na aplicação e na interpretação dos tratados internacionais do sistema regional interamericano de proteção de direitos humanos, haja vista que o caráter obrigatório de tal providência em face de todos os órgãos do Estado (destacadamente do Ministério Público e do Poder Judiciário) foi voluntariamente admitido em desdobramento de sua soberania nacional, segundo as regras da ordem constitucional brasileira (*treaty-making power*).

Nesse mesmo sentido, porém à luz dos julgamentos realizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, Frederico Valdez Pereira aponta que diversas violações a direitos humanos decorrem não apenas de violações pontuais e diretas a normas de tratados internacionais, mas de imperfeições dos ordenamentos internos dos Estados; situação que fomenta a necessidade de “superção da disciplina puramente interna do sistema judiciário”, de maneira que “o direito proveniente do sistema regional de proteção dos direitos humanos não é conferido apenas pelo texto da Convenção, mas também pela jurisprudência das Cortes”.<sup>23</sup>

Em decisão direcionada ao Estado brasileiro, por oportunidade do julgamento do *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, a Corte IDH dispôs que, no controle de convencionalidade que todos os membros do Poder Judiciário são obrigados a realizar relativamente às normas nacionais em face da CADH, é imprescindível que se observe, ao lado

---

<sup>21</sup> “De acordo com o artigo 29.b) da Convenção Americana e as regras gerais de interpretação dos tratados estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a Convenção Americana pode ser interpretada em relação a outros instrumentos internacionais. Portanto, ao examinar a compatibilidade das condutas ou normas estatais com a Convenção, a Corte pode interpretar, à luz de outros tratados, as obrigações e os direitos contidos neste instrumento. Isso significa que a Corte pode observar as regulamentações de normas internacionais concretas relativas à proibição da escravidão, da servidão e do tráfico de pessoas, para dar aplicação específica à normativa convencional na definição dos alcances das obrigações estatais”. Corte IDH, *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de outubro de 2016, Série C, nº 318, § 79).

<sup>22</sup> *Verbis*: “Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

<sup>23</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 295.



das disposições normativas da própria Convenção, a incidência da interpretação jurisprudencial da Corte IDH.<sup>24</sup>

Dessa maneira, o controle de convencionalidade que deve ser realizado pelo sistema de justiça brasileiro, tanto por meio do Poder Judiciário na construção de suas decisões, quanto pelo Ministério Público no manejo das medidas judiciais e extrajudiciais de sua atribuição, deve se pautar pelo conteúdo normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos em vigor no Brasil e, em igual modo e medida, das decisões proferidas pela Corte IDH<sup>25</sup>; seja para reconhecer a invalidade de leis internas em virtude de sua inconvenção, seja para fundamentar e conformar a legislação nacional sob o pálio de preceitos convencionais.

É nesse movimento de recepção de fundamentos normativos convencionais e da jurisprudência vinculante do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, que se impõe o controle de convencionalidade sobre as regras de competência da Justiça Militar, de maneira a que todos os casos de violações criminosas a direitos humanos e fundamentais de perpetrados contra civis sejam objeto de apuração e julgamento perante a justiça comum.

#### **4 PAPEL ESTRUTURANTE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH PARA OS ÓRGÃOS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS INTEGRANTES DO SISTEMA INTERAMERICANO**

No horizonte do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a jurisprudência da Corte IDH, para além de buscar resolver circunstancialmente os casos e controvérsias que lhe são individualmente apresentados, destina-se, sobretudo, a demonstrar à comunidade das nações irmanadas pelos valores éticos e jurídicos da CADH, qual é o conteúdo e a forma de realização dos próprios direitos humanos. Nesse sentido, será possível verificar que a Corte IDH referenda o atendimento das normas de direitos humanos não apenas por meio da rele-

---

<sup>24</sup> “Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”. (Corte IDH, *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219, § 176).

<sup>25</sup> “Como órgão do Estado, o juiz se vincula àquilo que foi assumido (pela via da ratificação) no plano internacional, ficando também adstrito ao que a Corte Interamericana entende ser a sua correta interpretação”. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 38).

vantíssima garantia das liberdades individuais, mas também pelo funcionamento eficiente dos mecanismos de tutela penal da dimensão objetiva dos direitos humanos.

As decisões da Corte IDH não podem, portanto, ser compreendidas de modo reducionista, como resultado da mera análise e responsabilização dos Estados por questões pontuais de violação a direitos humanos em seus respectivos territórios. Indiscutivelmente, referidos julgados devem ser entendidos em uma perspectiva muito mais ampla de proteção, na qualidade de elementos jurídicos verdadeiramente estruturantes para os sistemas de justiça de todos os Estados integrantes do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e, especialmente, para o sistema de justiça criminal do Estado internacionalmente condenado. Portanto, para o alcance do propósito de concretização social das normas internacionais de que se está tratando, é necessário que se interpretem as condenações impostas pela Corte IDH sob a dupla perspectiva de (i) diagnósticos de imperfeições medulares no cumprimento das normas de direitos humanos pelas instituições do Estado condenado, bem como das (ii) ferramentas de correção e de aperfeiçoamento das instituições de todos os Estados do sistema interamericano.<sup>26</sup>

A Corte IDH não se trata de um tribunal de recursos, destinado à revisão ordinária de julgamentos proferidos pelas cortes nacionais dos Estados-partes da CADH. Nesse mesmo contexto, deve-se considerar que a função da Corte IDH não se assenta isoladamente na definição de situações jurídicas limitadas aos interesses dos indivíduos e dos Estados diretamente envolvidos nos casos levados a julgamento internacional.

As decisões proferidas pela Corte IDH refletem, em verdade, uma análise sobre o próprio direito e o funcionamento interno das instituições dos Estados acionados, especialmente no plano dos seus respectivos sistemas de justiça, haja vista que os correspondentes julgamentos internacionais daquelas causas implicam sondagem e diagnóstico da compatibilidade da atuação dos Poderes nacionais em face das diretrizes de respeito e de proteção que devem prevalecer em matéria de direitos humanos e fundamentais no sistema regional em que os Estados demandados se afiguram inseridos.

Os ensinamentos de Antônio Augusto Cançado Trindade indicam a importância imperativa de análise da jurisprudência da Corte IDH, que, para muito além de buscar singelamente resolver casos e disputas específicas, se destina sobretudo a declarar aos Estados da comunidade internacional e aos indivíduos *o que é o direito* (de onde se infere a intenção de reconhecimento de um forte conteúdo estruturante das decisões proferidas pela Corte IDH).<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 130.

<sup>27</sup> “A Human Rights Tribunal such as the Inter-American Court is not only meant to settle disputes and cases, but also to explain ‘what the law is’”. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. TANNER, Lauri R. Interview with

O dever de aplicação difusa das decisões proferidas pela Corte IDH enseja o reconhecimento e a aplicação da sua jurisprudência com papel estruturante para a interpretação e as práticas dos sistemas de justiça internos.

## **5 DEVER FUNCIONAL DE APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH E DE REALIZAÇÃO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PODER JUDICIÁRIO À LUZ DAS RECOMENDAÇÕES DO CNMP E DO CNJ**

O dever funcional de observação das disposições contidas na jurisprudência vinculante da Corte IDH por todos os membros e órgãos componentes do Ministério Público e do Poder Judiciário brasileiros é objeto de recomendações específicas sobre a matéria expedidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP e pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça, por meio do art. 1º, inc. I, da sua Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022, recomendou a todos os membros do Poder Judiciário “a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas”.

Navegando no mesmo sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, por meio do art. 2º, incs. I e II, da sua Recomendação nº 96, de 28 de fevereiro de 2023, recomendou a todos os membros do Ministério Público que, nos seus respectivos âmbitos de atribuição, observem “as normas dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil”, bem como o “o efeito vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos em que o Brasil é parte, nos termos do artigo 68 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos”.

Importa destacar que a recomendação do CNMP avança um passo no esclarecimento da matéria, tendo em vista que expressamente enfatiza para os membros do Ministério Público brasileiro o dever funcional de observação do *efeito vinculante* das decisões da Corte IDH proferidas contra o Brasil.

Denota-se, portanto, que, às vistas do CNMP e do CNJ, a leitura, o conhecimento e a efetiva aplicação dos efeitos vinculantes de toda a jurisprudência da Corte IDH produzida contra o Brasil, faz parte do cumprimento dos deveres funcionais de cada um dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário atuantes em todos os níveis e instâncias do sistema de justiça brasileiro.

---

Judge Antônio A. Cançado Trindade, Inter-American Court of Human Rights. In: *Human Rights Quarterly*, vol. 31, N. 4, pp. 985-1.005, nov. 2009).

O conteúdo das recomendações em referência, além de evidenciar que os conselhos constitucionalmente encarregados de supervisionar o cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados e órgãos ministeriais brasileiros<sup>28</sup> prontamente reconhecem a imperatividade do controle de convencionalidade no sistema de justiça nacional, também *ênfatiza institucionalmente* que referido controle de convencionalidade precisa ser tanto realizado por meio da aplicação das convenções sobre direitos humanos quanto da efetiva observância da jurisprudência vinculante da Corte IDH.

Importa ressaltar que a própria edição das recomendações acima destacadas representa o cumprimento de obrigações de base convencional pelos órgãos constitucionais de supervisão do Ministério Público e da magistratura, observado que elas apenas refletem o compromisso de cumprimento de deveres funcionais que não derivam primariamente das mencionadas *recomendações*, mas que são diretamente decorrentes da ordem jurídica em vigor, vinculante para todos os órgãos do Estado brasileiro, inclusive o CNMP e o CNJ.

## **6 PARÂMETROS INTERNACIONAIS PARA A LIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR**

Assentadas as premissas teóricas que impõem a conformação convencional da ordem jurídica interna, é possível identificar disposições normativas em tratados internacionais sobre direitos humanos que representam verdadeiras lentes pelas quais se revela possível analisar o tema da competência da Justiça Militar diante de firmes parâmetros internacionais.

Ainda que os mencionados tratados internacionais não estabeleçam de maneira direta como deve ser a conformação dos sistemas jurídicos militares nos seus países signatários, suas diretrizes balizam de maneira muito clara junto aos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos os limites da atuação das cortes militares.

No caso do entorno interamericano de proteção de direitos humanos, referidos limites convencionais foram utilizados pela Corte IDH, conforme será apresentado oportunamente, para condenar os Estados que ultrapassaram os alcances relacionados a direitos humanos e a Justiça Militar, os quais se afiguram pré-definidos naqueles parâmetros internacionais.

As normativas internacionais envolvendo a matéria já sedimentaram na comunidade interamericana o entendimento acerca da impossibilidade de julgamento de civis pela Justiça Militar, porém, ainda demandam compreensão e aplicação apropriadas para igualmente obstar o julgamento de militares naquele ramo da justiça relativamente a crimes violadores de direitos humanos e fundamentais contra civis.

---

<sup>28</sup> v. arts. 103-B, § 4º, e 130-A, § 2º, da CF.

No plano normativo internacional a regra básica em um Estado Democrático de Direito é a de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Assim, a instituição de foros especiais para determinadas categorias de pessoas deve ser necessariamente baseada em peculiaridades que justifiquem plenamente a exceção à regra geral; sendo certo que, nesse contexto, a interpretação restritiva à exceção constitui regra elementar de hermenêutica.

Navegando nesse norte, o art. 7.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>29</sup>, assim como o art. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>30</sup> asseguram a todos os indivíduos igualdade perante a lei e o direito de igual proteção da lei.

À luz dessas diretrizes convencionais, a concretização dos direitos humanos – mediante a garantia de igualdade de acesso à justiça e de tratamento pela lei – não se assemelha compatível com privilégios de uma categoria ou segmento social em detrimento da coletividade, bem como com o funcionamento de instituições que ofereçam a percepção social da formação de um ambiente que permita a ocorrência de corporativismo nos seus julgamentos.

Ademais, o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>31</sup>, assim como o art. 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos<sup>32</sup> e o art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>33</sup>, garantem a todo ser humano acesso a tribunais independentes e imparciais para decidir seus direitos e deveres.

Para materializar a garantia convencional de imparcialidade, deve ser assegurado que os tribunais sejam imparciais não apenas do ponto de vista subjetivo – ante a ausência de preconceito ou de parcialidade pessoais do julgador para o caso concreto –, mas também sob o aspecto objetivo, mediante a fixação de salvaguardas institucionais que preservem a percepção coletiva de um julgamento justo por observadores externos. Assim, a essência das garantias convencionais da independência e da imparcialidade reside na confiança que as cortes julgadoras devem inspirar no público.

---

<sup>29</sup> *Verbis*: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

<sup>30</sup> *Verbis*: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem distinção, a igual proteção da lei”.

<sup>31</sup> *Verbis*: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

<sup>32</sup> *Verbis*: “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”.

<sup>33</sup> *Verbis*: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Conforme muito bem apontado por Flávia Piovesan, na quadra dos direitos humanos não basta a imparcialidade apenas de fato, exigindo-se também a imparcialidade de aparência, de tal maneira que os próprios contornos da jurisdição demonstrem que o juiz não está agindo sob influências indevidas.<sup>34</sup>

Assim, adotada a perspectiva de centralidade das vítimas no processo criminal, é possível identificar uma clara e natural percepção de que a Justiça Militar tende a ser parcial em favor dos militares relativamente a crimes perpetrados contra vítimas civis, situação que culmina por minar a confiança da sociedade na referida estrutura de justiça. Justifica-se tal entendimento porque, adotada a perspectiva das vítimas, uma justiça de estrutura obviamente militar, estruturada para o julgamento de militares, com base em investigações realizadas por outras autoridades militares, não se assemelha abstratamente independente e imparcial para o julgamento de delitos perpetrados por suspeitos militares contra vítimas civis.

Aprofunda-se essa percepção de parcialidade e falta de independência diante da constatação de que grande parcela dos membros da Justiça Militar possui estreita relação com o aspecto inquisitivo e persecutório, mas não necessariamente formação jurídica. Ilustrando essa verdade, basta ressaltar que, nos termos do art. 122, *caput* e parágrafo único, inc. I, da Constituição Federal, 10 dos 15 ministros do Superior Tribunal Militar, não precisam ter necessariamente formação jurídica, exigência que recai apenas sobre os 5 ministros civis daquele corte (panorama que se repete nos Estados que contam com Tribunais de Justiça Militares, em que 4 dos seus 7 membros são militares da ativa, sem necessária formação jurídica e que não precisam sequer se afastar das atividades militares para exercer a judicatura).<sup>35</sup>

Confirmando que os parâmetros internacionais mencionados impõem o afastamento da jurisdição militar em casos de violações criminosas a direitos de vítimas civis, exemplifica-se que o art. IX da Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas<sup>36</sup> expressamente exclui a competência da jurisdição militar para o julgamento de suspeitos do delito de desaparecimento forçado de pessoas; reforçando que tais práticas não podem sequer ser consideradas pelos Estado como hipótese de crime no exercício das funções militares.

<sup>34</sup> PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 122.

<sup>35</sup> A título ilustrativo, veja-se o art. 186 da Lei Complementar do Estado de Minas Gerais: “O Tribunal de Justiça Militar, com sede na Capital e jurisdição em todo o território do Estado de Minas Gerais, compõe-se de sete membros, dentre eles três Juízes oficiais da ativa do mais alto posto da Polícia Militar e um Juiz oficial da ativa do mais alto posto do Corpo de Bombeiros Militar do Estado, integrantes de seus respectivos quadros de oficiais, e três Juízes civis, sendo um da classe dos Juízes de Direito do Juízo Militar e dois representantes do quinto constitucional”.

<sup>36</sup> *Verbis*: “Os suspeitos de atos constitutivos do delito de desaparecimento forçado de pessoas só poderão ser julgados pelas jurisdições de direito comum competentes, em cada Estado, com exclusão de qualquer outra jurisdição especial, particularmente a militar. Os atos constitutivos de desaparecimento forçado não poderão ser considerados como cometidos no exercício das funções militares”.

É certo, ainda, que quando a jurisdição militar assume competência sobre assuntos que devem ser julgados pela justiça ordinária, o direito convencional das vítimas ao juiz natural (art. 8.1 da CADH) também é violado, e, por conseguinte, a garantia ao devido processo, intimamente relacionado ao direito de acesso à justiça.

Ademais, deve-se ressaltar que, ante o desatendimento das exigências convencionais acima apontadas, resta prejudicado o cumprimento do dever estatal de proteção judicial estabelecido no art. 25.1 da CADH<sup>37</sup>, em franco detrimento às atribuições legais e constitucionais dos órgãos estatais de persecução penal em juízo, bem como com infortúnio aos legítimos interesses das vítimas de violações criminosas à proteção dos órgãos do sistema de justiça.

Revela-se, portanto, que os tribunais e órgãos de investigação militares não atendem aos critérios normativos de independência, imparcialidade e igualdade de acesso à justiça necessários para atender aos preceitos do sistema internacional de direitos humanos, ilustrados por diversos julgamentos no âmbito regional interamericano. Por consequência, a manutenção do estado inconveniente de investigação e julgamento pela Justiça Militar de crimes cometidos por militares da ativa contra vítimas civis forma obstáculos concretos à responsabilização da violência institucional, limitando-se o acesso das vítimas à justiça e propiciando impunidade em casos de graves violações de direitos humanos e fundamentais, com enfraquecimento da garantia convencional de proteção judicial.

## **7 DIREITO À JUSTIÇA PARA AS VÍTIMAS DE CRIMES NA JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DA CORTE IDH: AS VÍTIMAS DE CRIMES NO CENTRO DO PROCESSO PENAL**

Tendo em conta as premissas do valor vinculante da jurisprudência da Corte IDH, bem como do seu papel estruturante para pautar a interpretação normativa e a atuação dos órgãos do sistema de justiça, além da sua fundamental importância na formação dos *precedentes convencionais*, assume relevância a identificação de quais seriam os valores e diretrizes jurídicas que se extraem da jurisprudência da Corte IDH em matéria penal, destacadamente aqueles valores e diretrizes imanentes às questões criminais já decididas nas condenações internacionais proferidas contra o Brasil.

Justifica-se o imprescindível desenvolvimento do assunto porque as razões jurídicas perflhadas pelo conteúdo daquelas decisões internacionais representam substrato seguro de onde

---

<sup>37</sup> *Verbis*: “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.

deve ser extraído o legítimo molde a ser utilizado para que se atinja uma conformação do processo penal que verdadeiramente represente o delineamento de eficácia dos direitos humanos e fundamentais esperado pelo sistema regional interamericano para a proteção desses direitos; com alcance, obviamente, da esfera dos crimes tipificados como de natureza militar.

Assim, percebe-se que as condenações reiteradamente impostas pela Corte IDH contra o Brasil foram proferidas com base em cenários fáticos de acentuada semelhança, especialmente representados pela excessiva demora na persecução penal – tanto na fase judicial quanto na fase administrativa – de crimes gravemente violadores de direitos humanos, ou, ainda, pela ineficácia das medidas de investigação e coleta de elementos probatórios necessários ao esclarecimento da verdade dos fatos, tendo como resultado constante a desproteção dos direitos humanos e fundamentais das vítimas e de seus familiares.

Nesse contexto, que coloca em evidência sintomática a natureza das falhas do sistema de justiça criminal brasileiro que vêm ocupando há décadas a atenção da Corte IDH, denota-se que as *razões de decidir* das condenações internacionais contra o Brasil são reiteradamente representadas pela reafirmação de violação dos direitos das vítimas da criminalidade e de seus familiares quanto ao esclarecimento da verdade dos fatos, à falta de diligência, seriedade e imparcialidade nas investigações e julgamentos, bem como ao desrespeito à sua dignidade humana, repetidamente assentando as vítimas de violações criminosas de direitos humanos na posição central do processo penal.

É importante destacar que nos julgamentos internacionais em matéria penal a que o Brasil se submeteu, o fundamento normativo comum de interpretação utilizado pela Corte IDH para embasar as suas condenações foi o reiterado descumprimento pelo Estado brasileiro dos deveres de garantia dos direitos humanos, dos direitos às garantias judiciais e da proteção judicial, respectivamente consagrados nos arts. 1.1<sup>38</sup>, 8.1 e 25.1 da CADH. Desse modo, segundo a firme jurisprudência da Corte IDH, referidas disposições convencionais, que devem ser interpretadas e efetivamente aplicadas como legítimos direitos humanos das vítimas de crimes e de seus familiares, representam verdadeiros requisitos para a aferição do desenvolvimento convencionalmente hígido do processo penal – quesitos nos quais o modelo processual brasileiro já recebeu dez reprovações.

Assim, se afigura importante destacar, a título meramente ilustrativo, dez casos de matéria penal em que o Brasil foi condenado pela Corte IDH<sup>39</sup> – *Ximenes Lopes* (2006), *Escher e*

---

<sup>38</sup> *Verbis*: “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

<sup>39</sup> O *Caso Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil* (2018) se refere especialmente à violação do direito



*Outros* (2009), *Garibaldi* (2009), *Gomes Lund e Outros – “Guerrilha do Araguaia”* (2010), *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016), *Favela Nova Brasília* (2017), *Herzog e Outros* (2018), *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares* (2020), *Barbosa de Souza e Outros* (2021) e *Sales Pimenta* (2022) –, com o propósito de demonstrar que as repetidas situações de ofensa aos direitos humanos e fundamentais das vítimas de crimes e de seus familiares no processo penal têm sido o elemento fático-jurídico determinante para o reconhecimento da atuação inconvenção dos órgãos do sistema de justiça brasileiro.

“A Corte conclui que o Estado não proporcionou às familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das conseqüências das violações. O Estado tem, por conseguinte, responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda”.<sup>40</sup>

“Ante o exposto, a Corte assinala que a falta de resposta estatal é um elemento determinante ao analisar se foram respeitados os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, pois tem relação direta com o princípio da efetividade e deve caracterizar o desenvolvimento de tais investigações. No presente caso, as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência nem conforme com as previsões consagradas nos artigos mencionados concernentes ao dever de investigar”.<sup>41</sup>

“O Tribunal reitera que o Estado está obrigado a combater essa situação de impunidade por todos os meios disponíveis, já que esta propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total indefensibilidade das vítimas e de seus familiares, que têm direito a conhecer a verdade dos fatos. O reconhecimento e o exercício do direito a conhecer a verdade em uma situação concreta constitui um meio de reparação. Portanto, no presente caso, o direito a conhecer a verdade dá lugar a uma expectativa das vítimas que o Estado deve satisfazer”.<sup>42</sup>

“[...] a privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino de um desaparecido constitui uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos. Ademais, o Tribunal estabeleceu que o esclarecimento do paradeiro final da vítima desaparecida permite aos familiares aliviar a angústia e o sofrimento causados pela incerteza a respeito do destino do familiar desaparecido. Adicionalmente, a Corte considera que a violação do direito à integridade dos familiares das vítimas se deve também à falta de investigações efetivas para o esclarecimento dos fatos, à falta de iniciativas

---

à propriedade coletiva e à integridade pessoal do povo indígena Xucuru; sendo que, apesar do reconhecimento da existência de elementos sobre ameaças e violência no curso do procedimento demarcatório das terras indígenas, a Corte IDH avaliou a não subsistência de dados suficientes no caso concreto para a responsabilização internacional do Estado brasileiro quanto à matéria.

<sup>40</sup> Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 4 de julho de 2006, Série C, nº 149, § 206.

<sup>41</sup> Corte IDH, *Caso Escher e Outros vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 6 de julho de 2009, Série C, nº 199, § 206.

<sup>42</sup> Corte IDH, *Caso Garibaldi vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 23 de setembro de 2009, Série C, nº 203, § 167.

para sancionar os responsáveis, à falta de informação a respeito dos fatos e, em geral, a respeito da impunidade em que permanece o caso, que neles provocou sentimentos de frustração, impotência e angústia”.<sup>43</sup>

“[...] de acordo com o direito reconhecido no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, os Estados têm a obrigação de garantir o direito das vítimas ou de seus familiares a participarem em todas as etapas dos respectivos processos, de maneira que possam apresentar petições, receber informações, aportar provas, formular alegações e, em síntese, fazer valer seus direitos. Esta participação deverá ter como finalidade o acesso à justiça, o conhecimento da verdade sobre o ocorrido e a concessão de uma justa reparação. No entanto, a busca efetiva da verdade corresponde ao Estado, e não depende da iniciativa processual da vítima, de seus familiares ou da contribuição particular de elementos probatórios”.<sup>44</sup>

“[...] os Estados Partes são obrigados a oferecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos (artigo 25), recursos cuja tramitação observará as regras do devido processo legal (artigo 8.1), tudo isso em conformidade com a obrigação geral, a cargo dos próprios Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (artigo 1.1)”.<sup>45</sup>

“[...] a Corte considera que, no presente caso, o Brasil violou o direito das vítimas de conhecer a verdade, pois não esclareceu judicialmente os fatos violatórios do presente caso e não apurou as respectivas responsabilidades individuais em relação à tortura e ao assassinato de Vladimir Herzog, por meio da investigação e do julgamento desses fatos na jurisdição ordinária, em conformidade com os artigos 8 e 25 da Convenção”.<sup>46</sup>

“A devida diligência implica, especialmente, que todas as autoridades estatais respectivas estão obrigadas a abster-se de atos que resultem na obstrução ou atraso do andamento do processo penal, levando em conta que quase 22 anos transcorreram desde que aconteceram os fatos do presente caso. Tudo isso com o propósito de garantir o direito das vítimas à verdade”.<sup>47</sup>

“A Corte considera que o Estado está obrigado a combater a impunidade por todos os meios disponíveis, já que esta propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos. A ausência de uma investigação completa e efetiva sobre os fatos constitui uma fonte de sofrimento e angústia adicional para as vítimas, quem têm o direito a conhecer a verdade sobre o ocorrido”.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Corte IDH, *Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219, §§ 240-241.

<sup>44</sup> Corte IDH, *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de outubro de 2016, Série C, nº 318, § 376.

<sup>45</sup> Corte IDH, *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 16 de fevereiro de 2017, Série C, nº 333, § 174.

<sup>46</sup> Corte IDH, *Caso Herzog e Outros vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 15 de março de 2018, Série C, nº 353, § 338.

<sup>47</sup> Corte IDH, *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 15 de julho de 2020, Série C, nº 407, § 267.

<sup>48</sup> Corte IDH, *Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 7 de setembro de 2021, Série C, nº 435, § 171.

“Portanto, após quase 40 anos desde o homicídio de Gabriel Sales Pimenta, não foi alcançada a determinação da verdade sobre o ocorrido, apesar da abundância de elementos probatórios e do dever de devida diligência reforçada do Estado de investigar os fatos desse caso. Assim, a Corte considera que o Brasil violou o direito à verdade em detrimento dos familiares do senhor Sales Pimenta”.<sup>49</sup>

Percebe-se que, segundo o resultado da interpretação da Corte IDH, os arts. 1.1, 8.1 e 25.1 da CADH consubstanciam *obrigações processuais penais positivas* do Estados<sup>50</sup> e são diretrizes-chave de elevada envergadura hierárquico-normativa para a avaliação da convencionalidade das práticas e da interpretação do direito interno pelos órgãos do sistema de justiça criminal brasileiro, com aplicação para todos os níveis do Poder Judiciário e do Ministério Público, com a finalidade de amparar o respeito e o atendimento aos direitos das vítimas de crimes e seus familiares, além da proteção objetiva dos direitos humanos e fundamentais.

Os efeitos vinculantes e estruturantes dessa jurisprudência internacional invalidam por inconveniência a interpretação e a aplicação de normas processuais ou materiais, bem como a conservação de práticas pelos órgãos do sistema de justiça quando tais iniciativas forem efetiva ou potencialmente repetidoras dos quadros de injustiça já reprovados pela Corte IDH, em virtude de ineficácia ou demora na persecução penal ou, ainda, de inadequada garantia de acesso à justiça, em prejuízo da concretização dos direitos humanos e fundamentais das vítimas de crimes e seus familiares.

Sendo certo, ainda, que os deveres de garantia do Estado, bem como os direitos às garantias judiciais e os direitos de proteção judicial, amplamente referendados pelas condenações da Corte IDH contra o Brasil, asseguram o direito convencional das vítimas e de seus familiares à condução pelo sistema de justiça brasileiro de processos sérios, diligentes, imparciais e adequados para a investigação, esclarecimento da verdade dos fatos e julgamento de violações criminosas contra os seus direitos humanos.

Evidencia-se, portanto, que a Corte IDH nos julgamentos proferidos contra o Estado brasileiro adotou a perspectiva das vítimas de violações criminosas para pautar a avaliação da efetividade do funcionamento dos sistemas de justiça nacionais. Assim, essa mesma perspectiva deve ser adotada para a avaliação da adequação convencional da competência da Justiça Militar para capitanear investigações e julgamentos de militares relativamente a crimes perpetrados contra civis.

<sup>49</sup> Corte IDH, *Caso Sales Pimenta vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 30 de junho de 2022, Série C, n° 454, § 118.

<sup>50</sup> FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 99.

## **8 DEVER DE INVESTIGAÇÃO POR ÓRGÃO INDEPENDENTE E DIFERENTE DA FORÇA POLICIAL ENVOLVIDA NOS CASOS DE CRIMES VIOLADORES DE DIREITOS HUMANOS PRATICADOS POR AGENTES POLICIAIS**

A jurisprudência da Corte IDH determina que, nos casos em que agentes das forças policiais possam ser identificados como responsáveis violação criminosas de direitos humanos, é fundamental que o desenvolvimento das investigações correspondentes ocorra por órgãos independentes e imparciais relativamente à instituição a que o suspeito seja vinculado.

Deve-se ter em conta que a integralidade das exigências do devido processo estabelecidas no art. 8.1 da CADH, bem como os critérios de independência e imparcialidade também se aplicam aos órgãos e instituições não jurisdicionais a que corresponde o exercício da investigação prévia ao processo judicial, destinada à determinação das circunstâncias do crime e a coleta de elementos para a deflagração da persecução penal em juízo.

A independência na realização das referidas investigações, visa o atendimento da imparcialidade, tendo em vista que a força policial a que o investigado é vinculado, por sua natureza, possui um interesse intrínseco no resultado das investigações, o que pode comprometer a imparcialidade e a objetividade do processo, razão pela qual uma investigação conduzida por um órgão externo garante maior neutralidade e credibilidade.

É certo, ainda, que a realização de investigações independentes serve como um mecanismo de prevenção, desencorajando a prática de abusos por parte de agentes do Estado e de fortalecimento da confiança da população nas instituições.

A garantia de que investigações sobre violações criminosas a direitos humanos e fundamentais de civis sejam conduzidas de forma justa e completa depende diretamente da independência e da imparcialidade dos órgãos investigadores, contribuindo para a proteção dos direitos humanos das vítimas e de seus familiares (interesse central de valoração da Corte IDH no processo de persecução penal).

A condenação internacional do Brasil no caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil* trouxe à tona a crucial necessidade de investigações independentes e imparciais em casos de crimes praticados por agentes do Estado, especialmente em contextos de violência policial. Nesse caso, a Corte IDH, ao analisar as graves violações ocorridas em operações policiais na *Favela Nova Brasília*, no Rio de Janeiro, nos anos de 1994 e 1995, destacou a importância de mecanismos eficazes para garantir a responsabilização dos agentes policiais envolvidos nos ilícitos e a reparação das vítimas.

De acordo com a sentença do caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, nos casos em que graves violação de direitos humanos e fundamentais ocorram em contexto de intervenção policial (inclusive, obviamente, aquelas promovidas por forças policiais militares) – com a caracterís-

tica de que, *prima facie*, policiais apareçam como possíveis acusados – a investigação deve ser obrigatoriamente realizada por órgão estatal independente e diferente da força policial envolvida no incidente.<sup>51</sup>

O caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil* é um verdadeiro marco na luta por justiça e responsabilização em casos de violência policial. Nesse caso, a decisão da Corte IDH reafirmou a importância da investigação independente e imparcial como um instrumento fundamental para a proteção dos direitos humanos e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, significa hipótese de flagrante violação à referida condenação internacional que crimes ensejadores de graves violações a direitos humanos e fundamentais, cometidos por militares contra civis, sejam investigados pelas próprias autoridades militares.

O julgamento internacional do caso *Honorato e Outros vs. Brasil* ilustra com clareza as possíveis consequências de investigações realizadas sem observância da independência e imparcialidade prescritas acima, tendo em vista que o caso resultou no reconhecimento de que, em crime de execução praticado por Policiais Militares, investigado pela própria Polícia Militar, a investigação estava permeada por falhas graves representadas por flagrantes omissão quanto à coleta de provas cruciais para o caso; destacando-se o desaparecimento de importantes provas sobre o caso (v.g., gravações em vídeo dos fatos por câmeras de postos de pedágio), que foram entregues diretamente para as autoridades militares responsáveis pela investigação dos homicídios praticados por outros militares contra civis.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> “[...] considerando que a violência policial é normalmente investigada pela própria polícia, a Corte considera necessário que o controle externo do Ministério Público em casos de violência policial se projete além da prática de supervisão à distância das investigações realizadas por delegados da própria polícia. Nesse sentido, é fundamental que em hipóteses de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial em que *prima facie* policiais apareçam como possíveis acusados, o Estado tome as medidas normativas necessárias para que desde a *notitia criminis* se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força policial envolvida no incidente, tais como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertençam os possíveis acusados, ou o possível acusado” (Corte IDH, *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 16 de fevereiro de 2017, Série C, nº 333, § 319).

<sup>52</sup> “[...] No presente caso, a Corte constata que o trabalho investigativo inicial no local dos fatos foi realizado exclusivamente pela Polícia Militar, órgão ao qual pertenciam os agentes que estiveram envolvidos na execução extrajudicial das vítimas e que, portanto, carecia das garantias de independência e imparcialidade requeridas para levar a cabo essas diligências probatórias. Ademais, a investigação realizada pela Polícia Militar, que teve consequências para todo o processo penal, esteve permeada por falhas graves que levaram à total alteração do local do sucesso e por flagrantes omissões quanto à coleta de provas cruciais para o caso. [...] Por outro lado, a Corte ressalta que a investigação da Polícia Militar prejudicou de maneira grave a investigação e o julgamento das 12 execuções extrajudiciais, devido a que foi esta a instituição responsável exclusivamente pelas diligências probatórias no local dos fatos”. (Corte IDH, *Caso Honorato e Outros vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 27 de novembro de 2023, Série C, nº 508, §§ 103 e 105).

De acordo com a Corte IDH, a investigação foi realizada com falhas tão graves que demonstrava uma vontade deliberada de que o caso não fosse investigado e permanecessem na impunidade.<sup>53</sup>

Evidencia-se, portanto, que, à luz dos parâmetros convencionais acima apresentados, bem como à vista da jurisprudência vinculante da Corte IDH, se afigura inconveniente a realização de investigações criminais conduzidas por autoridades militares acerca de graves violações de direitos humanos e fundamentais praticados por militares em desfavor de civis.

Nesse contexto, assume preponderante importância a atuação do Ministério Público como instituição constitucionalmente responsável pelo controle externo da atividade policial (art. 129, inc. VII, da CF)<sup>54</sup> e detentora de atribuição para a instauração de procedimentos investigatórios criminais (PIC), independentes e imparciais, os quais devem ser reconhecidos, conforme apontado por Mauro Fonseca Andrade, como verdadeiros instrumentos de promoção de direitos humanos à disposição da instituição ministerial.<sup>55</sup>

## **9 LIMITAÇÕES INTERNACIONAIS À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR EM RELAÇÃO A CRIMES COMETIDOS CONTRA VÍTIMAS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DA CORTE IDH**

A jurisprudência vinculante da Corte IDH, com base nos parâmetros convencionais expostos acima, vem progressivamente ordenando que o Estado brasileiro realize a alteração da interpretação dos órgãos do seu sistema de justiça, de maneira a encaminhar para a justiça comum os trabalhos de investigação e julgamento de crimes praticados por militares contra civis.

Denota-se que, atenta à óbvia parcialidade da Justiça Militar para o julgamento das violações a direitos humanos cometidas durante o período de ditadura militar, determinou, no caso *Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, que as causas penais que envol-

---

<sup>53</sup> “A Corte adverte que concluiu, no presente caso, que o Estado é responsável pela execução extrajudicial de 12 pessoas no contexto da ‘Operação Castelinho’. Ademais, o Tribunal constatou as graves falhas e omissões na coleta e preservação de possíveis meios de prova, como a falta de proteção e alteração do local dos acontecimentos, o desaparecimento de evidências como as fitas de vídeo que foram entregues à Polícia Militar e poderiam ter gravado o momento dos disparos, a ausência de perícias destinadas a determinar a origem e as direções dos disparos, a falta de uma perícia para comparar os projéteis ou balas retiradas dos corpos das vítimas com as armas utilizadas pelos policiais, e para determinar de quais armas provinham os projéteis encontrados dentro do ônibus, entre outras. Todo o anterior demonstra que se procedeu com um desvio tão grave das regras racionais de uma investigação criminal, que constitui um indício de uma vontade deliberada de que esses fatos não fossem investigados e permanecessem na impunidade” (Corte IDH, *Caso Honorato e Outros vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 27 de novembro de 2023, Série C, nº 508, § 154).

<sup>54</sup> *Verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público [...] exercer o controle externo da atividade policial [...]”.

<sup>55</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. Cerceamento de acusação: notas sobre a formulação e superação da cultura antia-cusatória. *Revista do Ministério Público Brasileiro*, ano 1, nº 1, jun. 2022, p. 138.

vam crimes perpetrados por agentes militares sejam apreciadas na jurisdição ordinária, vedada a sua apreciação pela Justiça Militar do Estado brasileiro.

“[...] a Corte declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em virtude da falta de investigação, julgamento e eventual sanção dos responsáveis pelos fatos do presente caso. [...] o Estado deve garantir que as causas penais que tenham origem nos fatos do presente caso, contra supostos responsáveis que sejam ou tenham sido funcionários militares, sejam examinadas na jurisdição ordinária, e não no foro militar”.<sup>56</sup>

Por oportunidade do julgamento do caso *Herzog e Outros vs. Brasil*, a Corte IDH reafirmou o alcance restritivo e excepcional que deve pautar a competência da Justiça Militar, determinando que esse ramo da justiça não deve servir para a investigação e julgamento de autores de violações de direitos humanos, devendo se limitar ao julgamento de militares em serviço ativo em razão da prática de delitos cuja natureza se identifique com bens jurídicos próprios da ordem militar.

“[...] num Estado democrático de direito, a jurisdição penal militar terá um alcance restritivo e excepcional e será destinada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das forças armadas. Por isso, a Corte salientou que através do foro militar só devem ser julgados militares da ativa pela prática de crimes ou faltas que, por sua própria natureza, atentem contra bens jurídicos próprios da ordem castrense. O fato de que os sujeitos envolvidos pertençam às forças armadas ou que os acontecimentos tenham ocorrido dentro de um estabelecimento militar não significa *per se* que a justiça castrense deva intervir. Isso porque, considerando a natureza do crime e o bem jurídico lesado, a jurisdição penal militar não é o foro competente para investigar e, se for o caso, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos, devendo a ação contra os responsáveis competir sempre à justiça ordinária ou comum. [...] Por outro lado, a Corte reiteradamente afirmou que as normas ou parâmetros sobre as limitações que a jurisdição militar deve observar são os seguintes: a) não é o foro competente para investigar e, se for o caso, julgar e punir os autores de todas as violações de direitos humanos; b) só pode julgar militares em serviço ativo; e c) só pode julgar a prática de delitos ou faltas (cometidos por militares na ativa) que atentem, por sua própria natureza, contra bens jurídicos próprios da ordem militar”.<sup>57</sup>

De maneira ainda mais clara e determinante, por oportunidade do julgamento do caso *Tavares Pereira e Outros vs. Brasil*, a Corte IDH reconheceu a completa inconveniência do julgamento pela Justiça Militar de delitos praticados contra civis, os quais devem ser remetidos à justiça ordinária. Nesse julgamento, igualmente vinculante para todos os órgãos do sistema de justiça brasileiro, a competência da Justiça Militar deve se restringir ao julgamento de militares

<sup>56</sup> Corte IDH, *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219, §§ 256-257.

<sup>57</sup> Corte IDH, *Caso Herzog e Outros vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 15 de março de 2018, Série C, nº 353, §§ 247-248.

em serviço ativo em razão do cometimento de delitos que violem, por sua natureza, bens jurídicos próprios da ordem militar.

“[...] a Corte considera pertinente ordenar ao Estado que, em um prazo razoável, adeque seu ordenamento jurídico em relação à competência da Justiça Militar aos princípios estabelecidos na jurisprudência deste Tribunal e reiterados na presente Sentença (pars. 139 a 149 supra), de modo que a Justiça Militar no Brasil não tenha competência para conhecer e julgar nenhum delito cometido contra civis de tal forma que unicamente lhe corresponda julgar militares em serviço ativo pelo cometimento de delitos que violem, por sua própria natureza, bens jurídicos próprios da ordem militar. A referida adequação normativa deve garantir que a Polícia Militar não tenha competência para investigar delitos supostamente cometidos contra civis. O Tribunal reitera o que determinou no caso Favela Nova Brasília no sentido de que o Estado deverá adotar as medidas normativas necessárias para que, desde a *notitia criminis*, se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força policial envolvida no incidente, tais como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado ou acusados. O Estado deve adotar as medidas necessárias para que esse procedimento seja implementado dentro do prazo de um ano a partir do proferimento da presente Sentença, em conformidade com os padrões de investigação independente mencionados nos parágrafos 139 a 149 supra”.<sup>58</sup>

Verifica-se que a Corte IDH determinou, inclusive, que o Estado brasileiro adequasse, no prazo de um ano, a sua legislação interna aos parâmetros internacionais e à jurisprudência vinculante daquele corte internacional, de maneira que “a Justiça Militar no Brasil não tenha competência para conhecer e julgar nenhum delito cometido contra civis”.

## **10 OBRIGAÇÃO DE CUMPRIMENTO IMEDIATO DAS DECISÕES DA CORTE IDH, INDEPENDENTEMENTE DE MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS: CASO TAVARES PEREIRA E OUTROS VS. BRASIL**

O estabelecimento do prazo de um ano pela Corte IDH para que o Brasil adeque a sua legislação interna aos parâmetros internacionais e à jurisprudência vinculante do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, constitui um efeito natural e esperado da condenação internacional sofrida pelo Estado brasileiro, mas não impede que seja realizado o imediato controle de convencionalidade das normas nacionais pelos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário, de modo a restringir prontamente a competência da Justiça Militar quanto ao julgamento de crimes perpetrados contra civis.

As decisões sobre casos levados ao controle da Corte IDH não devem ter a sua eficácia prejudicada ou condicionada pela necessidade de atendimento a requisitos previstos na legislação

<sup>58</sup> Corte IDH, *Caso Tavares Pereira e Outros vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 16 de novembro de 2023, Série C, nº 507, § 209.



interna, a exemplo da prescrição ou da necessidade de criação de novas disposições normativas, sob pena de restar inviabilizado o controle de convencionalidade pelo órgão internacional a que o Brasil se encontra sujeito no sistema interamericano.

O Estado brasileiro aceitou, no livre e pleno exercício de sua soberania, a competência contenciosa da Corte IDH para todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH (Decreto Legislativo nº 89/98, promulgado pelo Decreto nº 4.463/2002) e, ao assim proceder, fechou as portas internas – repita-se, soberanamente e em prol da efetividade dos direitos humanos no Brasil – para que questões formais impeçam a aplicabilidade imediata de decisum internacional provindo da Corte IDH. Ademais, além de a negativa de aplicabilidade e o não cumprimento de uma decisão da Corte Interamericana violar os princípios mais comezinhos do direito internacional dos direitos humanos, reflete a lógica incongruente de que a participação do Estado na ordem internacional está condicionada às medidas ou disposições internas sobre o engajamento estatal, o que, por si só, é uma contraditio in terminis. Além de incongruente, essa lente que muitos Estados – e, infelizmente os seus próprios órgãos de controle – utilizam frequentemente não sobrevive ao exame internacional de convencionalidade e, no caso do Brasil, à própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que tem alocado os tratados de direitos humanos em nível superior ao das leis.

Ademais, lembre-se que, de acordo com o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, um Estado “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Assim, quando a Corte IDH realiza a interpretação da Convenção Americana e conclui que o Estado incidiu em seu descumprimento, com a conseguinte condenação do ente soberano a adotar as providências que o tratado impõe, o que está determinando é o atendimento do próprio tratado, é dizer, do comando convencional que determina o seu cumprimento. Portanto, se a própria Corte IDH, no curso da instrução e julgamento da causa, não reconhece nenhum elemento invocado pela defesa do Estado para impedir ou modificar as suas responsabilidades relativamente ao caso de violação detectado, certo é que o Estado, depois de sua condenação, não pode deixar de cumprir a decisão por qualquer outra questão formal (ou processual) impeditiva do cumprimento do decisum interamericano. Tal ainda é mais grave quando o descumprimento extrapola o âmbito do Poder Executivo – que representa maior resistência no cumprimento de decisões internacionais – e provém do próprio sistema de justiça.

Quando a Corte IDH fixa o estabelecimento de um prazo para que o Estado opere mudanças legislativas, isto não significa que os efeitos estruturantes da condenação internacional não tenham eficácia imediata. A necessidade de modificação da legislação interna por imposição convencional, em absolutamente nada se confunde ou condiciona a obrigação estatal de cumprir os comandos que provêm da fonte convencional.

A criação de novas disposições normativas internas significa apenas um novo desdobramento da condenação internacional por descumprimento a determinações convencionais, que não se confunde com os efeitos estruturantes imediatos da própria condenação internacional tradutora do conteúdo das convenções sobre direitos humanos.

Interpretação divergente permitiria que os comandos convencionais, veiculados por meio das condenações internacionais, que impliquem logicamente a realização de trabalhos legislativos internos, tenham a sua eficácia condicionada à vontade procrastinadora dos órgãos do próprio Estado internacionalmente condenado.

Nesse contexto, com respaldo nas Recomendações nº 123/2022 – CNJ e 96/2023 – CNMP, compete a todos os órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário brasileiro declararem incidentalmente, no âmbito de suas atuações institucionais, a inconvenção do art. 9º, inc. II, als. ‘b’, ‘c’ e ‘d’, e § 2º, do Código Penal Militar<sup>59</sup>, que define crimes militares e estende a competência da Justiça Militar sobre crimes praticados contra vítimas civis; ensejando, por conseguinte, a remessa da investigação e do julgamento desses casos, na linha da jurisprudência da Corte IDH, para a justiça ordinária, tendo em vista que as mencionadas normas de direito interno são violadoras dos preceitos convencionais estabelecidos nos arts. 1.1, 8.1 e 25.1 da CADH e nos arts. 2.3 e 14.1 do PIDCP, bem como se encontram em contrariedade com a jurisprudência vinculante da Corte IDH nos casos *Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”)* vs. *Brasil*, *Herzog e Outros vs. Brasil*, *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, *Honorato e Outros vs. Brasil* e *Tavares Pereira e Outros vs. Brasil*.

Dessa maneira, o controle de convencionalidade ensejador da restrição imediata da competência da Justiça Militar brasileira para a investigação e o julgamento de crimes praticados contra civis é uma realidade atual e urgente, que deve ser prontamente implementada por todos os órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário brasileiros, sob pena de conservação e condescendência institucional com um estado jurídico inconvenção e flagrantemente violador dos direitos humanos e fundamentais das vítimas da criminalidade.

---

<sup>59</sup> *Verbis*: “Consideram-se crimes militares, em tempo de paz [...] os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados [...] por militar da ativa, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva ou reformado ou contra civil [...] por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil [...] por militar, durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva ou reformado ou contra civil [...] Os crimes militares de que trata este artigo, incluídos os previstos na legislação penal, nos termos do inciso II do caput deste artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União [...]”.

## 11 CONCLUSÃO

A leitura das condenações internacionais em matéria penal proferidas pela Corte IDH contra o Brasil (*res judicata*) transmite a mensagem clara de que o sistema de justiça brasileiro tem histórica e reiteradamente se posicionado em desalinho com os propósitos convencionais de realização das obrigações positivas do Estado em matéria criminal, ante a situação persistente de desproteção dos direitos humanos e da dignidade das vítimas de crimes e seus familiares no processo penal.

A Corte IDH exerce papel determinante na uniformização da interpretação e da aplicação das convenções internacionais sobre direitos humanos em face dos órgãos de administração da justiça de todos os países do sistema regional interamericano. Dessa maneira, em razão da sua natureza obrigatória e estruturante, as decisões da referida corte internacional se tornam vinculantes quanto à matéria para os tribunais brasileiros; contexto que se desdobra e que se harmoniza com a formatação de legítimos *precedentes convencionais*, que devem ser observados por todos os órgãos do sistema de justiça criminal na interpretação e na aplicação das normas de processo penal.

Nesse contexto, a Corte IDH proferiu reiteradas condenações de natureza vinculante contra o Brasil, determinando a limitação da competência da Justiça Militar, haja vista a inconveniência da investigação e do julgamento por esse ramo da justiça de crimes violadores de direitos humanos e fundamentais praticados contra vítimas civis, com especial destaque para as condenações dos casos *Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Herzog e Outros vs. Brasil e Tavares Pereira e Outros vs. Brasil*.

Nesse mesmo sentido, de acordo com a sentença do caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, nos casos em que graves violação de direitos humanos e fundamentais ocorram em contexto de intervenção policial (inclusive, obviamente, aquelas promovidas por forças policiais militares) – com a característica de que, *prima facie*, policiais apareçam como possíveis acusados – a investigação deve ser obrigatoriamente realizada por órgão estatal independente e diferente da força de segurança envolvida no incidente.

Como consequência direta dessas condenações, com respaldo nas Recomendações nº 123/2022 – CNJ e 96/2023 – CNMP, compete a todos os órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário brasileiro declararem incidentalmente, no âmbito de suas atuações institucionais, a inconveniência do art. 9º, inc. II, als. ‘b’, ‘c’ e ‘d’, e § 2º, do Código Penal Militar, que define crimes militares e estende a competência da Justiça Militar sobre crimes praticados contra vítimas civis; ensejando, por conseguinte, a remessa da investigação e do julgamento desses casos, na linha da jurisprudência da Corte IDH, para a justiça ordinária.

Assim, as obrigações internacionais de direitos humanos assumidas pelo Brasil, bem como a sua interpretação pelos órgãos internacionais, em especial pela Corte IDH, impõem o controle difuso de convencionalidade de normas e interpretações que ampliem a competência da Justiça Militar para a investigação e o julgamento de casos que envolvam violações criminosas de direitos humanos e fundamentais praticadas contra vítimas civis.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. Cerceamento de acusação: notas sobre a formulação e superação da cultura antiacusatória. *Revista do Ministério Público Brasileiro*, ano 1, nº 1, jun. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Proteção objetiva dos direitos humanos e fundamentais e dignidade das vítimas da criminalidade: fundamentos das obrigações processuais penais positivas do Estado*. Dissertação (Mestrado em Direito). Cuiabá: Universidade Federal de Mato Grosso, 2020, 302p.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Con-*

*venção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 17 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. TANNER, Lauri R. Interview with Judge Antônio A. Cançado Trindade, Inter-American Court of Human Rights. In: *Human Rights Quarterly*, vol. 31, N. 4, pp. 985-1.005, nov. 2009.

# RECURSOS PROCRASTINATÓRIOS E MULTA POR VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO PROCESSO PENAL<sup>1</sup>

Douglas Fischer<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente texto analisa o conceito de justo processo, as obrigações processuais penais positivas e seu influxo no processo penal, a importância do comportamento das partes com boa-fé objetiva e a necessidade de imposição de penalidades pecuniárias nos casos em que se verificar abusos nos usos dos mecanismos recursais, quando manifestamente descabidos, porque não serem *inerentes e próprios* ao devido processo legal.

**Palavras-chave:** Justo processo penal. Obrigações processuais penais positivas. Recursos manifestamente descabidos. Violação da boa-fé objetiva. Imposição de penalidades pecuniárias.

**Introdução.** 1. O *justo processo*, a proteção de *todos os direitos fundamentais e convencionais* e as obrigações processuais penais positivas. 2. O devido (e justo) processo legal. 3. A boa-fé objetiva como condutora do comportamento das partes e o dever de cooperação para um processo justo em prazo razoável. 4. Como, em tese, coibir os excessos procrastinatórios *das partes* de maneira *mais* efetiva? 5. Algumas hipóteses manifestamente descabidas de recursos sucessivos. **Conclusões.**

## INTRODUÇÃO

Não temos dúvidas em inaugurar as presentes considerações que muitas críticas virão ao que aqui posto, muitas inclusive irrefletidas com genéricas afirmações de que se trata de “mais um absurdo” com a tentativa de, indiretamente, atingir preceitos constitucionais relacionados com a ampla defesa e o direito a recursos. Mas é preciso pelo menos *pensar* a realidade em que vivemos do processo penal brasileiro, inclusive com aportes do entendimento da Corte IDH. Queremos fazer um corte bem claro na discussão: estamos tratando da interposição de recursos, *sem sombra de dúvidas*, manifestamente *incabíveis e/ou procrastinatórios*, notadamente em sede extraordinária (é dizer: *não estamos aqui tratando hipóteses de recursos interpostos em instâncias ordinárias e/ou competência originária, salvo situações de fato teratológicas*).

## 1 O JUSTO PROCESSO, A PROTEÇÃO DE TODOS OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONVENCIONAIS E AS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAS POSITIVAS

Repristinando muitas de nossas considerações acerca desse tema (com a devida licença do leitor), há se lembrar que Canaris sempre alertou não haver exclusivamente uma proibição

<sup>1</sup> O presente texto foi publicado originalmente na obra “Os 35 anos do Superior Tribunal de Justiça – Volume III – Direito Penal”. 2024, Editora Troth.

<sup>2</sup> Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS; Procurador Regional da República na 4ª Região; Lattes.cnpq.br/5240252425788419; www.temasjuridicospdf.com

de excesso (*übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Enquanto a Proibição de Excesso (*übermaßverbot*) depende da aferição de estar sendo restringido excessivamente um direito fundamental (especialmente os de *primeira geração*), a Proibição de Proteção Deficiente (*untermaßverbot*) depende de se apurar quando direitos fundamentais – em face de condutas (inclusive criminais) que os atinjam – não estão sendo suficientemente protegidos, ou ainda quando se está afastando indevidamente o cumprimento dos deveres fundamentais.

De igual modo, é dever do conjunto de Poderes vinculados à existência de um Estado Social e Democrático de Direito a adoção de todos os meios que, sem desproteger direitos fundamentais de *primeira geração* (*garantismo negativo*), maximizem a proteção dos demais direitos e deveres *impostos* constitucionalmente como essenciais. Há um, por assim dizer, equilíbrio da balança do sistema por intermédio do denominado *garantismo positivo* (várias e várias decisões do STF já enfrentaram esse tema explicitamente). É fundamental compreender que o conteúdo objetivo dos direitos fundamentais permitiu também a elaboração dos deveres de proteção, justificando a obrigação de o Estado assegurar a proteção de bens jurídicos por meio de medidas legislativas e operacionais, portanto, exigindo uma ação positiva estatal<sup>3</sup>.

Portanto, pode-se dizer que há uma *exigência/imposição de um modelo de processo penal justo*, afinado e orientado pelos princípios e valores incidentes na equação da dinâmica processual. Para além dos ordenamentos internos, as convenções e demais fontes supranacionais que tratam sobre direitos humanos e jurisdição penal precisam ser trazidas para a devida compreensão do que seja um processo justo na sua integralidade.

Diante de tais premissas, há se ver que as fontes normativas internacionais provenientes do sistema de tutela dos direitos humanos – *o que inclui os aportes jurisprudenciais da Corte Interamericana para o caso do Brasil* – devem ser utilizadas como cânones interpretativos do direito pátrio, gerando *uma obrigação* aos juízes domésticos de aplicar o ordenamento jurídico interno de maneira conforme *também* o direito supranacional, valorizando, assim, exegese normativa que preserve o Estado dos riscos de uma responsabilização internacional por descumprimento de obrigações daí decorrentes.

São inúmeros os precedentes das cortes supranacionais afirmando existir uma obrigação de as autoridades públicas responsáveis pela investigação e/ou persecução penal conduzirem procedimentos *adequados, completos e eficazes*, na tentativa de responsabilização dos autores dos delitos (*obrigação “de meio”*). Em síntese, sempre estiveram em voga perante as cortes

---

<sup>3</sup> FISCHER, Douglas, PEREIRA, Frederico Valdez. *As Obrigações Processuais. As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 4 ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024, p. 39.

supranacionais (o que pouco se divulga por terras brasileiras) também a proteção dos interesses das vítimas, seus parentes ou coletividade em geral. Na verdade, e sendo até intuitivo, isso não poderia nem deveria causar maiores surpresas ou indagações, pois os direitos fundamentais a serem observados não estão, exclusivamente, na esfera daqueles acusados da prática de infrações que atinjam interesses dos demais em sociedade (*embora sejam encontrados posicionamentos “autodenominados garantistas” de que “o Direito Penal nada deve às vítimas”*).

Deixamos assinalado em nossa obra já referida que, *“partindo da noção dos direitos fundamentais como objeto indispensável de proteção criminal (pela perspectiva integral dos direitos fundamentais), tais obrigações processuais são extraídas não apenas de disposições específicas, relativas à proteção dos direitos à vida, integridade física e psíquica, liberdade individual, vida privada e familiar, mas também de cláusula genérica que exige dos países o respeito dos direitos de todos aqueles que estejam sob a jurisdição do Estado. São reconhecidas, assim, obrigações reais e positivas dos Estados membros, que consistem no dever de seus órgãos internos assegurar a salvaguarda desses direitos, prevenindo a violação e esclarecendo judicialmente o cometimento de fatos ilícitos, como forma de efetuar sua repressão, não apenas formal e simbólica, mas adequada e concreta”*<sup>4</sup>.

É igualmente essencial realçar ainda que ambas as Convenções (Americana e Europeia de Direitos Humanos) possuem regras que impõem aos Estados signatários obrigações de respeitar e fazer valer os direitos e liberdades. São obrigações de dupla vinculação: negativas, vedando aos Estados a violação de Direitos Humanos; positivas, pois exigem dos estados-partes a adoção de medidas necessárias para tutelar esses direitos, impedindo a violação deles por terceiros e reprimindo eficazmente eventuais lesões a esses valores fundamentais da vida em sociedade.

De fato, as cláusulas convencionais protetivas dos direitos fundamentais *exigem*, dos sistemas jurídicos domésticos, a condução de investigações aprofundadas, céleres e diligentes, tendo como finalidade a tentativa de esclarecer os fatos e, se for o caso de haver elementos para tanto, punir os responsáveis ao final do processo (identificando-se nítida hipótese de prevenção geral). Portanto, fica muito claro que os deveres processuais positivos decorrem diretamente, como implicações imediatas, dos direitos humanos protegidos também nas convenções.

Embora não conste das Convenções Europeia e Americana sobre Direitos Humanos referência *expressa* às vítimas dos delitos, encontram-se de forma contínua e progressiva tanto no Tribunal de Estrasburgo como no de San José a preocupações com a tutela dos sujeitos ofendidos por atos ilícitos. Em particular, o reconhecimento das obrigações processuais penais

---

<sup>4</sup> FISCHER, Douglas, PEREIRA, Frederico Valdez. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024, p. 97.



positivas relacionadas à proteção das vítimas é cada vez mais frequente nas sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>5</sup>.

Não podemos esquecer que, no paradigmático caso Velásquez Rodriguez (de 1988, pouco antes da promulgação da atual Constituição Federal), estabeleceu-se um marco referencial importante no desenvolvimento internacional da ideia de que os Estados Partes têm obrigações positivas na tarefa de proteção dos direitos humanos, e que essas obrigações abrangem também o dever de prevenir, investigar e sancionar – com eficiência e eficácia – as violações dos direitos fundamentais albergados nas Convenções. Nesse julgado, a Corte IDH claramente rejeitou a concepção clássica de que os direitos fundamentais somente impulsionam obrigações negativas aos poderes estatais, atestando a importância da justiça penal na efetiva proteção de direitos fundamentais.

Refira-se ainda que, em ambas as Cortes supranacionais, são encontrados julgados com *expressa* afirmação da existência de um dever de o Estado investigar e processar os responsáveis por violações de direitos humanos *em tempo mais célere possível*. É a *única* forma de evitar a impunidade, e tentar refrear a reiteração de condutas lesivas (prevenção geral positiva)<sup>6</sup> e o desamparo das vítimas e seus familiares.

Assim, o processo penal deve ser concebido sempre como um instrumento de garantia dos imputados e de busca da realização das consequências previstas na lei penal (daí a expressão *integral* que utilizamos), mais objetivamente naquilo que se denomina de *acertamento dos fatos*.

Assim, em apertada síntese, as obrigações processuais penais positivas são deveres impostos aos Estados-Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a buscar o acertamento dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais responsáveis em tempo aceitável, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos que estipulam a salvaguarda dos direitos fundamentais envolvidos nas práticas ilícitas<sup>7</sup>.

## 2 O DEVIDO (E JUSTO) PROCESSO LEGAL

Novamente vamos reproduzir aqui partes do que já sustentamos noutros textos divididos com a comunidade jurídica.

<sup>5</sup> FISCHER, Douglas, PEREIRA, Frederico Valdez. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 4 ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024, p. 107.

<sup>6</sup> Sempre importante lembrar que o combate à corrupção e a redução da impunidade relacionada a tais delitos não apenas consta expressamente da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, como também vem sendo reforçada ano a ano pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme se percebe pela Resolução 1 de 2017 da CIDH; e pela Resolução 1 de 2018 da CIDH, ambas reafirmando a importância de investigar e sancionar a corrupção, evitando a impunidade e a proteção dos direitos humanos violados por tais práticas delitivas.

<sup>7</sup> FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 4 ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024, p. 123.

O art. 5º, LIV, CF (que trata dos *direitos e deveres individuais e coletivos*), dispõe que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Resta árduo e complexo fazer uma definição (sobretudo concisa) do que se possa compreender como *devido (e justo) processo legal*.

O devido processo perpassa inicialmente pela existência de regras infraconstitucionais que reflitam os preceitos maiores da Constituição e das imposições convencionais. Precisam ser verdadeiro espelho detalhado do que constante nas regras de maior envergadura e interpretações das Cortes. Depois de fixada essa premissa e materializado o sistema infraconstitucional, que rege – no que nos interessa – o processo penal, as regras deverão ser seguidas pelos aplicadores do direito e também pelas partes envolvidas.

Pode-se perguntar então o que significa aplicar uma lei de *forma justa*: “*A resposta de Aristóteles a essa questão está em praticar a equidade. A equidade é a justiça não segundo a lei, mas sim como um corretivo da justiça legal. É que sendo a lei uma disposição genérica e abstrata, sua aplicação sem a consideração dos elementos específicos do caso concreto levaria a uma aplicação rígida, porém, injusta. Uma aplicação flexível da lei consiste em proceder à subsunção do fato à lei, e depois dos fundamentos dessa lei ao fato, de modo a se conseguir a tão desejada proporcionalidade, característica da justiça. Uma forma de se chegar ao meio-termo, à realização da prudência, da sabedoria prática, do discernimento [...]”<sup>8</sup>.*

A proporcionalidade que se fala é exatamente o fiel condutor da observância desse princípio: nem com excessos, nem com insuficiências<sup>9</sup>, resolvendo a situação das *partes* sempre de acordo com o caso concreto e mediante as premissas antes referidas.

O *processo é uma atividade ordenada* no sentido de chegar ao ato judicial final que é a sentença. Está moldado segundo determinados ritos, nem se compadece com atos inúteis ou desnecessários (economia processual), nem solertes ou insinceros (deslealdade). Cabe ao juiz prover a *regularidade* do processo. Ele o faz com dupla ação: positiva, ao determinar o que há de ser feito (veremos a seguir); negativa, ao desfazer os equívocos eventualmente realizados.

Estamos cada vez mais convictos de que o juiz não deve ser um espectador da vontade das partes (porém não pode substituí-las, especialmente a acusação, no processo penal). Mas sendo ele o responsável pela condução do processo, deve zelar para evitar o desvirtuamento de con-

<sup>8</sup> NASSIF, Elaine Noronha. *A phrónesis Aristotélica, a Equidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 1, n. 3, abr./jun.2002, p. 36-7.

<sup>9</sup> FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral e o Princípio da Proporcionalidade*. Boletim dos Procuradores da República (Impresso), v. 82, p. 10-13, 2010. Nesse texto deixamos bem claro que o garantismo não se utiliza jamais das regras de proporcionalidade, mas, pelo prisma de outros vetores e princípios, chega a conclusões bastante similares ao que pretendido pela proporcionalidade.

dutas processuais e atuar para que sejam aplicados, *correta e integralmente*, os princípios que regulam as ações das partes. Nesse diapasão, destacamos para o *contempt of court* do direito norte-americano, instituto que pode ser definido como “*qualquer ato ou omissão que tenda a dificultar a administração da justiça pelo juízo ou que diminua sua autoridade ou dignidade*”. “*No sistema processual norte-americano, dois requisitos básicos do processo judicial – o poder de preservar a ordem no processo e no desenvolvimento de seus atos e o poder de garantir imperatividade a suas ordens – são atendidos pelo contempt of court, sendo, por esse motivo, possível compreender a afirmação de que juízo sem o poder de aplicar o princípio de que se trata não é um juízo*”<sup>10</sup>. Mas não ficaremos nesse instituto, típico de um modelo que não é tão identificado com o nosso. É apenas um exemplo, pois a fundamentação essencial decorrerá das normas e princípios que ordenam nossas condutas.

### **3 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO CONDUTORA DO COMPORTAMENTO DAS PARTES E O DEVER DE COOPERAÇÃO PARA UM PROCESSO JUSTO EM PRAZO RAZOÁVEL**

Já dissemos inúmeras vezes, notadamente em nossos Comentários ao CPP e sua Jurisprudência<sup>11</sup>, que o comportamento das *partes (no plural)* deve-se pautar pela boa-fé objetiva<sup>12</sup>. Aliás, desnecessário haver “previsão legal” de referido modo de agir, pois é princípio reitor minimamente exigível de *qualquer das partes* no processo penal, bem assim que atuem em *cooperação*, para que seja proferida uma decisão *justa*, em prazo razoável. Trata-se de premissa para o acesso à justiça.

E é preciso atentar que “*num procedimento processual penal (investigativo ou já ação penal), a defesa não tem qualquer dever de cooperar quanto ao objeto da discussão. Ou seja, não tem dever de cooperar e produzir provas contra o interesse do réu ou investigado. Há se manter intangível o princípio “nemo tenetur se detegere”, na medida em que o ônus da prova acerca da autoria e materialidade é da acusação. A cooperação no processo não importará jamais produção de provas contra os interesses da defesa, mas não adotar procedimentos irritos com a finalidade de atrapalhar a busca das provas essenciais ao processo. Significa, apenas, que as partes deverão agir de modo a não comprometer o regular andamento do processo, já que o “fim da colaboração está em servir de elemento para organização de um*

<sup>10</sup> FISCHER, Douglas. *O princípio da ampla defesa e as condutas com intuito meramente protelatório no procedimento processual penal*. Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 761, p. 509-512, 1999.

<sup>11</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2024.

<sup>12</sup> Registramos que as considerações ora traçadas são exclusivamente nossa posição, sem ainda discussões na obra retromencionada em coautoria de forma mais aprofundada.

*processo justo idôneo a alcançar uma decisão de mérito justa e efetiva” (Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 101), inclusive em âmbito processual penal. Ou, como dizem ainda os mesmos autores, o “Estado Constitucional é um Estado marcado pelo seu dever de dar tutela aos direitos, com o que deve promover os fins ligados à pessoa humana e não antepor barreiras para o seu adequado desenvolvimento” (op. cit., p. 101). **A equação é simples: por meio desse standart de comportamento, estimula-se e impõe-se que as partes adotem condutas compatíveis (e não írritas) para o desenvolvimento efetivo de seus papéis, inclusive na produção probatória. Sem excessos, nem deficiências. Sem abusos, muito menos prejuízos, compreendendo-se que o processo é instrumento para a efetiva realização do direito material, que se constitui naquilo que foi possível reconstruir e de forma célere no âmbito do processo, sobre o que se debruçará o juiz para decidir à luz do sistema vigente”** <sup>13</sup>.*

Em outra oportunidade alertamos que *“não só como imperativo moral essencial que decorre de um devido processo legal que se desenvolve num Estado Social e Democrático de Direito, como porque também há dispositivo expresso da legislação (art. 14, II, CPC – Compete às partes e aos seus procuradores: [...] proceder com lealdade e boa-fé) que se revela aplicável in totum ao processo penal (art. 3º, CPP)”*, bem assim defendemos que, por intermédio desse princípio, *“se procura afastar a eventual torpeza das partes na condução de seus comportamentos írritos no processo penal. Noutras palavras, quer-se impedir que a parte que age com o fim premeditado de gerar a nulidade venha, no futuro, querer dela se beneficiar. Em síntese, o Juiz não pode aceitar e chancelar atos abusivamente praticados sob o suposto pálio da ampla defesa, quando, em verdade, de forma até camaleônica, estariam sendo desvirtuados os fins das normas e dos procedimentos criados para outra finalidade”*<sup>14</sup>.

A boa-fé objetiva é condutora da retidão do comportamento das partes, muito além das próprias nulidades, evitando comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*).

Não estamos defendendo aqui uma *teoria geral do processo* (como alguns criticam – ou invocam apenas quando convém), mas sim a existência de certos preceitos que, bem compreendidos e compatibilizados, devem servir também para a condução do processo penal, com a observação – sempre importante – de que os valores tratados no âmbito processual penal sim diversos do processo civil. A ausência de boa-fé objetiva das partes frustra a própria cláusula

<sup>13</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2024, p. 1534.

<sup>14</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2024, p. 1533-1534.

de proteção judicial, materializada na ideia de inafastabilidade da jurisdição. Não é tema de processo, pois, mas tema de construção do próprio Direito.

Não há dúvidas de que é preciso separar os ramos do direito processual, sem esquecer que eles se refletem mutuamente. Exatamente por isso não podemos negar a interligação de alguns preceitos, *sobretudo aqueles que pautem as condutas dos atores do processo, levando-se em consideração ainda a publicização das regras*. Nunca é demais destacar que, por exemplo, a boa-fé objetiva já é reconhecida essencial desde os primórdios também no processo penal, *decorrente* do comando do art. 565 do CPP.

Com bom tempo decorrido, mas iluminado pelo verdadeiro devido processo segundo preconizado pela Constituição da República (*e ora reforçado por princípios estampados no Novo Código de Processo Civil, que irradia efeitos sobre o sistema como um todo*), as partes devem se preocupar em fazer o “fair play”, o jogo limpo do processo penal, *evitando-se, porém, atos que sejam absolutamente desnecessários para o exercício de suas funções e dos fins almejados pelo processo*. Não há um “direito a fazer qualquer coisa”, muito menos para “procrastinar” o processo. E vamos deixar registrado várias vezes: essa base principiológica de comportamento vale para as *partes*, desde o início até o final do processo. Estamos tratando nesse texto *exclusivamente* do tema relacionado a recursos que se caracterizem como manifestamente descabidos ou procrastinatórios.

Embora em capítulo que trata da “Administração Pública” (até porque – mas não só – integrantes do Título III da Constituição, que disciplina a “Organização do Estado”), a eficiência referida no art. 37, CF/88 (dentre outros princípios) é um norte de comportamento que se aplica a todos os Poderes e órgãos que integram as chamadas funções essenciais à Justiça. É dizer: o Estado-Juiz deve atuar mediante a integral observância da legalidade/constitucionalidade, mas nunca perdendo os olhos dos parâmetros do justo e da eficiência.

No que se refere ao dever de cooperação das partes e duração razoável do processo, importante reiterar que as partes (notadamente a defesa) não têm qualquer dever de cooperar entre si quanto ao objeto da discussão posta no processo. Pela natureza da regulação (há processo), suas posições são naturalmente antagônicas. Quando o art. 6º, CPC, dispõe que “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*” significa, em nossa compreensão (aplicável igualmente ao processo penal), que: no que se refere à acusação e defesa, ao tempo que os comportamentos deverão ser pautados de forma a defender seus pontos de vista (o que parece óbvio), deverão agir de modo a não comprometer o regular andamento do processo, já que o “*fim da colaboração está em servir de elemento para organização de um processo justo idôneo a alcançar uma decisão de mérito*”

*justa e efetiva*<sup>15</sup>; quanto ao juiz, deverá ele pautar sua conduta pela isonomia, sem que isso comprometa e interfira no conteúdo da decisão que virá a proferir, momento no qual necessariamente irá gerar uma assimetria em face do resultado pretendido pela acusação e pela defesa.

Noutras palavras, verifica-se uma conexão bastante grande com a boa-fé e a probidade que devem guiar os seus comportamentos. Como destaca Paulo Cezar Pinheiro Carneiro<sup>16</sup>, a cooperação “*pressupõe uma harmoniosa sintonia nesta prática de atos processuais, os quais devem ser realizados sempre sob o signo da boa-fé*”, pois “*a finalidade da jurisdição é a realização da justiça rápida e eficaz*”.

Há se ter em conta, ainda, que o “*Estado Constitucional é um Estado marcado pelo seu dever de dar tutela aos direitos, com o que deve promover os fins ligados à pessoa humana e não antepor barreiras para o seu adequado desenvolvimento*”<sup>17</sup>.

Como princípio, a duração razoável do processo (que não supõe imediatismos, deixa-se claro) decorre da determinação inserta no inciso LXXVIII do art. 5º da CF.

Evidente que temos que atentar para a previsão (importantíssima) do art. 5º, LV, da CF, que dispõe: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Eis aqui o ponto: os recursos devem ser cabíveis e “inerentes” ao “justo processo”.

Exatamente por isso é que a leitura desse dispositivo relevante não pode ser realizada de forma isolada e não sistemática, na medida em que há outros princípios constitucionais em voga, inclusive da própria celeridade/eficiência (art. 37, CF/88), aplicável totalmente em questões jurisdicionais penais. Aliás, a garantia da *duração razoável* do processo não é apenas da parte interessada/demandada, mas quando se trata de *processo penal* envolve interesses da própria coletividade e, na mesma medida, da própria vítima e/ou seus familiares (é o quarto requisito considerado pela Corte IDH para a aferição da razoabilidade, conforme se verá).

Sobre duração razoável do processo e exigência de controle de atos procrastinatórios, nunca é demais trazer uma vez mais à balha relevantíssima decisão tomada pela Corte IDH no Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, que traduz a importância de bem compreender as chamadas obrigações processuais penais positivas e o tema da interposição de recursos manifestamente descabidos ou improcedentes.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 101.

<sup>16</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários ao Novo código de Processo Civil*. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 101.

Um lembrete: embora a condenação tenha sido a outro Estado, a Guatemala, compreendemos que ela é vinculativa – como *precedente* – a todos os signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sob a jurisdição da Corte IDH.

Como sustentamos em companhia de Frederico Valdez Pereira<sup>18</sup>, no referido caso os integrantes Corte de San José constataram, na mesma linha da Comissão IDH, que **os sucessivos (e indiscutivelmente indevidos) recursos (mesmo que previstos na lei interna)** contra decisões proferidas no procedimento penal interno permitiram a paralisação do processo penal por alguns anos (*pouco mais de três anos do que seria normalmente o curso processual*), contrariando a exigência de duração razoável do processo, e menosprezando o direito à tutela judicial efetiva, com clara afronta aos direitos das vítimas e de seus familiares de obter uma resposta jurisdicional em tempo racionalmente aceitável, bem como frustrando a proteção judicial dos direitos humanos, que somente se alcança com a finalização do processo, isto é, com o esclarecimento definitivo dos fatos e a sanção dos responsáveis.

Na sua análise, a Corte de Direitos Humanos destacou que os recursos apresentados, *de manifesta improcedência (procrastinatórios)*, geraram uma “paralisação ilegítima” do processo, afrontando a cláusula do (verdadeiro) devido e justo processo no que se refere à celeridade e eficiência na realização do direito.

Que fique muito claro uma vez mais que tais constatações e ponderações não têm a finalidade de restringir indevidamente direitos fundamentais de primeira geração correlacionados com os recursos defensivos (jamais defenderíamos isso), mas a utilização manifestamente indevida, caracterizando-se não o exercício da ampla defesa, mas verdadeiro abuso dos instrumentos processuais postos para a salvaguarda dos reais direitos fundamentais. Somos defensores intransigentes de que os recursos e os habeas corpus são meios de proteção sim em prol dos investigados/processados, mas não quando utilizados com manifesta e indiscutível violação das regras e do entendimento acerca de seus cabimentos.

Para que fique registrado de forma clara, está expresso no julgado da Corte IDH retromencionado que “*en el presente caso los procesados han interpuesto al menos doce recursos de amparo, tal como se estableció en el capítulo de hechos probados, todos los cuales fueron declarados improcedentes por las autoridades judiciales respectivas. Asimismo, la Corte observa, tal como lo señalaron la Comisión y los representantes de los familiares de la víctima, que éstas acciones de amparo paralizaron el proceso por más de tres años*” (§ 204 da sentença). A seguir, a Corte chamou a atenção que no “*proceso penal referido, la interposición frecuente de*

---

<sup>18</sup> FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 4 ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024, p. 143 e ss.

*ese recurso, aunque permisible por la ley, ha sido tolerada por las autoridades judiciales. Este Tribunal considera que el juez interno, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo, de modo a que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que pueden tener efectos dilatorios” (§ 207).*

Vamos repetir: os recursos estavam previstos na legislação guatemalteca, mas foram utilizados de forma indiscutivelmente indevida para *unicamente* gerar uma demora na solução final do processo, na medida em que não tinham qualquer plausibilidade jurídica real senão meramente “formal” (“recorrer por recorrer”). Assim, disse a Corte, é dever (obrigação positiva) do Estado-juíz impedir o processamento desses recursos descabidos.

De forma incisiva assentaram que a *“manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función NO se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables”* (§ 209).

Então, dizemos nós, o problema não é o meio posto para o exercício da ampla defesa, mas o abuso ou desvirtuamento do uso desse meio, pois – e isso é de suma relevância – o Poder Judiciário deve ser preocupar em assegurar igualmente o direito da vítima em saber a verdade e se responsabilizar os eventuais autores num prazo razoável. Repitamos: não há direito a “procrastinar” a solução do processo mediante recursos indiscutivelmente descabidos só porque “estão previstos em lei”.

E, no mesmo julgado, complementou a Corte IDH no parágrafo seguinte que o *“derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”*.

Exatamente por isso é que, *limitando os abusos recursais e aquelas hipóteses manifestamente descabidas*, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm reconhecendo que recursos abusivos não se coadunam com a *efetiva e verdadeira* ampla defesa, determinando a certificação do trânsito em julgado (*vide Emb. Decl. no Segundo Ag. Rg. no Rec. Extraordinário com Agravo n. 790.978, STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.5.2016, publicado no DJ em 21.6.2016; e Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.081.540-MG, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 15.8.2017, publicado no DJ em 25.8.2017*). Mesmo assim, esses reconhecimentos não têm sido suficientes para impedir a utilização diária e reiterada de recursos manifestamente descabíveis, gerando apenas e unicamente mais demora na solução final



dos processos e responsabilização (quando for o caso) de quem já se utilizou das vias ordinárias para tanto, notadamente no que se refere aos elementos probatórios.

Evidente que não estamos tentando “contornar” decisão da Suprema Corte brasileira, que reconhece a impossibilidade de execução das penas enquanto não exauridas todas as instâncias recursais. Ao contrário, queremos é um reforço sistemático para que, nos casos manifestamente descabidos, não se façam “dilações indevidas” mediante a interposição de recursos procrastinatórios com a única finalidade de gerar demora na solução final do processo. E vamos também deixar já registrado: a limitação recursal nesses casos jamais poderá impedir o uso do *habeas corpus* para corrigir situações que sejam efetivamente violadora dos direitos dos investigados e/ou processados.

#### **4 COMO, EM TESE, COIBIR OS EXCESSOS PROCRASTINATÓRIOS DAS PARTES DE MANEIRA MAIS EFETIVA?**

A questão que iremos agora abordar é: diante de todas as premissas até aqui fixadas, são *suficientes* essas “certificações imediatas” de *trânsito em julgado*, após a interposição de inúmeros recursos que são (desde a origem) sabidos com conteúdo protelatório, intempestivos ou manifestamente incabíveis ou improcedentes ?

Em situações *sempre excepcionais, nas quais não existam dúvidas de que o meio exercido é totalmente desvirtuado e descabido* para a proteção das garantias constitucionais, não poderia o Poder Judiciário impor *também* uma penalidade de multa por violação de todos esses princípios reitores do que se queria para um *devido processo penal justo* ?

Não vemos nenhuma vedação legal para tanto, mesmo que inexistente previsão expressa no Código de Processo Penal. E a natureza dessa imposição é claramente sancionatória pelo uso de forma desvirtuada do recurso previsto abstratamente em lei .

Pelo contrário, é dever do juiz atuar nesses casos – já o disse a Corte IDH – para evitar o desvirtuamento dos meios postos em lei mediante condutas que, indiscutivelmente, não são possíveis.

Na linha do que compreendemos (e é também a posição da Corte IDH e do próprio STF), o abuso do direito recursal não encontra guarida nos preceitos constitucionais e convencionais, inclusive da ampla defesa. O que é abusivo está fora do direito, não sendo “inerente” ao verdadeiro exercício das garantias constitucionais. Veja-se que a execução de pena somente pode ser feita após o esgotamento dos recursos *cabíveis*, na linha do que decidiu o STF. Mas esse reconhecimento do STF a partir da interpretação conferida ao *Princípio da Inocência ou da Não Culpabilidade* não confere às partes uma *carta branca* para a interposição de recursos que sejam, evidentemente, descabidos e/ou procrastinatórios.

Se o processo *justo* pressupõe a consideração de *todos os direitos* postos a serem solucionados na demanda processual penal, é sim dever do juiz agir para impedir o desvirtuamento dessas regras que regulam principiologicamente os recursos, bem assim impor penalidades para quem, dolosamente, sabedor que seus atos procedimentais são descabidos, utiliza meios de forma desvirtuada para deturpar o verdadeiro *justo processo*.

Atenção: não significa que o juiz possa simplesmente “indeferir” os recursos por “achar” indevido. Mas sim atuar em casos sabidos e visíveis que a pretensão recursal de natureza especialmente extraordinária não tem outro fim senão a mera procrastinação final do processo, impedindo a concretização dos fins almejados.

Abordaremos algumas hipóteses mais adiante, mas já adiantamos uma das mais ocorrentes: a interposição de recursos especial e/ou extraordinário em que se sustenta que as provas não são suficientes para eventual condenação. É absolutamente pacífico e correta a posição de não caber os recursos nesses casos. Mas são interpostos. Cotidianamente. O indeferimento do processamento (como deve ser) gera novo recurso, o agravo, cujo processamento é automático desde que tempestivo. A decisão em nível superior, normalmente em sede monocrática, será pelo indeferimento do processamento. Aí o agravo regimental, a ser decidido na composição do órgão colegiado. Dessa decisão, não raros são interpostos embargos declaratórios seguidos de outros embargos declaratórios. Decidida a questão, interposição de recurso extraordinário. Indeferido, novos recursos. E assim por diante, para, ao final de vários processamentos sabidamente improcedentes, a demora na prestação jurisdicional final. E só então uma determinação de certificação do trânsito em julgado, mesmo que formalmente ainda caibam recursos.

Certamente algumas (ou muitas vezes) bradarão: tal ideia é absurdamente *cerceadora do direito defesa*, uma ameaça às garantias individuais postas na Constituição !

Diremos nós uma vez mais: a par de ser essa uma retórica muito enfática que vemos no dia a dia (cabível para qualquer hipótese em que se discorda das decisões exaradas), vamos reiterar: o que se sabe de antemão que é abusivo e procrastinatório não está amparado por lei alguma, nem pela Constituição da República, nem pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não havendo qualquer espaço para amparar a pretensão recursal na garantia constitucional da presunção de inocência.

Evidentemente que a grande maioria dos réus não possuem condições de aferir o cabimento dos recursos, mas seus representantes legais estão habilitados para tanto.

Um equívoco eventual na interposição de um recurso manifestamente intempestivo e/ou incabível é perfeitamente aferível a partir do comportamento das partes. Mas a insistência de interposições subsequentes para processar o que se sabe que não tem nenhuma chance de acolhimento é sim passível de ser coibida. E deve ser punida, ônus a quem tem o conhecimento técnico e mesmo assim insiste no procedimento abusivo.

Utilizar de recursos manifestamente descabidos com intuito exclusivamente protelatório não é “agir conforme as regras do jogo”, mas sim desvirtuamento do real e verdadeiro *justo processo*.

Encontramos julgados assentando a impossibilidade da imposição de “pena de multa”, v.g.:

SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO INFUNDADO. NÍTIDO CARÁTER PROTELATÓRIO. DESVIRTUAMENTO DO CÂNONE DA AMPLA DEFESA. ABUSO DE DIREITO. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. DETERMINAÇÃO DE BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM.

1. *A recorribilidade vazia, infundada, tão somente com nítido intuito protelatório, configura abuso do direito de recorrer e não é admissível em nosso ordenamento jurídico, notadamente em respeito aos postulados da lealdade e boa-fé processual, além de configurar desvirtuamento do próprio cânone da ampla defesa.*

2. *Não obstante na esfera penal não ser viável a fixação de multa por litigância de má-fé, é cabível a baixa dos autos à origem, independentemente da publicação do acórdão recorrido e da certificação do trânsito em julgado.*

3. Embargos de declaração não conhecidos, com a determinação de imediata baixa dos autos à origem, independentemente da publicação deste acórdão e da eventual interposição de outro recurso, devendo a Coordenadoria de Recursos Extraordinários certificar o trânsito em julgado. *(EDcl nos EDcl no AgRg no RE no AgRg no Recurso Especial n. 1.538.647 – PR, Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, STJ, Corte Especial, publicado em 14.2.2019)*

Em nossa compreensão, vamos repetir, é possível a utilização da penalização pecuniária quando se estiver diante de procrastinação manifesta. Evidente que essa penalidade deverá ser imposta ao final, quando caracterizado o *abuso recursal*.

Não se olvide que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já reconheceu como válida essa opção. Não foi uma decisão monocrática, mas decisão do órgão colegiado máximo do Poder Judiciário Brasileiro (*embora importante registrar nosso dissídio quanto a inúmeras questões relacionadas ao processo penal em si do caso, que não cabe espaço ora debater – a discussão será exclusivamente sobre a questão, em tese, da imposição de multa pecuniária pelo uso procrastinatório de recursos indiscutivelmente descabidos*).

Iniciaremos tratando a discussão com relação às medidas cautelares de forma geral.

Como sempre destacamos, especialmente em nossos Comentários ao CPP e sua jurisprudência<sup>19</sup>, criadas pela Lei nº 12.403/2011, as medidas cautelares diversas da prisão foram um grande avanço diante do sistema “binário” que vigorava a respeito de prisões/liberdades: prisão preventiva (a exceção) ou a liberdade (*com ou sem fiança, embora não houvesse mais sentido técnico na diferenciação depois de o STF assentar não caber mais prisão se não houvesse os requisitos da preventiva*).

<sup>19</sup> PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. Comentários ao CPP e sua jurisprudência. 2024. 16ª ed. Salvador/Juspodivm.

O tema que sempre causou muita discussão na seara doutrinária e jurisprudencial é se as medidas cautelares ali previstas seriam taxativas, inviabilizando ao julgador determinar outras medidas, desde que compatíveis com o fim buscado.

As resistências sempre foram muitas, embora particularmente sempre tenhamos também defendido que, *excepcionalmente*, poderia *qualquer juiz* aplicar uma medida cautelar diversa, desde que necessária e proporcional ao fim, ocorrendo ao sistema jurídico como um todo.

Reafirmamos que, em hipótese alguma, analisaremos no presente caso a situação que subjaz o julgado do STF ao que ora proposto, até porque, frisamos com todas as vênias, temos sérias divergências sobre vários outros atos processuais que, em tese, violam um “modelo acusatório”, *com todas as vênias*.

Relevante também apontar que o entendimento atual é no sentido de que o descumprimento de medidas cautelares impostas (isolada ou cumulativamente) é hipótese passível de conversão em prisão preventiva, conforme expressa disposição do art. 282, § 4º, CPP.

No dia 5.4.2022, foi publicada a decisão do Plenário do STF no Referendo *na Ação Penal nº 1.044-DF*, com a seguinte síntese:

**O Tribunal, por maioria, referendou as medidas impostas, nos termos do art. 282, §§ 4º e 6º, c/c art. 319, VI, do Código de Processo Penal, a seguir descritas:**

**(1) Fixação de multa diária de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), no caso de descumprimento de qualquer das medidas cautelares determinadas; que, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal e dos arts. 77, IV, e 139, IV, ambos do Código de Processo Civil, deverá ser descontada diretamente dos vencimentos que o réu recebe da Câmara dos Deputados, mediante ofício deste juízo ao Presidente da Casa Parlamentar;**

(2) Possibilidade de oficiar o Banco Central do Brasil para que proceda, quando necessário, ao bloqueio imediato de todas as contas bancárias de [...], como garantia do cumprimento da multa diária, no caso de descumprimento das medidas cautelares determinadas, comunicando-se a esta Corte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas;

(3) Possibilidade de oficiar o Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Arthur Lira, para que adote, quando necessário, as providências cabíveis para o efetivo cumprimento do pagamento de multa diária por medida cautelar descumprida, a ser descontada diretamente dos vencimentos que o réu recebe da Câmara dos Deputados;

(4) Determinação, em relação à decisão que impôs a medida cautelar de monitoramento eletrônico a [...], a pedido da Procuradoria-Geral da República (“proibição de ausentar-se da Comarca em que reside, salvo para Brasília/DF, com o escopo de assegurar o pleno exercício do mandato parlamentar”), de ampliação da zona de inclusão, que deverá ser restrita ao Estado do Rio de Janeiro, onde o réu exerce seu mandato parlamentar, ficando autorizado o seu deslocamento ao Distrito Federal, para os fins do pleno exercício do mandato parlamentar;

(5) Indeferimento do requerimento do réu [...], de suspensão imediata “de todas as medidas cautelares, que, atingem direta e indiretamente o exercício pleno do mandato, até que a Casa legislativa a qual pertence o parlamentar, delibere e as valide, por maioria de seus membros, tornando, a partir de então, legal e constitucional os atos praticados”, por absoluta impertinência com o decidido na ADI 5.526, conforme analisado anteriormente;

(6) Determinação de instauração de inquérito, a ser distribuído por prevenção à presente ação penal, para apuração do crime do art. 359 do Código Penal (“Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito”), em relação à conduta do réu [...]. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e André Mendonça. Plenário, Sessão Virtual Extraordinária de 1º.4.2022 (00h00) a 1º.4.2022 (23h59).

Extrai-se do voto-condutor (*acolhido pela ampla maioria do plenário do STF, apenas 2 votos minoritários em sentido contrário*):

[...] Ressalto que todas as medidas cautelares fixadas têm expresso fundamento no decidido por esse SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento da ADI 5.526/DF, onde se assentou ter o Poder Judiciário competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal e que, somente, se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão cuja execução impossibilita, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar, conforme se verifica em julgamento de minha redatoria: [...] Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5526, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe 7/8/2018) [...] Na presente hipótese, portanto, não houve necessidade de se oficiar à Casa Legislativa, nos termos do artigo 53, §2º da Constituição Federal, pois as medidas cautelares impostas não impossibilitam, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar, inclusive o monitoramento eletrônico, que não impede o exercício do mandato, conforme já decidido por esta CORTE (HC 191.729, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/10/2020).

Ressalto, ainda, que a jurisprudência desta SUPREMA CORTE é pacífica no sentido da possibilidade de adoção de medidas cautelares nas dependências dos gabinetes dos parlamentares no Congresso Nacional, sem que isso represente violação ao princípio da separação dos três poderes (AC 4.005-AgR/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI; AC 4.070/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI; AC 4.297/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN; AC 4.326/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN; AC 4.388/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN; AC 4.392 /DF, Rel. Min. EDSON FACHIN; Inq 4.112/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN; Pet 7.159/DF, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES; Pet 8.261/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; Rel 25.537/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN).

Na tarde de 30/03/2022, a Polícia Federal e a SEAPE/DF compareceram à Câmara dos Deputados, para dar cumprimento à decisão judicial que, porém, não pode ser efetivada pela recusa do réu em permitir a instalação da tornozeleira. A recusa foi comunicada em juízo.

Essa nova desobediência do réu indica quadro fático absolutamente semelhante àquele que levou ao restabelecimento de sua prisão já em 24/6 /2021, naquela data baseado nas diversas violações ao monitoramento eletrônico então vigente e na ausência de pagamento da fiança estabelecida em 10/6/2021.

Em voto minoritário, o Ministro Nunes Marques destacou entendimento de não ser possível a aplicação analógica do art. 3º do CPP no caso. Entretanto, a maioria do Plenário assim não concordou.

Veja-se que a aplicação da pena de multa se deu por força dos dispositivos dos arts. 77, IV, e 139, IV, ambos do Código de Processo Civil (aplicáveis ao processo penal por força do art. 3º do CPP)<sup>20</sup>.

Verdade que a discussão estava no âmbito de *medidas cautelares* descumpridas, mas o fato é que houve a imposição de uma *penalidade de multa no processo penal* como forma de *garantir a autoridade e eficácia* do que decidido judicialmente.

Observe-se ainda que o julgado reforçou de forma marcante a jurisprudência (antes “tímida” ou até negada por muitas decisões) ao reconhecer a possibilidade de aplicabilidade de pena de multa no âmbito criminal *por ausência de previsão legal* na legislação específica processual penal.

Noutras palavras, *ao não acolher* o dissídio apresentado no voto minoritário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal aceitou expressamente a possibilidade de aplicação de *penalidade pecuniária (multa)* no caso concreto, mesmo que não prevista explicitamente no âmbito do processo penal, mas sim na seara processual civil.

Fazemos desde já uma ressalva: compreendemos que a penalidade não deveria ser feita ao recorrente, mas ao seu patrono, que tinha as condições técnicas de aferir o seu excesso no exercício das garantias constitucionais abstratamente previstas.

Prossigamos então abordando algumas regras processuais civis importantes ao tema central de nossa abordagem.

Dispõe o art. 1.021 e § 4º do CPC:

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. [...] § 4º **Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.**

Há muito o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de aplicação dessa penalidade pecuniária no caso de recursos procrastinatórios (*de natureza cível, frisamos*), veja-se:

AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. [...] AGRAVO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. NÃO INTERRUÇÃO DO PRAZO RECUR-

<sup>20</sup> Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: [...] IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

SAL. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO. [...] 2. *Agravo interno não conhecido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor arbitrado à causa, se unânime a votação e, ainda, com determinação de certificação imediata do trânsito em julgado e arquivamento destes autos, independentemente da publicação do presente acórdão. (Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação nº 49.574-CE, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, unânime, julgado na sessão virtual de 25.3.2022 a 1.4.2022, publicado no DJ em 6.4.2022)*

Por sua vez, há expressamente no art. 1.026 e §§ 2º e 3º do CPC:

Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. [...]

§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, **condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.**

§ 3º Na **reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa**, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

No âmbito eleitoral, igualmente a possibilidade, conforme o art. 275 da Lei nº 4.737/65 – Código Eleitoral (na redação conferida pelo art. 1.067 do nCPC):

“ Art. 275. São admissíveis embargos de declaração nas hipóteses previstas no Código de Processo Civil . [...]

§ 6º Quando **manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 2 (dois) salários-mínimos.**

§ 7º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até 10 (dez) salários-mínimos.”

Está expreso ainda no art. 80, VII, do CPC: “*considera-se litigante de má-fé aquele que: [...] VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório*”.

Nesses casos, diz o art. 81 do CPC:

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

Já no parágrafo único do art. 918 do CPC “*considera-se conduta atentatória à dignidade da justiça o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios*”.

Como se vê, são inúmeros os dispositivos legais – fora do CPP – que regulamentam as consequências – inclusive com efeitos pecuniários – para as hipóteses de recursos *manifestamente* protelatórios ou incabíveis no sistema jurídico brasileiro.

Vamos insistir propositadamente: restou muito claro que *a nova compreensão do Supremo Tribunal Federal em sua composição plenária é no sentido de ser possível a incidência da multa como penalidade não só no âmbito do processo civil, como também no âmbito do processo penal (art. 3º, CPP)*, na medida em que isso não importaria numa interpretação *in malam partem*, mas sim uma consideração de *todos os direitos que estão em jogo no (efetivo e verdadeiro) “devido processo legal”*.

Na verdade, são encontrados julgados do próprio STF em datas anteriores reconhecendo, em tese, a possibilidade de aplicação de *multa* em casos de recursos procrastinatórios na *sfera penal*. Veja-se:

[...] IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EM PROCESSOS DE NATUREZA PENAL. POSSIBILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. [...] II – Para afastar qualquer possibilidade de concessão da ordem, de ofício, cumpre registrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a utilização indevida das espécies recursais no processo penal desvirtua o postulado da ampla defesa e configura abuso do direito de recorrer, sendo permitido, em tais casos, a fixação de multa por litigância de má-fé. Precedentes. [...] Agravo regimental a que se nega provimento. (*Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 192.814/RJ, STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em sessão virtual de 6.11.2020 a 13.11.2020, publicado no DJ em 30.11.2020*)

Desse acórdão se extraem os seguintes fundamentos bem expressos (e pede-se ora para apenas se fazer a remissão de leitura, dado o espaço do texto) no sentido que “*a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a utilização indevida das espécies recursais no processo penal desvirtua o postulado da ampla defesa e configura abuso do direito de recorrer, sendo permitido, em tais casos, a fixação de multa por litigância de má-fé*”. (vide e.g. RE 465.383 AgR-AgR-EDv-Ed/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário; AI 608.735-AgR-ED-AgR-ED-AgR/RR; decisões monocráticas proferidas em casos semelhantes: AI 298.495/PA, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; RMS 33.895/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; e AP 946 ED-EI-EXTN/DF). Nesse último caso, há expresso reconhecimento de que “*o direito assegurado às partes de se insurgirem contra decisões judiciais é decorrente da garantia do devido processo legal, todavia, o ato abusivo faz cessar esse direito, eis que ultrapassa os limites previstos nas normas processuais ou se desvia de seus legítimos fins, resultando em patente prejuízo para a administração e dignidade da justiça*”.



Essencial destacar que a *tese* que ora vinha sendo desenvolvida foi *também aqui reforçada* pelo reconhecimento do STF a respeito da aplicabilidade de penalidades pecuniárias em casos de *manifesta procrastinação (como já anunciamos, e ora reafirmamos, entendemos que na competência originária, qualquer que for, e nas instâncias recursais ordinárias não se deva aplicar a penalidade de multa, via de regra)*.

Também o STJ já aplica multas a *terceiros, mas reconhece em alguns julgados, em tese, a possibilidade de incidência em relação às partes (embora negue em outros julgados)*:

[...] 1. A multa por ato atentatório à dignidade da justiça prevista nos arts. 14, V e parágrafo único, do CPC/1973 e reproduzida, com os mesmos contornos, no art. 77, IV e § 2º, do CPC/2015, **tem fundamento no dever de boa-fé para com a solução do litígio e, nesse sentido, pode ser imposta igualmente às partes ou a terceiros que sejam chamados de alguma forma a participar na solução da controvérsia, aí incluídos, é claro os auxiliares da justiça, dentre eles, o perito.**

2. **O embaraço ao exercício da jurisdição, inspirado no *contempt of court* do direito norte-americano, embora descrito no Código de Processo Civil, pode, também, ocorrer no Processo Penal, admitindo-se, assim, a imposição de multa por descumprimento de ordem judicial, também na seara penal, tanto em virtude da permissão de aplicação analógica admitida no art. 3º do Código de Processo Penal, quanto em razão da teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências.** [...] (RMS n. 45.525 – RN, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 19.6.2018, publicado no **DJ em 29.6.2018**)

[...] **Ainda que na esfera penal não seja comum a fixação de multa por litigância de má-fé, não é demais gizar que a insistência do embargante diante das sucessivas oposições de embargos de declaração contra acórdão proferido pela Quinta Turma desta Corte, revela não só o exagerado inconformismo, bem como o desrespeito ao Poder Judiciário e o seu nítido caráter protelatório, no intuito de impedir o trânsito em julgado da sentença condenatória, constituindo abuso de direito, em razão da violação dos deveres de lealdade processual e comportamento ético no processo, bem como do desvirtuamento do próprio postulado da ampla defesa.** [...] *Embargos de declaração rejeitados, com determinação de encaminhamento dos autos ao Tribunal de origem, independente da publicação do acórdão. (Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios no Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 1.692.844/MT, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 5.5.2020, publicado no **DJ em 2.2.2021**)*

[...] 2. Ainda que na esfera penal não seja comum a fixação de multa por litigância de má-fé, a insistência do embargante, diante das sucessivas oposições de embargos de declaração contra o acórdão impugnado, revela não só o exagerado inconformismo, bem como o desrespeito ao Poder Judiciário e o seu nítido caráter protelatório, constituindo abuso de direito.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça pacificou-se no sentido de que, diante da reiterada oposição de aclaratórios meramente protelatórios pela parte, deve ser determinada a baixa dos autos à origem, independentemente da publicação do acórdão recorrido e da certificação do trânsito em julgado.

4. Embargos de declaração não conhecidos, com determinação de baixa dos autos à origem, independentemente da publicação deste acórdão e da eventual interposição de

outro recurso, certificando-se o trânsito em julgado. (*Embargos de Declaração (1) nos Embargos de Declaração (2) no Agravo Regimental (3) no Recurso Extraordinário (4) nos Embargos de Declaração (5) no Agravo Regimental (6) no Agravo (7) em Recurso Especial (8) nº 1.533.898-SP, STJ, Corte Especial, julgado em 12.4.2022, publicado no DJ em 22.4.2022*)

É dizer: embora entendamos ideal haver uma *previsão expressa* da penalidade para os procedimentos processuais penais, é plenamente possível a aplicabilidade delas *também no processo penal*, sempre de forma excepcional, quando ficar claro que se está diante de hipóteses recursais manifestamente protelatórias/descabidas, desvirtuadoras do *justo e devido processo*.

Vamos anotar ainda que o tema aqui tratado *em nada se relaciona* com a previsão então do art. 265 do CPP, que previa a pena de multa no processo penal a advogado que abandonasse o processo (reconhecida como constitucional pelo STF), mas que agora não vigora mais, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.752/2023.

Os fundamentos adotados pelo legislador para revogar esse tipo de penalidade em nada se identifica com o que aqui discutido.

## **5 ALGUMAS HIPÓTESES MANIFESTAMENTE DESCABIDAS DE RECURSOS SUCESSIVOS**

Aqui serão elencadas algumas decisões sintetizadas em suas ementas (que correspondem ao que efetivamente decidido) sobre recursos que sejam indiscutivelmente descabidos:

### **5.1 MANIFESTAMENTE INTEMPESTIVOS:**

[...] 1. Consoante o disposto no Código de Processo Penal e na Lei n. 8.038/1990, o prazo para a interposição de agravo regimental em matéria penal é de 5 dias corridos, não se aplicando as regras previstas no Código de Processo Civil. Precedentes. Agravo regimental do qual não se conhece. *(1) Agravo Regimental no (2) Recurso Extraordinário nos (3) Embargos de Declaração nos (4) Embargos de Declaração no (5) Agravo Regimental no (6) Agravo em (7) Recurso Especial nº 2.229.410-RS, STJ, Corte Especial, Rel. Min. Og Fernandes, sessão virtual de 17.4.2024 a 23.4.2024, publicado no DJ em 26.4.2024*

[...] I - O prazo para a oposição de embargos de declaração, em feitos criminais, é de 2 (dois) dias, nos termos do que dispõem os arts. 619, caput, do CPP e 263 do RISTJ. II - Nos termos da jurisprudência consolidada no âmbito desta eg. Corte Superior, “*É intempestivo o recurso protocolado após o prazo de dois dias de que tratam os arts. 263 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ e 619 do Código de Processo Penal – CPP, não tendo aplicação o novo Código de Processo Civil, uma vez que o prazo no processo penal possui disciplina própria*” (EDcl no AgRg nos EAREsp n. 843.777/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 30/11/2016). Embargos de declaração não conhecidos. (*Embargos*

*Declaratórios no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.857.516/SP, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Jesuíno Rissato, julgado em 19.10.2021, publicado no DJ em 4.11.2021)*

[...] 1. O direito de recorrer não pode dar ensejo ao abuso do direito, máxime em via impugnativa substitutiva de *habeas corpus*.

2. É cediço na Corte que a recalitrância em aceitar o trânsito em julgado, impedindo a entrega definitiva da prestação jurisdicional mediante a sucessiva interposição de recursos contrários à jurisprudência, consubstancia adoção de expediente meramente protelatório e desvirtuamento do postulado constitucional da ampla defesa, caracterizando a prática abusiva do exercício do direito de defesa. Precedentes: AI nº 587.285-AGR-ED-ED-ED-ED, relator Ministro Celso de Mello, DJ 07.06.2011; AI nº 721.750 – AGR-ED-ED, relator Ministro Ayres Britto, 2ª Turma, DJ de 16.11.2011; AI 541.408-AGR-ED-EDED, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ de 14.11.2011; AO 1.046-ED, relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 22.02.2008.

3. *In casu*, a paciente foi condenada em primeira instância, sendo desprovido o recurso de apelação interposto. *O recurso especial não foi admitido, por intempestividade*. A seguir, o agravo de instrumento foi desprovido, tendo a mesma sorte o agravo regimental. Desprovidos os embargos de declaração, foi protocolado recurso extraordinário, cujo seguimento foi negado, por ausência de repercussão geral. Houve interposição de agravo regimental, ao qual a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça negou provimento. Interpostos novos embargos de declaração, estes foram rejeitados. A defesa protocolou novo recurso extraordinário, também liminarmente indeferido, determinando-se a baixa imediata do processo. Novo agravo regimental formalizado pela defesa, sendo, então, reconhecido o abuso do direito de recorrer e o esgotamento da prestação jurisdicional.

4. Evidenciado o abuso do exercício do direito de defesa, indefiro o pedido de *habeas corpus*. Declaro, em decorrência, o prejuízo do agravo regimental interposto contra o ato mediante o qual indeferi o pleito cautelar. (*Habeas Corpus nº 111.226, Primeira Turma, unânime, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 18.9.2012, publicado no DJ em 3.10.2012*)

## 5.2 MANIFESTAMENTE DESCABIDOS POR ERRO GROSSEIRO:

[...] 1. A interposição de agravo regimental é manifestamente incabível contra acórdão emanado de órgão colegiado.

2. O agravo reitera os argumentos expendidos em anterior recurso idêntico, também não conhecido em razão da incidência da Súmula 182/STJ. Há, portanto, manifesto abuso do direito de recorrer.

3. Agravo regimental não conhecido, com determinação de certificação imediata do trânsito em julgado do feito, após publicação. (*Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Agravo em Recurso Especial nº 1.809.218/SP, STJ, 5ª Turma, unânime, Rle. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 3.8.2021, publicado no DJ em 10.8.2021*)

### 5.3 MANIFESTAMENTE DESCABIDOS EM CASOS QUE O STF JÁ DECIDIU QUE O TEMA NÃO É DE REPERCUSSÃO GERAL OU SEM DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVA REPERCUSSÃO GERAL:

Agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Penal e Processual Penal. 3. Peculato-desvio. 4. Ausência de confronto analítico entre o acórdão embargado e o paradigma apontado. 5. Não cumprimento das exigências contidas nos arts. 330 a 332 do RI/STF. Precedentes. 6. Pretendida discussão acerca da dosimetria da pena, nos termos do artigo 59 do Código Penal. 7. Negativa de seguimento do ARE com fundamento nas Súmulas 279, 282, 284 e 356/STF, bem como nos temas 182, 339 e 660 da sistemática de repercussão geral. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (*Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.000.420 – RR, STF, Plenário, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em Sessão Virtual de 25.10.2019 a 4.11.2019, publicado no DJ em 26.11.2019*)

*Veja-se exemplificativamente os trâmites desse caso (mais de 3 anos só no STF com recursos indiscutivelmente descabidos/procrastinatórios): 1) Recurso Extraordinário com Agravo protocolado em 29.9.2016; 2) Recurso Extraordinário com Agravo julgado em 21.10.2016 (monocrática); 3) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo julgado em Sessão Virtual de 17 a 23.2.2017; 4) Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo julgado em 26.6.2019 (monocrática); 5) Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo julgado em Sessão Virtual de 25.10.2019 a 4.11.2019.*

Agravo interno no recurso extraordinário com agravo. Penal. Processo Penal. [...] Alegada insuficiência probatória. [...] Ofensa reflexa. 1. É ausente a repercussão geral da pretensão de reconhecimento de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional quando se tenha por pressuposto a análise de normas infraconstitucionais. Precedentes: ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes (Tema 660), DJe de 01/08/2013; ARE 989.223-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 09/11/2016; ARE 1.161.942-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 11/03/2019; RE 1.253.041-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 06/04/2020. 2. O recurso extraordinário é instrumento de impugnação de decisão judicial inadequado para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos, bem como para a análise de matéria infraconstitucional. Precedentes: ARE 1.175.278-AgR-Segundo, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25/2/19; ARE 1.197.962-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli (Presidente), DJe de 17/6/19; e ARE 1.017.861-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 5/6/17; ARE 1.048.461-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 4/3/2020; e ARE 1.264.183-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26/5/2020. 3. Agravo interno DESPROVIDO. (*Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1.353.164/SC, STF, Plenário, unânime, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em sessão virtual de 3.2.2021 a 13.12.2021, publicado no DJ em 10.2.2022*)

[...] 3. Não há previsão legal de recurso para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL contra a parte da decisão do Juízo de origem que aplicou a sistemática da repercussão geral (Pleno, AgR no Recurso Extraordinário com Agravo 994.469, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), DJe de 14/3/2017).

4. Além do mais, ressalta-se que os Recursos Extraordinários somente serão conhe-

cidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível aos recorrentes, em suas petições de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o Supremo Tribunal Federal, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.

5. A obrigação dos recorrentes em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo.

6. O STF já assentou que não apresenta repercussão geral os Recursos Extraordinários que versem sobre a questão da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (Tema 182).

7. Em relação à suscitada ofensa ao art. 37, caput, da Constituição Federal, aplica-se nestes casos a restrição da Súmula 636/STF (“Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”).

8. Especificamente quanto à suscitada ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, aduzido pelo recorrente J.S.H, incide óbice da Súmula 284/STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”), pois, muito embora tenha indicado como violado tal dispositivo, o recorrente não se desincumbiu do ônus de demonstrar especificamente no que consistiria a alegada violação direta a ele.[...]

10. Inviável, também, o reexame de provas em sede de Recursos Extraordinários, conforme Súmula 279 (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”).

11. Agravos Regimentais a que se nega provimento. (*Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.100.756/ES, STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em sessão virtual de 25.6.2021 a 2.8.2021, publicado no DJ em 13.8.2021*)

#### 5.4 MANIFESTAMENTE POR CONTRARIAREM SÚMULA OU SÚMULA VINCULANTE:

Agravo interno no recurso extraordinário com agravo. Penal. Processo Penal. Crime tipificado no art. 7º, II, da Lei nº 7.492/86. Alegada insuficiência de provas para a condenação [...] Reexame do conjunto fático-probatório engendrado nos autos. Impossibilidade. [...] 1. O recurso extraordinário é instrumento de impugnação de decisão judicial inadequado para a valoração e exame minucioso do acervo faticoprobatório engendrado nos autos, bem como para a análise de matéria infraconstitucional. Precedentes: ARE 1.175.278-AgR-Segundo, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25/2/19; ARE 1.197.962-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli (Presidente), DJe de 17/6/19; e ARE 1.017.861- AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 5/6/17; ARE 1.048.461-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe

de 4/3/2020; e ARE 1.264.183-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26/5/2020. Agravo interno DESPROVIDO. (*Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.356.459-RJ, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Presidente, unânime, julgado na sessão virtual de 25.2.2022 a 8.3.2022, publicado no DJ em 6.4.2022*)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. [...] Sonegação de contribuição previdenciária. Absolvição. Necessidade de reexame de provas.

Súmula n. 7 do STJ. Dissídio jurisprudencial. Súmula n. 83 do STJ. [...] 3. É inviável, pela via do recurso especial, infirmar condenação que se lastreou em amplo exame do material cognitivo produzido durante a instrução criminal (incidência da Súmula n. 7 do STJ). [...] (*Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.031.491-SP, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 15.3.2022, publicado no DJ em 22.3.2022*)

Penal e processual penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Crimes de corrupção ativa e passiva. [...] Pretensão absolutória. Súmula 7/STJ. [...] A modificação das conclusões da Corte de origem ensejaria o revolvimento fático-probatório dos autos, vedado pela Súmula 7/STJ. [...] (*Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.348.157-GO, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 19.3.2024, publicado no DJ em 5.4.2024*)

## 5.5 MANIFESTAMENTE DESCABIDOS PELA NÃO OBSERVÂNCIA DE REQUISITO ESPECÍFICO DA LEI:

Direito Penal. Agravo interno. Embargos infringentes. Cabimento. Reiteração de alegações expendidas. Pretensão de caráter protelatório.

1. Entre as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, previstas no mencionado art. 333 do RI/STF, não se inserem as decisões não unânimes proferidas pela Turma, que negam provimento a agravos regimentais interpostos em recursos extraordinários com agravos criminais, sendo, por isso, incabíveis os embargos infringentes.  
2. A interposição do agravo interno mal disfarça a natureza abusiva do recurso, o que autoriza a execução imediata da decisão, independentemente de seu trânsito em julgado. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento. Determinada a imediata baixa dos autos à origem para a pronta execução do julgado, independentemente da publicação do acórdão. (*Agravo Regimental nos Embargos Infringentes no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.200.905 – ES, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em Sessão Virtual de 20.9.2019 a 26.9.2019, publicado no DJ em 24.10.2019*)

## 5.6 MANIFESTAMENTE DESCABIDOS QUANDO CONTRARIEM A JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES:

Agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Penal e Processual Penal. Embargos de Divergência. Requisitos de Admissibilidade. [...] Sucessiva interposição de recursos contrários à jurisprudência consolidada pelo Pretório Excelso. Reiteração de alegações dispendidas. Abuso do direito de recorrer. Manifesto intuito protelatório. Determinada a certificação do trânsito em julgado com a consequente baixa imediata dos autos, independen-

temente de publicação. Agravo interno desprovido (*AgR nos EDv no AgR no RE com Ag n. 1.052.984, STF, Plenário, unânime, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.8.2018, publicado no DJ em 30.8.2018*)

Segundo agravo regimental no recurso extraordinário. Direito Processual Penal. Crimes contra o sistema financeiro. Operação de instituição financeira sem autorização. Evasão de divisas. Lavagem de ativos. [...] Necessidade de reexame de provas. Incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. [...] Incidência da Súmula 636/STF. [...]

II – Nos termos da orientação firmada nesta Corte, cabe ao recorrente demonstrar de maneira formal e fundamentada a existência de repercussão geral da matéria constitucional em debate no recurso extraordinário, ainda que se trate de repercussão geral presumida ou reconhecida em outro recurso.

III – Conforme a Súmula 279/STF, é inviável, em recurso extraordinário, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos.

IV – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam o acórdão recorrido, dado que apenas ofensa direta à Constituição Federal enseja a interposição do apelo extremo.

V – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que é inviável o recurso extraordinário com alegação de contrariedade ao princípio da legalidade quando a verificação da ofensa envolva a reapreciação de interpretação dada a normas infraconstitucionais pelo tribunal de origem (Súmula 636/STF).

VI – Agravo regimental a que se nega provimento. (*Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.358.466-PR, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, unânime, julgado na sessão de 18.3.2022 a 25.3.2022, publicado no DJ de 6.4.2022*)

## 5.7 MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIOS PARA EVITAR O TRÂNSITO EM JULGADO FORMAL:

Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Penal e Processual Penal. 3. Peculato. Art. 312 do Código Penal. Esquema dos Gafanhotos/Roraima. 4. Inexistência de omissões no acórdão embargado. 5. Segundos embargos de declaração nos quais se busca rediscutir tema já decidido, almejando-se obter excepcionais efeitos infringentes. Recurso manifestamente protelatório. Inviabilidade. Precedentes. 6. Embargos de declaração não conhecidos, com determinação de certificação do trânsito em julgado e baixa imediata dos autos, independentemente da publicação do acórdão. *((1)Embargos de Declaração nos (2)Embargos de Declaração no (3)Agravo Regimental nos (4)Embargos de Divergência no (5)Agravo Regimental no (6)Recurso Extraordinário com (7)Agravo nº 1.398.077, STF, Plenário, sessão virtual de 29.3.2024 a 8.4.2024, publicado no DJ em 18.4.2024)*

Processo Penal. Embargos de Declaração nos embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de declaração nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. [...] Caráter protelatório. Embargos rejeitados. Determinação de certificação imediata do trânsito em julgado e remessa dos autos. [...] 3. A superveniência de interposição de inúmeros recursos sem demonstração de tese apta à reversão do julgado, revela nítido caráter protelatório da defesa. As teses levantadas pela defesa foram suficientemente analisadas e refutadas por esta Corte, seja no âmbito da Sexta Turma, ao julgar o agravo em recurso especial, o agravo regimental e os embargos de declaração opostos, seja

nesta Terceira Seção que apreciou os embargos de divergência, bem como o agravo regimental, os embargos de declaração anteriores e, agora, novos declaratórios. 4. Embargos de declaração rejeitados, com determinação de certificação imediata do trânsito em julgado, independentemente de publicação e a remessa urgente dos autos à origem. (*Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 1.081.546/SP, STJ, 3ª Seção, unânime, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27.3.2019, publicado no DJ em 1º.4.2019*) – observação: a numeração dos recursos interpostos na ementa não está no acórdão original

Segundos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Recurso infundado. Nítido caráter protelatório. Desvirtuamento do cânone da ampla defesa. Abuso do direito. [...] 1. A recorribilidade vazia, infundada, tão somente com nítido intuito protelatório, configura abuso do direito de recorrer e não é admissível em nosso ordenamento jurídico, notadamente em *respeito aos postulados da lealdade e da boa-fé processual, além de configurar desvirtuamento do próprio cânone da ampla defesa*. 2. Não obstante na esfera penal não ser viável a fixação de multa por litigância de má-fé, é cabível a baixa dos autos à origem, independentemente da publicação do acórdão recorrido e da certificação do trânsito em julgado. 3. Embargos de declaração não conhecidos, com a determinação de imediata baixa dos autos à origem, independentemente da publicação deste acórdão e da eventual interposição de outro recurso, devendo a Coordenadoria de Recursos Extraordinários certificar o trânsito em julgado. (*Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.071.193 – RJ, STJ, Corte Especial, unânime, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20.11.2019, publicado no DJ em 26.11.2019*)

*Veja-se exemplificativamente também nesse caso os trâmites: 1) Recurso Especial recebido em 8.7.2008; 2) Agravo Regimental no Recurso Especial protocolado em 10.4.2014; 3) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial protocolados em 12.12.2018; 4) Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial protocolado em 13.3.2019; 5) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial protocolado em 8.5.2019; 6) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial protocolados em 2.8.2019; 7) Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial protocolados em 2.10.2019. Ou seja, foram inúmeros recursos que protelaram o feito só no Tribunal Superior por mais de 11 anos.*

## 5.8 MANIFESTAMENTE DESCABIDOS POR *NÃO HAVER PREVISÃO LEGAL PARA O CASO CONCRETO*:

Processual Civil. Embargos de divergência em embargos de divergência em recurso especial. Recurso manifestamente incabível.

I - Na origem, trata-se de ação penal ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra Rodrigo Fernando Rodrigues e outros, pela prática da conduta descrita no art. 2º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013 e 12 e 16, ambos da Lei n. 10.826/2003.

II - Na sentença, os réus foram condenados. No Tribunal *a quo*, a sentença foi mantida. Esta Corte negou provimento ao recurso especial. A Quinta Turma negou provimento ao agravo interno. Os embargos de divergência foram indeferidos liminarmente. A



Corte Especial negou provimento ao agravo interno.

III - Dispõe o art. 266 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça que “cabem embargos de divergência contra acórdão de Órgão Fracionário que, em recurso especial, divergir do julgamento atual de qualquer outro Órgão Jurisdicional deste Tribunal”.

IV - Também os incisos I e II do art. 1.043 do Código de Processo Civil estabelecem que é embargável a decisão do órgão fracionário que, “em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal”.

V - Conforme transcrito nos dispositivos acima, os embargos de divergência são cabíveis para impugnar os acórdãos prolatados pelos órgãos fracionários em recurso especial, não sendo possível sua oposição em desfavor de julgados proferidos em outras classes processuais.

VI - É manifestamente incabível a oposição de embargos de divergência contra acórdão deste Tribunal prolatado em julgamento de anteriores embargos de divergência. A propósito, confirmam-se os presentes julgados: (AgRg na Pet n. 15.617/AM, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 29/11/2023, DJe de 7/12/2023, AgInt na Pet n. 14.958/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 13/6/2023, DJe de 19/6/2023 e AgInt nos EDcl na Pet n. 14.614/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 22/2/2022, DJe de 15/3/2022.)

VII - Agravo interno improvido. (*Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 2.002.446-SC, STJ, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Falcão, sessão virtual de 3.4.2024 a 9.4.2024, publicado no DJ em 17.4.2024*)

Os casos acima são hipóteses em que, *sem quaisquer dúvidas ao menos para nós*, os recursos manejados (alguns sucessivamente) são descabidos (inadmissíveis), tendo sido interpostos de forma que geraram *exclusivamente* procrastinação e violação da duração razoável do processo.

**Sintetizamos, então**, as situações em que compreendemos que, sempre diante do caso concreto, é viável o reconhecimento do abuso do uso do meio recursal previsto em lei:

**a)** recursos contra decisões que reconheceram irresignação manifestamente intempestiva; **b)** recursos manifestamente equivocados, presente o erro grosseiro; **c)** recursos manifestamente descabidos em casos que o STF já decidiu que o tema não é de repercussão geral ou sem demonstração de efetiva repercussão geral; **d)** recursos que manifestamente contrariam súmula ou súmula vinculante; **e)** recursos manifestamente descabidos pela não observância de requisito específico da lei; **f)** recursos manifestamente descabidos quando contrariem a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores; **g)** recursos manifestamente protelatórios para evitar o trânsito em julgado formal; **h)** recursos manifestamente descabidos por ausência de previsão legal.

Sempre ressalvada a hipótese de o Poder Judiciário analisar que houve mero erro – e não dolo – na interposição do recurso que se enquadre nas situações acima, compreendemos perfeitamente ser possível, **para além do ônus da declaração imediata do trânsito em julgado (sem quaisquer efeitos negativos para o processo por conta da procrastinação verifica-**

da), também a imposição de *multa pecuniária* não à parte, mas pelo responsável jurídico pelo ajuizamento da peça recursal reconhecida como absolutamente descabida e que tenha gerado unicamente a procrastinação do processo.

## CONCLUSÕES

A partir de todas as considerações, podemos afirmar em sede de conclusões – e dentro dos limites de espaço aqui permitidos – que as garantias constitucionais e convencionais são fundamentais para a proteção *efetiva de todos os direitos*.

Mesmo que previstos de forma abstrata na legislação, quando indiscutivelmente descabidos (com manifesto e exclusivo intuito procrastinatório), o uso abusivo de instrumentos recursais, pelo menos nos casos em que propostos, estão, definitivamente, *fora do direito*.

Como já dito pela Corte IDH, o julgador tem o dever de impedir o uso desproporcionado de recursos que tenham efeitos meramente dilatórios, mesmo que previstos abstratamente em lei, pois a função do juiz não se esgota em possibilitar a aplicação das *garantias individuais* dos investigados/processados, mas também deve assegurar num tempo razoável a proteção de todos os direitos previstos constitucional e convencionalmente, inclusive das vítimas.

É absolutamente equivocado, em nosso sentir, a defesa de uma ideia de que o processo penal não está a serviço *também* das vítimas, senão que exclusivamente dos *réus*. Trata-se de uma visão vetusta e desalinhada da visão humanística das Cortes de Direitos Humanos, quando não estiver, essa restrição pretendida por alguns, arraigada exclusivamente em questões ideológicas sem quaisquer amparo efetivamente protetivo de um sistema que seja *de todos os direitos*.

Por essa razão, o comportamento processual das partes sempre deve ser pautado pela boa-fé objetiva, rechaçando-se comportamentos que não visem o efetivo e *justo processo penal*.

Independentemente da previsão expressa na legislação processual penal, defendemos com absoluta segurança – *para os casos específicos e indiscutíveis de uso procrastinatório dos meios recursais* – a necessidade de imposição, com caráter eminente e claramente sancionatório, de penalidade pecuniária para quem lançar mão desse meio, para além da mera “certificação do trânsito em julgado” quando presente a abusividade.

Cabe agora ao Poder Judiciário cumprir com seu papel expresso na Constituição, de proteger *efetivamente todos* os direitos fundamentais e sancionando também pecuniariamente quem abusa do uso dos instrumentos recursais previstos, pois essa é a decorrência clara que decorre de uma proteção integralmente vista de um *justo processo* penal: sem excessos, nem deficiências.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In Wambier, *Teresa Arruda Alvim. Breves comentários ao Novo código de Processo Civil*. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FISCHER, Douglas, PEREIRA, Frederico Valdez. *As Obrigações Processuais. As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 4 ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024.

FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral e o Princípio da Proporcionalidade*. Boletim dos Procuradores da República (Impresso), v. 82, p. 10-13, 2010.

FISCHER, Douglas. *O princípio da ampla defesa e as condutas com intuito meramente protelatório no procedimento processual penal*. Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 761, p. 509-512, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NASSIF, Elaine Noronha. *A phrónesis Aristotélica, a Equidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 1, n. 3, abr./jun.2002, p. 36-7.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao CPP e sua jurisprudência*. 2024. 16ª ed. Salvador/Juspodivm.

# REVISITANDO GARY BECKER – TEORIA ECONÔMICA E TEORIA DO CRIME: UM DIÁLOGO EFICIENTE

## *REVISITING GARY BECKER – ECONOMIC THEORY AND CRIME THEORY: AN EFFICIENT DIALOGUE*

*Analú Librelato Longo<sup>1</sup>*

### RESUMO

Gary Becker introduziu uma abordagem inovadora ao aplicar a lógica de custo-benefício ao comportamento criminoso, analisando decisões ilícitas sob a perspectiva da maximização de benefícios e minimização de custos. A Teoria Econômica do Crime (TEC) evidencia como a Análise Econômica do Direito (AED) oferece um método acessório para compreender e enfrentar a criminalidade, permitindo a formulação e interpretação de normas e políticas criminais que, para além da punição, direcionam incentivos para a prevenção da atividade criminosa.

**Palavras-chave:** Teoria Econômica do Crime, Custo-benefício; Incentivos; Prevenção Criminal.

### ABSTRACT

*Gary Becker introduced an innovative approach by applying cost-benefit logic to criminal behavior, examining illicit decisions through the lens of benefit maximization and cost minimization. The Economic Theory of Crime (ETC) highlights how Law and Economics (L&E) serves as an auxiliary method for understanding and addressing criminality, enabling the formulation and interpretation of criminal norms and policies that, beyond mere punishment, strategically direct incentives towards crime prevention.*

**Keywords:** *Economic Theory of Crime; Cost-Benefit Analysis; Incentives; Crime Prevention.*

**SUMÁRIO:** 1. Os pressupostos metodológicos da Análise Econômica do Direito (AED). 2. Teoria Econômica do Crime (TEC). 3. Considerações Finais.

### INTRODUÇÃO

A Ciência Econômica abrange a Macroeconomia, que se dedica ao estudo dos agregados macroeconômicos – como produto nacional, renda, poupança, despesas e investimentos – e a Microeconomia, que visa compreender o comportamento racional e individualista nas decisões humanas diante da escassez de recursos. A conexão entre o Direito e a Ciência Econômica é estreita, na medida em que ambos os campos buscam transformar o “ser” do mundo dos fatos em um “dever ser”, embora utilizem instrumentos distintos para essa tarefa. Enquanto o Direito

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça do MPSC. Possui mestrado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Possui Especialização em Processo Penal pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e é Membro do CONAFAR/CNMP.

se orienta por uma hermenêutica voltada à Justiça, a Ciência Econômica aplica modelos matemáticos e empíricos para analisar o comportamento humano.

Embora as interações entre Direito e Economia possam parecer “diálogos entre estranhos”<sup>2</sup> devido às diferenças metodológicas – com a Economia empregando dados empíricos para fundamentar suas certezas e o Direito moldando-se conforme a historicidade –, o estudo interdisciplinar entre essas áreas é não apenas razoável, mas essencial. A Economia oferece ao Direito uma teoria sobre o comportamento humano<sup>3</sup>, proporcionando uma compreensão das motivações e incentivos que afetam a conformidade ou desvio das normas jurídicas.

Impulsionada inicialmente pelo realismo jurídico, a relação entre o Direito e a Ciência Econômica consolidou-se com o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida como Direito e Economia ou Law and Economics (LaE), colocando seu ferramental à disposição dos profissionais do Direito para que tomem decisões mais eficientes, considerando o impacto econômico das normas e a maximização do bem-estar social.

Desde a década de 1970, Gary S. Becker, inspirado pelo utilitarismo de Jeremy Bentham, ampliou o alcance da Ciência Econômica para várias áreas do Direito, introduzindo uma visão inovadora de que comportamentos humanos, incluindo aqueles relacionados a atividades ilícitas, podem ser analisados pela lógica do custo-benefício. Becker propôs que, ao avaliar as escolhas humanas de forma racional, fosse possível prever e influenciar condutas sociais, contribuindo para a construção de políticas jurídicas mais eficazes e preventivas.

O presente artigo pretende, a partir dessa breve contextualização e iniciando pelos pressupostos metodológicos da Análise Econômica do Direito (AED), revisar os ensinamentos do economista Gary Becker e explorar como a aplicação da lógica econômica ao Direito Penal pode aprimorar a formulação de normas e políticas criminais, por meio incentivos.

## **1 OS PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)**

A AED consiste na aplicação do instrumental analítico e empírico da Ciência Econômica, em especial das noções da Microeconomia<sup>4</sup>, ao Direito, com o escopo de explicar e prever as implicações fáticas das regras jurídicas e das instituições envolvidas na dissuasão. Por meio do

---

<sup>2</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 6.

<sup>3</sup> Cf. GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19.

<sup>4</sup> A Microeconomia é um ramo da Ciência Econômica que serve para compreender o comportamento dos indivíduos e suas tomadas de decisões frente à escassez dos recursos. Cf. ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 71.

exercício de prognose e consequencialismo, a abordagem econômica insere no Direito modelos de comportamentos maximizadores e racionais, na medida em que a racionalidade exige maximização<sup>5</sup>.

A Ciência Econômica, na sua subdivisão Microeconômica, estuda as escolhas racionais, orientadas para um mundo no qual os recursos são inferiores aos desejos humanos. Nesse sentido, o homem é considerado um ser racional e maximizador de utilidades e seu grau de satisfação é alterado pela estrutura de incentivos. De fato, como seres racionais que são, os indivíduos elegem como critério de escolha, dentre os incentivos fornecidos pelo ordenamento traduzidos em normas jurídicas, a realização dos seus próprios interesses.

Infere-se, então, que quando o ser humano, tido como economicamente racional, depara-se com mais de uma opção de atuação, ou mais de uma conduta possível, inevitavelmente analisará o custo-benefício entre as opções para escolher a que melhor atenda seus interesses.<sup>6</sup>

O movimento da AED sugere, dessa forma, a observância de premissas econômicas no processo de interpretação da norma e sua aplicação ao caso concreto, que, embora diversas daquelas do ordenamento jurídico, precisam ser absorvidas pelo Direito, quais sejam: a) escassez; b) maximização racional; c) individualismo; d) ponderação de custos e benefícios nas escolhas (*tradeoffs*).

Se os recursos fossem infinitos, não haveria a necessidade de alocação e todos poderiam ter tudo o que quisessem, nas quantidades desejadas. O princípio da escassez, ponto de partida da AED, revela-se na expressão “não existe almoço grátis”<sup>7</sup>, significando que todo direito tem um custo, o que exige a regulamentação das prioridades e o emprego “Ótimo” dos recursos públicos.

Nessa linha, o uso e o emprego dos bens devem ser operacionalizados de modo racional e, por isso, a “escassez dos bens impõe à sociedade uma escolha entre as alternativas possíveis e excludentes”<sup>8</sup>.

Ocorre que toda escolha presume um custo de oportunidade ou, na linguagem econômica, um *tradeoff*<sup>9</sup>, razão pela qual a tomada de decisão do agente presume ponderar os custos e re-

---

<sup>5</sup> Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36.

<sup>6</sup> GICO JUNIOR, Ivo. op. cit., 2014, p. 22.

<sup>7</sup> Tradução da expressão “*There is no free lunch*”, frase popular em Inglês, cuja ideia expressa que é impossível conseguir algo sem dar nada em troca. O Economista Milton Friedman usou a expressão, em 1975, como o título de um de seus livros: *There's No Such Thing as a Free Lunch*. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/N%C3%A3o\\_existe\\_almo%C3%A7o\\_gr%C3%A1tis](https://pt.wikipedia.org/wiki/N%C3%A3o_existe_almo%C3%A7o_gr%C3%A1tis) Acesso em: 06 nov. 2024.

<sup>8</sup> GICO JUNIOR, Ivo. op. cit., 2014, p. 19.

<sup>9</sup> O custo de alguma coisa é aquilo que a parte desiste para obtê-lo. Na Ciência Econômica, o *tradeoff* clássico dá-se entre armas e manteiga. Quando uma sociedade decide gastar em defesa nacional, por exemplo, armas para proteger sua fronteira, deixa de investir em bens de consumo, como, na manteiga, para elevar o padrão de vida

tornos referentes às alternativas da ação, optando pela conduta que represente maior satisfação de suas metas.

A ferramenta da maximização, revela que os agentes ponderam os custos e benefícios para a tomada da decisão<sup>10</sup>. Desse modo, no momento da tomada da decisão optará pela escolha menos custosa e que lhe traga mais vantagem e, para isto, é imprescindível que o agente se apresente como racional e individualista.

A mencionada racionalidade, significa dizer que os indivíduos “[...] possuem entendimento amplo dos fenômenos econômicos e usam toda informação disponível para tomar suas decisões”<sup>11</sup>.

O comportamento racional se baseia nas consequências e não nas intenções, razão pela qual as preferências subjetivas são consideradas dados exógenos e, portanto, alheios ao sistema econômico, sendo trabalhadas por outras áreas, como por exemplo, a psicologia. A racionalidade, no entanto, não significa que os indivíduos, ilimitadamente, não erram ao tomar decisões. As falhas mercadológicas, entre elas as externalidades e as assimetrias de informações, afetam, em última análise, a racionalidade.<sup>12</sup>

Nesse contexto, permeado pelas externalidades e informações assimétricas, cada agente possui um conjunto diferente de informações e é orientado pela sua capacidade sensorial, “[...] que limita a quantidade de decisões possíveis dos caminhos que se podem seguir”<sup>13</sup>, no escopo, mercadológico ou não. A maneira peculiar com que cada pessoa reage às externalidades não retira a funcionalidade da Teoria da Escolha Racional, na medida em que a proposta é identificar padrões, acreditando que “[...] saber o que acontece em média é um bom ponto de partida”<sup>14</sup>.

Além disso, pela racionalidade, os indivíduos atribuem a utilidade a cada escolha possível e são capazes de ordená-la de acordo com as utilidades que lhe proveem. A noção de utilidade

---

interno. Cf. MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 4.

<sup>10</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador do direito. **Caderno Direito GV**, n. 22 – mar. 2008a. p. 15. Disponível em: <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=bruno\\_meyerhof\\_salama](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=bruno_meyerhof_salama)>. Acesso em: 05 nov. 2024.

<sup>11</sup> ARAUJO, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

<sup>12</sup> De acordo com Ana Lúcia Pinto Silva, as externalidades consistem na “[...] ação de um agente que afeta outros sem que seja quantificada adequadamente pelos demais”. SILVA, Ana Lúcia Pinto et al. Principais conceitos econômicos. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. P. (coord.) **Agenda Contemporânea: Direito e Economia – 30 anos de Brasil**. Série GV Law. São Paulo: Saraiva, t. 1, 2012, p. 524.

<sup>13</sup> MENEGAZ, Daniel da Silveira. **Lavagem de dinheiro: os Mecanismos de Controle penal na justiça federal no combate à criminalidade**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 22.

<sup>14</sup> LEVITT, Steven David; DUBNER, Stephen. **Superfreakonomics: o lado oculto do dia a dia**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 13.

deve ser entendida como qualquer satisfação que o indivíduo extraia de uma escolha, não se restringindo às questões materiais, muito menos monetárias.<sup>15</sup>

A racionalidade também sugere que as pessoas “decidem na margem”<sup>16</sup>, ou seja, quando tomam decisões levam em consideração situações extremas consistentes nos ganhos associados à decisão (ganhos marginais). Dessa forma, o ganho marginal derivado do consumo de um dado decresce, em geral, com a quantidade consumida.

Já o pressuposto metodológico do individualismo, por sua vez, traduz-se na ideia de que os agentes maximizam a utilidade da decisão independente do que isso significa para eles, de modo que não pode ser confundido com egoísmo que pressupõe a motivação apenas de bens materiais<sup>17</sup>.

Em outras palavras, o individualismo refere-se ao auto interesse marcado pelo benefício próprio que conduz à escolha humana. Por isso, a Ciência Econômica explica que os seres ao decidirem com base no retorno para si, respondem aos incentivos, podendo o Direito beneficiar-se dessa informação para traçar juízos de prognose legislativa e/ou utilizar-se do consequencialismo jurídico (metodologia consequencialista).

A partir da formulação teórica de que os indivíduos são racionais e individualistas, conclui-se que tomam decisões, isto é, enfrentam *tradeoffs*, cuja fórmula opera-se da lógica de ponderação do custo e benefício entre as várias opções possíveis, escolhendo aquela que fornece a maior recompensa em detrimento do menor custo, considerando sempre os riscos da atividade.

Se o indivíduo possui amor ao risco, irá preferir se sujeitar a situações que podem lhe trazer ganho elevado, mesmo estando diante de um ganho pequeno e garantido. Entretanto, se o agente possuir aversão ao risco, significa que possui preferência por ter um ganho pequeno, mas garantido, em detrimento de um ganho elevado e incerto. “Uma pessoa é avessa ao risco quando ela considera a utilidade de uma perspectiva certa de renda pecuniária maior do que a utilidade esperada de uma perspectiva incerta de um valor monetário esperado igual”<sup>18</sup>.

Na impossibilidade de eliminar os riscos, os agentes econômicos buscam equilibrar a redução dos impactos negativos com a exigência de maiores ganhos em situação de incerteza.

Frequentemente, o indivíduo se depara com situações em que a melhor decisão a ser tomada depende das ações de outro agente econômico. Nesse contexto, a Microeconomia recorre à Teoria dos Jogos para analisar o processo de tomada de decisão.

---

<sup>15</sup> Cf. GICO JUNIOR, Ivo. op. cit., 2014. p. 26.

<sup>16</sup> KRUGMAN, Paul R; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 7. Disponível em: <<https://profwalfredoferreira.files.wordpress.com/2014/02/introducao-a-economia-paul-krugman-e-robin-wells.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2024.

<sup>17</sup> GICO JUNIOR, Ivo. op. cit., p. 23.

<sup>18</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 67.



Em linhas gerais, a Teoria dos Jogos ocupa-se da forma como os indivíduos decidem quando estão cientes de que as suas escolhas afetam os demais, ou visto de outra forma, quando os “indivíduos tenham alguma compreensão de como o resultado para um participante (jogador) é afetado não apenas pela sua própria ação, mas também pelas ações dos outros indivíduos.<sup>19</sup>

A estrutura desse modelo, que se ocupa do comportamento de indivíduos e dos movimentos na tomada da decisão, é formada pelos jogadores ou *players*, pelas regras, pelas estratégias de cada jogador e pelos *payoffs* (ganhos ou retornos) de cada jogador para cada estratégia<sup>20</sup>.

Para a teoria, os jogadores, presumidos limitados racionalmente e com comportamento estratégico para atingir e maximizar seus objetivos, interagem competindo ou cooperando, porque, ainda que possuam interesses divergentes, não são necessariamente opostos, podendo optar por convergir ao invés de divergir<sup>21</sup>.

O “dilema dos prisioneiros” é o modelo mais famoso da Teoria dos Jogos, que elucida a situação hipotética de dois homens suspeitos violarem conjuntamente a lei, e que são interrogados, simultaneamente, em salas separadas pela polícia<sup>22</sup>.

Pela matriz de *payoffs*, os jogadores, denominados suspeito 1 e suspeito 2, sendo que cada um dispõe de duas estratégias: confessar ou ficar calado. Em cada decisão, o prisioneiro pode satisfazer o seu próprio interesse (trair) ou atender ao interesse do grupo (calar). As possibilidades são: a) ambos calam; b) ambos confessam; c) o suspeito 1 cala, enquanto o suspeito 2 trai; d) o suspeito 1 trai, enquanto o suspeito 2 cala.

A partir da análise das possibilidades e das penas, a estratégia dominante é a confissão. A confissão operada por ambos leva a um equilíbrio, conceituado como equilíbrio de Nash<sup>23</sup>, na medida em que não há razão para qualquer um dos suspeitos mudar de estratégia.

Veja-se, então, que a escolha individual (confessar/trair) não se revela a melhor para ambos os suspeitos, enquanto a colaboração (silêncio) proporciona melhores resultados. “O exemplo de jogo não cooperativo pelo Dilema do Prisioneiro enfatiza os processos de interação estraté-

---

<sup>19</sup> PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. **Liberdade e Irrenunciabilidade no direito do trabalho**: estudo dos princípios à economic analysis of law aplicados ao direito do trabalho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005, p. 295.

<sup>20</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit. 2010, p. 56; D'AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para compreensão da teoria das relações públicas**: uma análise da cooperação. 2008. 274f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 41.

<sup>21</sup> BERNI, Duilio deÁvila. **Teoria dos Jogos**: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004, p.123; GONÇALVES, Jéssica. op. cit., 2016, p. 123.

<sup>22</sup> O método foi criado por Merrill Flood e Melvin Dresher em 1950 e desenvolvido pelo matemático Albert Tucker, conforme PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. op. cit., 2002, p. 464. Para melhor compreensão ler: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 57.

<sup>23</sup> NASAR, Silvia. **Uma mente brilhante**. Tradução de Sérgio Moraes Rego. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 122.

gica, demonstrando que nem sempre a busca pela melhor opção individual conduz ao melhor resultado para todos”<sup>24</sup>.

A inconsistência apontada abriu espaço para modelos cooperativos, assim chamados porque “[...] há comunicação entre os jogadores e permite-se a coalizão que exprime relações mútuas”<sup>25</sup>.

Advertidos por Becker, quando disse que “[...] o crime é uma atividade econômica importante, normalmente negligenciada pelos economistas”<sup>26</sup>, hoje, muitos profissionais da Economia e do Direito tem se debruçado sobre o tema, já que a criminalidade desenfreada pode também ofuscar a atividade econômica de uma região, afastando investimentos, elevando preços e aumentando a taxa de desemprego, sem considerar o mercado “informal” que retira os ganhos produtivos da Economia na sociedade.

A nítida confluência entre os setores legal e ilegal da economia e seus reflexos nas relações pessoais, as quais o Direito se propõe regular, torna impossível o desenho de políticas públicas criminais ou a aplicação das normas penais “sem considerar uma das variantes mais relevantes: a economicidade”<sup>27</sup> e, por consequência, a metodologia proposta pela Teoria Econômica do Crime (TEC).

## 2 TEORIA ECONÔMICA DO CRIME

A abordagem econômica do crime possui como marco inicial os estudos de Gary Stanley Becker, com seu artigo *Crime and Punishment: An Economic Approach*, publicado em 1968<sup>28</sup>. Desde a contribuição original do economista, que focou a análise econômica do comportamento humano, o que mais tarde, em 1992, lhe rendeu o Prêmio Nobel de Economia, inúmeros estudos e pesquisas realizados formaram alicerces teórico-cunhados de Teoria Econômica do Crime (TEC), cujo fundamento encontra-se na análise da racionalidade e sua interação com o risco e as expectativas de retorno.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Jéssica. op. cit., 2016, p. 139.

<sup>25</sup> VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: conceitos básicos. 7. ed. Tradução de Maria José José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 567.

<sup>26</sup> Original: “[...] *crime is an economically important activity or “industry”, notwithstanding the almost total neglect by economists*”. BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of political economy**. v. 76, n. 1, p. 170, 1968. (tradução nossa) Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2024.

<sup>27</sup> OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. op. cit., 2012, p. 113.

<sup>28</sup> A subseção 2.2.2 contém diversas citações extraídas e traduzidas livremente pela autora, referentes à obra: BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of political economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2024.

O seminal estudo, como o próprio autor concluiu, de certa forma retomou os ensinamentos de Jeremy Bentham<sup>29</sup> e Cesare Beccaria<sup>30</sup>, segundo os quais os indivíduos procuram maximizar o prazer e minimizar o sofrimento. Para o economista, o criminoso, *homo economicus*, realiza escolhas racionais, a partir de incentivos e condições. Conforme conclui Vipiana, para Becker, a decisão dos indivíduos envolve “ao invés de prazer e sofrimento, benefícios e custos”<sup>31</sup>.

O modelo apresentado, ainda hoje considerado o mais relevante no assunto, abordou a criminalidade a partir da maximização dos custos e benefícios pelo Estado e pelo criminoso.

Dentro dessa lógica, surgiu nova abordagem aplicável à criminalidade ao afirmar que o ato criminoso decorre da avaliação racional em torno dos benefícios e custos, que compreendem a magnitude da punição (*f*), a probabilidade de detenção e condenação (*p*), e o retorno esperado, comparado aos resultados da alocação do tempo no mercado de trabalho lícito.

A TEC, aplicada pelo economista, foi inovadora porquanto, até então, nos anos cinquenta e sessenta, as discussões eram dominadas por teorias criminológicas que sustentavam, em geral, que o ato criminoso era causado por doenças mentais, patologias genéticas, anomias e opressão social. Gary S. Becker, rompendo com esse paradigma da motivação do agir criminoso e da lógica jurídica punitiva centrada no lema “mais pena menos crime”, inseriu o sujeito<sup>32</sup> (tomador de decisão) dentro do contexto econômico e afirmou que a conduta criminosa visa à lucratividade, seguindo o binômio custo *versus* benefício.

Becker, desde o início, afirmou que a racionalidade não implica necessariamente que os indivíduos sempre calculem friamente suas ações, reconhecendo que existe uma margem de pessoas doentes, além de outros fatores psicológicos, sociais e econômicos que influenciam o comportamento racional<sup>33</sup>. Todavia, a existência desses influxos não retira a aplicação da Teoria, na medida em que há um padrão, revelando-se, a metodologia, suficiente para prever como os indivíduos reagirão aos incentivos.

---

<sup>29</sup> Cf. BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

<sup>30</sup> Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de José Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>31</sup> VIPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso**. Porto Alegre: AGE, 2006, p. 37.

<sup>32</sup> De acordo com Foucault, Becker reabilitou o trabalhador como sujeito ativo no processo produtivo e não apenas como braço acessório do capital. Cf. CONTI, Thomas Victor. **Capital Humano, Crime e Punição: Becker, Foucault e os seminários de Chicago de 2012 e 2013**. Working paper de apresentação do autor realizada no Instituto de Economia da Unicamp em 27 nov. 2015. Disponível em: <<http://thomasvconti.com.br/tag/gary-becker/>>; e BECKER, Gary S.; EWALD, François; HARCOURT, Bernard E. **Becker on Ewald on Foucault on Becker American Neoliberalism and Michel Foucault's 1979 'Birth of Biopolitics' Lectures**. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper, n. 614, 2012. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/law\\_and\\_economics/77/](https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/77/). Acesso em: 8 nov. 2024.

<sup>33</sup> Cf. OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. op. cit., 2012, p. 120.

Dessa forma, o método reconhece que os indivíduos não decidem apenas motivados por questões econômicas, mas, também, influenciados pela faixa etária, gênero, escolaridade, características do núcleo familiar, padrões econômicos e sociais, que são chamadas de variáveis independentes.

Embora Becker, em seu artigo *Theory of Social Interactions*<sup>34</sup>, já tenha evidenciado a confluência entre a interação social – definida como a inclusão dentro da função de utilidade do indivíduo de variáveis que representam características de outras pessoas e que afetam sua produção –, e o comportamento ilegal, estudos posteriores no mesmo sentido identificaram que o comportamento dos pais, amigos, vizinhos podem afetar o comportamento criminoso<sup>35</sup>. Isso significa dizer, que indivíduos detentores de determinadas características pagariam um preço maior ao procederem com determinados tipos de comportamento.

Becker, a partir do cálculo do custo do crime nos EUA, em 1965, data de sua pesquisa, descreveu seu método a fim de quantificar o prejuízo social causado pelos crimes e identificar o montante ótimo de recursos e punições a serem empregados para prevenir e restringir a criminalidade até um nível tolerável.

Em outras palavras, a metodologia perseguiu a mensuração da perda social ocasionada pelos atos criminosos e buscou encontrar a alocação ótima de recursos e punições, a fim de reduzir a referida perda. Nesse sentido, as principais variáveis a serem consideradas para a obtenção do estágio ótimo consistiriam no custo de perseguir e condenar os criminosos, na natureza da punição e na resposta dos agentes às mudanças das duas primeiras.

O modelo proposto pelo economista relacionou as variáveis em cinco categorias: (1) a relação entre o número de crimes, chamados de “ofensas”, e o custo das infrações; (2) a relação entre o número de infrações e as penas cominadas; (3) a relação entre o número de infrações, prisões e condenações e as despesas públicas com a polícia e os tribunais; (4) a relação entre o número de condenações e custos de prisões ou outros tipos de punições; e (5) a relação entre o número de ofensas e os gastos privados com proteção e apreensão<sup>36</sup>.

A decisão pelo cometimento do crime é incentivada quando os benefícios menos os custos são maiores que zero, situação em que há um ganho com o ato criminoso. Por outro lado, quando os custos suplantarem os ganhos, o crime será desincentivado.

<sup>34</sup> BECKER, G. S. Theory of Social Interactions. **Journal of political economy**, v. 82, n. 6, p. 1063 - 1093, 1974. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w0042.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2024.

<sup>35</sup> Cf. GLASER, Edward L., SACERDOTE, Bruce. SCHEINKMAN, José A. Crime and social interations. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 61, n. 2, 1996. p. 507-548. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~joses/pp/crime.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2024.

<sup>36</sup> Cf. BECKER, G. S. op. cit., 1968. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2024.

Os ganhos do crime consistem nos ganhos monetários e psicológicos advindos do ato criminoso. A ponderação acerca do retorno proporcionado pelo delito leva à comparação com o retorno nas atividades legais (custo de oportunidade). Nesse viés, o criminoso optará pelo crime se concluir que terá uma utilidade maior se comparada a que teria se empregasse seu tempo em atividades lícitas<sup>37</sup>.

Assim, quando um sujeito comete uma infração, ele ocupa seu tempo e os recursos que poderiam ser empregados em outras atividades. Ocorre que as recompensas que estimulam as pessoas no cometimento do crime são diversas. Algumas tornam-se criminosas não porque as suas motivações básicas (tempo e recursos) diferem das motivações das demais pessoas, mas porque seu retorno e custos são diversos.

Os custos e benefícios estão envolvidos em um cenário de riscos e incertezas. Afinal, tanto a detenção e punição quanto os ganhos do crime são incertos. Dessa forma, a probabilidade de punição depende da percepção individual, assim como a incerteza quanto aos retornos monetários e psicológicos do crime se comparados com o que o criminoso obterá se optasse pelo mercado legal.

A vertente de que o crime compensa, ou não, depende, sim, da postura do criminoso frente ao risco e não perfaz uma relação direta e exclusiva com a eficiência da polícia ou a quantidade de recursos gastos na persecução. Todavia, como defende Becker, na medida em que se manipula a probabilidade de ser preso e condenado e o *quantum* da pena, influencia-se a visão de risco e a escolha individual e, por consequência, antecipa-se a conclusão de que o crime (não) compensa<sup>38</sup>.

Independente da forma como se identifica o comportamento do criminoso frente ao risco, tanto a alteração da probabilidade de condenação quanto o aumento da pena, remetem ao nível de risco e influenciam a tomada de decisão individual quanto ao cometimento do delito.

Do ponto de vista da sociedade, a quantidade de prejuízo (danos) tende a aumentar com o aumento da atividade criminosa e, portanto, os crimes são um subconjunto importante da classe de atividades que causam deseconomias, cujo nível é medido pelo número de infrações<sup>39</sup>.

Nessa relação, o custo líquido ou o dano à sociedade é a diferença entre o prejuízo decorrente da atividade criminal e o lucro do criminoso. Possível inferir que, se os criminosos percebem danos marginais decrescentes, a sociedade percebe danos marginais crescentes.

---

<sup>37</sup> Ibidem, p. 177. Para Kolm e Singh a decisão de cometer o crime parte da escolha de quanto da sua riqueza o indivíduo deve alocar no mercado legal e ilegal, através do envolvimento no crime, atividade tida como arriscada. Cf. KOLM, S. C. A note on optimum tax evasion. **Journal of Public Economy**, n. 2, 1973; SINGH, B. Makin; Honesty the best policy. **Journal of Public Economy**, n. 2, 1973.

<sup>38</sup> BECKER, G. S. op. cit., 1968, p. 182. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2024.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 173-174.

Ao abordar a variável do custo das apreensões e das condenações, o economista afirma que o investimento em tecnologia e na especialização do aparato de persecução viabiliza uma maior probabilidade de descobrir delitos e condenar infratores. Por consequência, um nível elevado na atividade de combate aos crimes será alcançado se forem realizados investimentos na qualificação do material humano e na aquisição de tecnologias, tais como: impressão digital, escutas telefônicas, controle por computador e detecção de mentiras. Com isso, o preço do crime se torna mais elevado para aquele que optar pela atividade ilegal<sup>40</sup>.

Com isso, *ceteris paribus*, um aumento na probabilidade da condenação e punição leva à redução da utilidade esperada de uma infração e, portanto, à redução do número de infrações, diante da probabilidade de pagar o aumento ou o próprio preço do crime.

Segundo Becker, o número total de ofensas ( $O$ ) pode ser determinado por três variáveis: (1) a probabilidade de detenção e condenação ( $p$ ); (2) a magnitude da pena ( $f$ ); e (3) uma última que engloba todas as outras influências exógenas, tais como: os rendimentos das atividades legais e ilegais, a frequência de prisões e a vontade de se engajar em uma atividade ilegal ( $u$ )<sup>41</sup>.

Daí porque, diante da hipótese de o criminoso arcar com um preço alto, isto é, ser condenado ou haver um aumento na pena, há uma tendência em reduzir a utilidade esperada de um crime e, por consequência, o número de ocorrências. Com o aumento do preço, a curva de demanda declina. O efeito dissuasor da pena equivale ao princípio econômico de que a elevação do preço dos bens e serviços reduz a demanda, transposto para o Direito Penal.

Existe controvérsia do que venha a ser a penalidade ótima, fruto, por consequência, da política mais eficaz. Nessa polêmica, tomam relevância os efeitos de dissuasão, de reparação e de incapacitação da punição, ou, perfazendo uma questão mais direta: pena de multa *versus* prisão.

Becker adverte que o custo social das punições não é suportado apenas pelos criminosos, mas por toda a sociedade em geral. Para o infrator, esse pode ser medido convertendo o seu equivalente monetário, que é diretamente auferido apenas para multas. O custo do encarceramento é o somatório de todos os ganhos perdidos, descontados os valores devido à restrição da liberdade. Uma vez que o *quantum* dos ganhos e o valor da liberdade variam de pessoa para pessoa, o custo de uma prisão não é fixo, mas geralmente é maior, por exemplo, para os que poderiam ganhar mais se não estivessem detidos<sup>42</sup>.

Portanto, o custo para cada ofensor será maior, quanto maior for a pena de prisão, uma vez que, ambos, os lucros e o consumo perdidos, estão relacionados com a magnitude da pena.

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 190.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 177-178.

<sup>42</sup> BECKER, G. S. op. cit., 1968, p. 180 – 182. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2024.

As multas são preferíveis porque produzem um ganho social que equivale ao custo para os infratores, permitem a transferência de pagamento entre o infrator e a vítima e envolvem despesas mínimas na sua cobrança. Por outro lado, o custo social da prisão é maior, porque afeta a sociedade na medida em que utiliza recursos públicos para o seu cumprimento. Além disso, a multa pode ser vista como o “preço de uma ofensa”, assim como qualquer outra pena também pode. A diferença está na unidade de medida: multas são preços medidos por unidades monetárias, enquanto prisões são medidas por unidades de tempo<sup>43</sup>.

Para Becker, a prisão não deve ser abolida, mas a sua utilização, para ser eficiente, pressupõe o conhecimento das “elasticidades” relativas à infração e às respostas dos criminosos diante das mudanças nas punições, bem como pressupõe o convencimento de que as penas afetam não apenas os infratores, mas também a sociedade. O custo social das punições é o custo para o criminoso mais ou menos o *quantum* do ganho para a sociedade<sup>44</sup>.

Nesse contexto, a perda social poder ser minimizada por meio de uma pena que exceda as vantagens do crime. No caso das multas, como são pagas pelos condenados ao resto da sociedade, há uma compensação pelo dano causado pelo crime. Com relação às demais condenações, como o custo da apreensão e condenação “excede a zero”, a condição ótima terá que incorporar os custos e os danos, de forma que os infratores compensem o custo de apreendê-los e o dano à sociedade.

Nuno Garoupa, em certo grau, contradiz Becker que defende ser a multa uma punição ótima, dizendo que a referida punição não se mostrou inibidora da criminalidade em algumas situações. Afirmou que a substituição entre probabilidade de pena e multa só perdura caso a pena esperada seja próxima ao ganho pelo ato criminoso, caso contrário, a relação prisão e multa deverá ser de complemento<sup>45</sup>.

Polinsky e Shavell afirmam que, dada uma probabilidade apropriada de apreensão e punição, seria suficiente, para deter a criminalidade, que as penas de multas fossem as mesmas para indivíduos com certo grau de riqueza, excetuando-se aqueles que possuem renda inferior ao valor da multa, situação em que essa deveria ser equivalente ao rendimento do indivíduo. Atentam, todavia, que, nessa última hipótese, o custo esperado para o indivíduo será inferior aquele projetado pelo legislador, o que poderá levar a perda do efeito de dissuasão se a multa não for completada com algum período de prisão <sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 192-203.

<sup>45</sup> GAROUPA, Nuno. **Optimal Magnitude and Probability of Fines**. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, Department of Economics and Business. Working Paper n. 454, 02 abr. 2000. Disponível em: <<https://www.upf.edu/en/web/econ/papers>>. Acesso em: 2 nov. 2024.

<sup>46</sup> POLINSKY, A. Mitchel; SHAVELL, Steven. A note on optimal fines when wealth varies among individuals.

Na visão de Posner, esta relação supletiva também deve incidir quando o réu não possui recursos para arcar com a multa. A pena de prisão deve ser a principal, todavia, nos casos em que o dano à vítima não puder ser mensurado, como no crime de homicídio, já que nessas hipóteses a pena de multa não atingiria um efeito dissuasório eficiente<sup>47</sup>.

Por esta lente, então, as políticas públicas, para atingir a dissuasão, devem investir recursos para o aumento da probabilidade de condenação, assim como as punições devem ser aplicadas de modo a exceder a utilidade do crime. Paralelamente, não é possível desconsiderar que a elevação da probabilidade de condenação aumenta o custo social das infrações por meio do custo de persegui-las.

A partir da medida da perda social das ofensas, chega-se ao nível de recursos públicos e punição que minimizam a perda social e são assimilados em virtude do ganho social decorrente do aumento da dissuasão<sup>48</sup>:

$$L = L(D, C, bf, O)$$

Onde:  $L$  – perda social total;  $D$  – danos causados pelo crime;  $C$  – custos de apreensão e condenação dos criminosos;  $bf$  – custo social da pena; e  $O$  – número de crimes.

A política ótima, então, advirá da otimização dos investimentos em  $C$  e de escolhas eficientes para  $bf$ . Em outras palavras, baixo investimento e grandes resultados.

A TEC reconhece particularidades quando a política penal visa enfrentar a macrocriminalidade organizada. Nesse viés, Fiorentini e Peltzman identificaram as características do crime organizado: a) economias de escala e a exploração de preços monopolísticos na oferta de bens e serviços ilegais; b) prática de violência contra outros negócios legais ou ilegais; c) hierarquia criminosa com a internalização de externalidades negativas e administração de um portfólio de atividades de riscos; d) fuga à dissipação de recursos por meio de lobby competitivo e corrupção; e) acesso mais fácil aos mercados de interesse<sup>49</sup>.

---

**American Economic Review**, v. 81, p. 618-621, 1991. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/81\\_Amer\\_Econ\\_Rev\\_618.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/81_Amer_Econ_Rev_618.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2024.

<sup>47</sup> POSNER, Richard. An Economic Theory of the Criminal Law. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1205-1214, Oct. 1985. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiI5f->. Acesso em: 08 nov. 2024.

<sup>48</sup> BECKER, G. S. op. cit. 1968, p. 182. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2024.

<sup>49</sup> FIORENTINI, Gianluca; PELTZMAN, Sam. **The Economics of Organised Crime**. New York: Cambridge University Press e CEPR, 1995. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=sciLKj\\_3RWgC&pg=PA17&dq=FIorentini,+G.+e+PELTzman,+S.+The+Economics+of+Organised+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt](https://books.google.com.br/books?id=sciLKj_3RWgC&pg=PA17&dq=FIorentini,+G.+e+PELTzman,+S.+The+Economics+of+Organised+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt)>. Acesso em: 06 nov. 2024.



Entre as medidas para o combate otimizado, apresentaram: a) estratégias baseadas no investimento e em atividades de investigação, interligando o sistema jurídico e o sistema penitenciário, com objetivo de aumentar a probabilidade de apreensão e detenção de crimes relacionados a atividades de organização; b) estratégias de apreensão relacionadas a atividades regulatórias do Estado; c) políticas de apreensão e detenção contra a “lavagem” de dinheiro a fim de impedir o investimento de ganhos ilegais em atividades legais.

Grossman desenvolveu análise em que comparou o modelo da máfia que compete com o Estado na consecução de serviços de interesse público. Nesse contexto de rivalidade, analisou a alocação de recursos e a distribuição de renda. O referido modelo demonstrou que, quando existe um contexto de extorsão e taxaço pela máfia, a competição entre essa e o Estado aumenta a oferta de serviços públicos e as recompensas ao fornecedor mafioso. Identificou uma externalidade positiva na medida em que a Máfia, na qualidade de provedora alternativa de serviços ao setor privado e competindo com o Governo na cobrança de impostos e produção de serviços, aumenta a qualidade na oferta de produtos por parte do ente público e pode até moderar atitudes cleptocráticas advindas da corrupção.<sup>50</sup>

A partir desse histórico do modelo da TEC e de sua extensão, é possível evidenciar que a principal contribuição do ensaio de Becker foi demonstrar que políticas otimizadas de justiça penal devem contemplar a alocação ótima de recursos. Os investimentos no aparato de persecução implicam na probabilidade de que dado crime seja descoberto e o criminoso apreendido e condenado. A pena, qualitativa ou quantitativamente, compõe o preço do crime para aquele que pretende cometê-lo. A perda social com a prática de um crime contempla os danos, os custos de apreensão e condenação e os custos para cumprir a pena imposta.

Sob essa abordagem, as decisões eficientes são aquelas que minimizam a perda social. O número ótimo de infrações, por sua vez, não será igual a zero, mas será alcançado quando o custo marginal de cada medida de prevenção ou execução igualar-se ao seu benefício marginal<sup>51</sup>. Isso porque, a eliminação total dos crimes só seria alcançada a custos muito elevados, seja pelo dispêndio de recursos financeiros pelo Estado, seja pela perda de parcela das garantias individuais.

---

<sup>50</sup> GROSSMAN, H. I. **Rival kleptocrats: the mafia versus the state**. The Economics of Organised Crime. Ed. Cambridge University Press e CEPR, 1995. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=sciLKj\\_3RW-gC&pg=PA17&dq=FIorentini,+G.+e+PELTZMAN,+S.+The+Economics+of+Organised+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt](https://books.google.com.br/books?id=sciLKj_3RW-gC&pg=PA17&dq=FIorentini,+G.+e+PELTZMAN,+S.+The+Economics+of+Organised+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt). Acesso em: 06 nov. 2024.

<sup>51</sup> Cf. EHRlich, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 81, n. 3, p. 521-565, 1973.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os pressupostos metodológicos da AED compõem o método de pesquisa que se centra na ideia de que quando o indivíduo se depara com mais de uma opção de atuação, como ser racional e individualista, levará em consideração a relação de custo e benefício e a redução dos riscos esperados, optando pelo resultado que melhor atenda aos seus interesses.

Considerar o comportamento do agente como racional e individualista, que, diante, de suas necessidades e da escassez dos recursos, deve realizar escolhas com base em *trade-offs* e na análise de custo-benefício, é uma abordagem estratégica para desenvolver políticas criminais otimizadas, voltadas à proteção da segurança pública.

Embora alguns críticos argumentem que a aproximação entre Direito e Economia levaria à inevitável instrumentalização do primeiro pela segunda, é fato que o Direito não pode se manter distante do ambiente social que regula e, por vezes, é também por ele regulado. Ademais, a Economia, especialmente com os recursos da microeconomia, oferece ao Direito uma ferramenta eficiente, que consiste na capacidade de analisar o comportamento humano de forma detalhada e estratégica.

Embora críticos sustentem que a convergência entre Direito e Economia acarretaria a inevitável instrumentalização do Direito pela Economia, é fato que o Direito não pode se manter distante do ambiente social que regula e que por vezes é regulado. Além disso, a Economia, com todo seu ferramental da microeconomia, traz para o Direito ferramenta que esse não possui, a possibilidade de analisar o comportamento humano.

Para formulação de políticas criminais, razoável que se incorpore os pressupostos metodológicos da AED. Isso significa reconhecer que, quando os resultados positivos do crime superam os custos e compensam os riscos, cria-se um incentivo à atividade criminosa. A aplicação desse “ferramental” econômico pode ainda auxiliar os operadores do direito a se alinharem mais estreitamente à realidade social, marcada pela escalada progressiva da violência e da criminalidade.

A TEC, conforme bem demonstrado por Becker e seus sucessores, propõe que o crime, analisado como escolha racional, onde o indivíduo, ao decidir cometer um crime, avalia os custos e benefícios envolvidos, considerando fatores como a probabilidade de ser pego e a severidade da punição, pode influenciar em estratégias de prevenção. Isso significa dizer que o comportamento criminoso pode ser desincentivado através de ajustes nos custos (punições) e na probabilidade de detecção.

Essa perspectiva analítica, então, sem abandonar a dogmática jurídica, intenciona direcionar mudanças “qualitativas e quantitativas nos índices de criminalidade, fazendo com que os agentes realizem menos crimes e, quando os realizem, sejam direcionados para as condutas me-

nos ofensivas. Na perspectiva da sociedade, fornece estratégias para a eficiente administração dos escassos bens públicos, entre eles, a segurança.

Desse modo, revela-se razoável considerar o crime a partir do seu conceito econômico e não apenas jurídico, percebendo que quando o retorno da atividade criminosa suplanta os custos e compensam os riscos, haverá ingerência no ambiente delitivo. Isso porque, o agente criminoso (racional e individualista), pondera o custo do crime (exemplo: probabilidade de ser preso e o tamanho da pena) e o benefício (exemplo: lucro) daquela conduta típica e antijurídica. Assim, quando os custos são mais baixos que os benefícios, a indústria do crime é estimulada.

Por isso, segundo a AED sob a perspectiva criminal, o crime não compensará se a política criminal tornar nulo o lucro do “empresário criminoso” ou aumentar o risco da atividade, seja pela melhora no aparato de persecução e penas qualitativa e quantitativamente desestimulantes, seja pelos elementos incentivadores do mercado legal, entre eles, educação, oferta de trabalho, distribuição de renda.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34 – 73.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução de José Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of political economy**, v. 76, n. 2, p. 173, mar./apr. 1968. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2024.

\_\_\_\_\_. Theory of Social Interactions. **Journal of political economy**, v. 82, n. 6, p. 1063 – 1093, 1974. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w0042.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BERNI, Duílio deÁvila. **Teoria dos Jogos**: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004, p.123; GONÇALVES, Jéssica. op. cit., 2016, p. 123.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

CONTI, Thomas Victor. **Capital Humano, Crime e Punição**: Becker, Foucault e os seminários de Chicago de 2012 e 2013. Working paper de apresentação do autor realizada no Instituto de Economia da Unicamp em 27 nov. 2015. Disponível em: <<http://thomasvconti.com.br/tag/gary-becker/>>.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

EHRlich, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 81, n. 3, p. 521-565, 1973. Disponível em: <http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/260058>. Acesso em: 8 ago. 2024.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (organizadores). **Poder Econômico: Direito Pobreza Violência Corrupção**. Barueri: Manole, 2009

FIORENTINI, Gianluca; PELTZMAN, Sam. **The Economics of Organised Crime**. New York: Cambridge University Press e CEPR, 1995. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=sciLKj\\_3RWgC&pg=PA17&dq=FIORENTINI,+G.+e+PELTZMAN,+S.+The+Economics+of+Organised+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt](https://books.google.com.br/books?id=sciLKj_3RWgC&pg=PA17&dq=FIORENTINI,+G.+e+PELTZMAN,+S.+The+Economics+of+Organised+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt)>. Acesso em: 10 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. Optimal Magnitude and Probability of Fines (April 2, 2000). Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, Department of Economics and Business. Working Paper n. 454, 02 abr. 2000. Disponível em: <<https://www.upf.edu/en/web/econ/papers>>. Acesso em: 8 ago. 2024.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-31.

GLASER, Edward L.; SACERDOTE, Bruce; SCHEINKMAN, José A. Crime and social interactions. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 61, n. 2, 1996. p. 507-548. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~joses/pp/crime.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2024.

GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à Justiça e Teoria dos Jogos**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GROSSMAN, H. I. **Rival kleptocrats: the mafia versus the state**. The Economics of Organised Crime. Cambridge, UK: Cambridge University Press e CEPR, 1995. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=sciLKj\\_3RWgC&pg=PA17&dq=FIORENTINI,+G.+e+PELTZMAN,+S.+The+Economics+of+Organised+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt](https://books.google.com.br/books?id=sciLKj_3RWgC&pg=PA17&dq=FIORENTINI,+G.+e+PELTZMAN,+S.+The+Economics+of+Organised+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt)>. Acesso em: 10 ago. 2024.

HAYEK, Friedrich A. Von. **Law, Legislation and Liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1973, v. 1.

KOLM, S. C. A note on optimum tax evasion. **Journal of Public Economy**, n. 2, 1973.

KRUGMAN, Paul R; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 7. Disponível em: <<https://profwalfredoferreira.files.wordpress.com/2014/02/introducao-a-economia-paul-krugman-e-robin-wells.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2024.

LEVITT, Steven David; DUBNER, Stephen. **Superfreakonomics**: o lado oculto do dia a dia. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LIMA, Maria Lúcia. L. M. Pádua (coord.). **Agenda contemporânea**: direito e economia, 30 anos de Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

MENEGAZ, Daniel da Silveira. **Lavagem de dinheiro**: os Mecanismos de Controle penal na justiça federal no combate à criminalidade. Curitiba: Juruá, 2012.

NASAR, Silvia. **Uma mente brilhante**. Tradução de Sérgio Moraes Rego. Rio de Janeiro: Record, 2002.

OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do crime no Brasil. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Digo (Coord.). **Direito Penal Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. **Liberdade e Irrenunciabilidade no direito do trabalho**: estudo dos princípios à economic analysis of law aplicados ao direito do trabalho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

POLINSKY, A. Mitchel; SHAVELL, Steven. A note on optimal fines when wealth varies among individ-

uais. **American Economic Review**, v. 81, p. 618 – 621, 1991. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/81\\_Amer\\_Econ\\_Rev\\_618.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/81_Amer_Econ_Rev_618.pdf)>. Acesso em: 8 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. An Economic Theory of the Criminal Law. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1205-1214, Oct. 1985. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiI5f->. Acesso em: 8 ago. 2024.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p.6.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. O que é Direito e Economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador do direito. **Caderno Direito GV**, n. 22 – mar. 2008a, p. 15. Disponível em: <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=bruno\\_meyerhof\\_salama](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=bruno_meyerhof_salama)>. Acesso em: 16 jun. 2024.

SINGH, B. Makin; Honesty the best policy. **Journal of Public Economy**, n. 2, 1973.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: conceitos básicos**. 7. ed. Tradução de Maria José José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VIAPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso**. Porto Alegre: AGE, 2006.

“AS CIÊNCIAS CRIMINAIS TRATAM DE DIREITOS, INTERESSES E VALORES EXTREMAMENTE IMPORTANTES PARA A SOCIEDADE, EM TODA A SUA COLETIVIDADE, E PARA O SER HUMANO, EM TODA A SUA INDIVIDUALIDADE. AO LONGO DOS ANOS, A HISTÓRIA DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS DEMONSTROU A NECESSIDADE DE SEREM CONCILIADOS PONTOS POLÍTICOS E JURÍDICOS DIVERSOS, DE FORMA A TORNAR O SISTEMA PENAL MAIS EFETIVO. DE UM LADO, A GRANDE PREOCUPAÇÃO COM A SUA EFICIÊNCIA, FOCANDO A SUA ATENÇÃO NA SEGURANÇA DE TODA A SOCIEDADE, ESPECIALMENTE NOS TEMAS MAIS RELEVANTES PARA CADA GRUPO SOCIAL. DE OUTRO, A PERSPECTIVA GARANTISTA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS INDIVÍDUOS, INICIALMENTE CONCENTRADA NA PERSPECTIVA DO AUTOR DO FATO CRIMINOSO, E QUE AGORA TAMBÉM É IMPACTADA COM A DIMENSÃO DOS DIREITOS DAS VÍTIMAS. A PARTIR DESTA CONSTATAÇÃO, ESTE LIVRO CONTRIBUI COM REFLEXÕES SOBRE DIVERSOS TEMAS DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS, A PARTIR DE DIVERSOS OLHARES E NARRATIVAS, QUE PRETENDEM TORNAR O SISTEMA PENAL MAIS JUSTO E EQUILIBRADO.”