

Revista Científica
O DIREITO PENSA

Maringá/PR, v.4, n.2

ISSN 2675-844X



Maringá/2023



Revista Científica
O DIREITO PENSA

v.4 n.1
ISSN 2675-844X

Revista Científica
O DIREITO PENSA

Maringá/PR, v.4, n.2

ISSN 2675-844X



Maringá/2023



Equipe técnica

Editor científico

Antonio Rafael Marchezan Ferreira
Universidade Estadual de Maringá

Editor executivo

Gustavo Felipe Berça Ogata
Universidade Estadual de Maringá

Diagramação e Capa

Vinícius Ferrareto Chagas
Universidade Estadual de Maringá

Amandha Oberst Jacinto
Universidade Estadual de Maringá

Comitê editorial

Alexandre Ribas de Paulo
Universidade Estadual de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/8924298565036412>

Almir Santos Reis Junior
Universidade Estadual de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/3471405915737365>

Celina Rizzo Takeyama
Universidade Estadual de Maringá – UEM
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/0281198360647072>

Edson Mitsuo Tiujo
Universidade Estadual de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/1043883576622362>

Edvaldo Sapia Gonçalves
Universidade Estadual de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/8929980439691005>

Gisele Mendes de Carvalho
Universidade Estadual de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/0032356414758686>

Ivan Aparecido Ruiz
Universidade Estadual de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/8393076707737696>

Solange Montanher Rosolen
Universidade Estadual de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/7339321491065575>

Arno Dal Ri Júnior
Universidade Federal de Santa Catarina
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/2020985889273319>

Bruno Soeiro Vieira
Universidade da Amazônia
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/0260422488266691>

Clarissa Piterman Gross
Fundação Getúlio Vargas
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/8953652361664903>

Gustavo Noronha de Ávila
Centro Universitário de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/4220998164028087>

José Manuel Avelino de Pina Delgado
Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais
- Cabo Verde
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/0729429327267268>

Kleidson Nascimento dos Santos
Instituto Federal de Sergipe - IFS
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/4439142923372904>

Rosilene Terezinha de Paiva
Universidade Estadual de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/7035729734569755>

Valine Castaldelli Silva
Universidade Federal de Santa Catarina
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/7414785543009632>

Corpo de pareceristas ad hoc

Alaércio Cardoso
Universidade Estadual de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/6216806706237310>

Contato

Departamento de Direito Privado e Processual - DPP UEM
Universidade Estadual de Maringá - Campus Universitário de Maringá
Av. Colombo, 5790 – Bloco D34/Sala 008 – Maringá – PR
CEP 87020-900 Fone: (44) 3011.4950.
e-mail: odireitopensa@uem.br



Revista Científica O Direito Pensa

Volume 4, número 2 – 2023

Sumário

Editorial

Comissão Editorial

Sobre o Princípio da Universalidade da Jurisdição da Lei Penal em Crimes Internacionais

On The Principle Of Universality Of Criminal Law Jurisdiction In International Crimes

- Julia Crubellate

Projeto de Lei n. 2.787/2019: Proposta de Delito De Ecocídio

The Real Estate Bill n. 2.787/2019: Proposal of an Ecocide Crime

- Vítor de Souza Ishikawa

A Importância da Perpetuação do Material Genético como Ferramenta na Investigação dos Crimes Sexuais

The Importance Of Perpetuating Genetic Material As A Tool In The Investigation Of Sexual Crimes

- Roberta Simões dos Santos

- Pedro Rogério Vilela Ribeiro

Violação ao Devido Processo Legal por Ausência dos “Avisos de Miranda”: Posicionamento dos Tribunais Superiores Acerca do Tema

Violations of Due Legal Process Due to the Absence of “Miranda Rights”: Position of The Superior Courts on The Subject

- Tathianne Aparecida da Trindade Garcia

- Andressa Paula De Andrade

Das Origens da Justiça Castrense

The Origins of Military Justice

- Bruno Henrique de Moura

- Sérgio Ferreira Brito

Direito e Punição em “O Estrangeiro” de Albert Camus

Law and Punishment in Albert Camus’ “The Stranger”

- Raul Rodrigues Kühl

O Crime De Fraude em Licitação ou Contrato Administrativo Previsto no Art. 337-I do Código Penal: Análise Sobre sua Objetividade Jurídica e a Administração Pública Enquanto Sujeito Passivo do Bem Jurídico-Penal das Relações de Consumo

The Crime of Fraud in Bid-Ridding or Administrative Contracts in Art. 337-I of the Penal Code: Analysis of its Legal Objectivity and the Public Administration as a Passive Subject of the Legal Good of Consumer Relations

- Anderson Burke



A Utilização do Reconhecimento Facial na Segurança Pública Brasileira

The Use of Facial Recognition in Brazilian Public Security

- Maria Eugênia Fachone Soares
- Bruna Beatriz Dutra Ferreira
- Ana Maria Molinari

Prisão Ex Lege: Uma Análise Sobre sua (In)Constitucionalidade

Ex Lege Prison: An Analysis of its (In)Constitutionality

- Vitória Piffer Colombo

EDITORIAL

Na graduação, o Direito Penal encanta. O delito é, por definição, o extraordinário, o que rompe com as expectativas normativas e que contém um elemento social de desagregação. Não à toa, é o crime que nos faz consumir parte do que a indústria cultural nos disponibiliza, entre filmes, séries e livros. É o crime que movimenta notícias e noticiários e que invade as conversas mais banais do dia a dia. É difícil que o/a estudante não se sinta naturalmente interessado quando, em sala de aula, propõe-se investigar o que significa “lavagem de dinheiro”, quais são os elementos da “corrupção passiva” e como é o procedimento para julgar os “crimes contra a vida” no “Tribunal do Júri”: termos técnicos e pertencentes ao senso comum, simultaneamente.

Quando vem das ruas, das audiências e das cadeias, o Direito Penal enoja. Acentuamos nos livros e artigos a imperatividade de barreiras normativas ao legislador e ao julgador. Dizemos em coro: o que se configura como bagatela, como insignificante, despe-se de caráter criminoso; só os representantes eleitos democraticamente detêm competência para definir zonas de lícito e de ilícito; o Direito Penal só pode atuar quando as outras formas de controle social formal e informal fracassarem. Aprende-se e repete-se sobre ressocialização como finalidade da pena e os seus impactos nos princípios da Execução Penal. Ensinamos que se pune pelo que se faz e não pelo que se é; cumprida a pena, “ressocializado” o apenado, o sujeito retoma ao *status quo ante* ainda melhor, agora “curado” de vícios e falhas pessoais e sociais, sem os “sintomas” do crime.

Este quadro normativo sólido se desmancha ao mero contato com o empírico. O legislador pouco se importa com qualquer padrão de racionalidade: basta criar crimes e aumentar penas ao sabor das bandeiras eleitorais e os problemas se resolvem. O Judiciário fecha os olhos à Constituição Federal: mesmo quando toma decisões corretas – e aqui se destacam alguns entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, sobre reconhecimento de pessoas e sobre a determinação do regime inicial e a sua progressão – o Ministério Público e os Tribunais se recusam repetida e arduamente a segui-los. Já ao final – e nem tão ao final assim, dada a quantidade imensa de presos provisórios –, temos o cumprimento de pena, esquecido pela própria dogmática. Esquecemos que, ao final de toda a abstração teórica da teoria do delito, por exemplo, a questão é sobre privar alguém de liberdade. É de encarcerar que falamos quando falamos de Direito Penal.

Então temos a prisão. O Supremo já reconheceu um estado de coisas inconstitucional no nosso sistema carcerário. A quem brade por condições mais degradantes, pergunta-se o que mais é necessário: temos cadeias superlotadas, presos enjaulados em containers, índices altíssimos de mortes violentas, de tortura, de crimes sexuais e semelhantes contra apenados, completa ausência de condições mínimas de higiene e de alimentação adequadas, verdadeiras epidemias de ISTs e de tuberculose. Ainda que falemos em “não dessocialização”, em vez de ressocialização, estaríamos sendo otimistas; utópicos, até. Custa-nos inclusive pensar em um cenário pior.

Na academia, o Direito Penal luta. Não há outro caminho. A dogmática construída pelos alemães, a quem tanto nos acudimos, orienta-se por ideias de segurança, previsibilidade e, por tudo, racionalidade. A nossa realidade brasileira, latino-americana, traz uma urgência a esse objetivo frente ao enojante cenário que se desenrola sem que tenhamos muitas alternativas e à seletividade que tem cor e classe. Mas há: e o caminho deve ser pela dogmática, que sustenta a luta. As poucas até então vencidas fazem uma imensa diferença.

O objetivo deste dossiê centra-se em um esforço conjunto, de professores, estudantes e “práticos”, que cobre os diferentes encantos e desencantos das disciplinas penais, do encanto ao nojo e do nojo à luta. Esses sentimentos se imbricam e dão cor e conteúdo a qualquer posição possível quando nos aproximamos do Direito Penal, do Processo Penal, da Criminologia, da Execução Penal e da Política Criminal. Compreendê-los e elaborá-los é um primeiro passo.

Os artigos publicados firmam-se neste tripé: tratam do delito, do excepcionalmente reprovável e de sua resposta estatal, a mais agressiva e violenta à disposição do Estado, e só por isso encanta; não ignoram essa violência intrínseca que integra o ser próprio do Direito Penal, exercida em regra seletiva e arbitrariamente, e só por isso enoja; e, por encantar e enojar, impõe-se um esforço de racionalização, de controle, de um esforço de construção de critérios que permitam segurança e respeito aos direitos humanos, e por tudo isso cumpre o seu papel na luta que a dogmática enfrenta por ofício e por obrigação. Esperamos que, deste dossiê especial, tantos outros ainda sigam nesta Revista!

Comissão Editorial

EDITORIAL

Criminal law enchants undergraduates. Crime is, by definition, the extraordinary, that which violates normative expectations and contains a social element of disintegration. No wonder it is crime that makes us consume part of what the cultural industry makes available to us, including films, series and books. The topic of criminal activities drives the daily news and invades the most banal everyday conversations. It's hard for students not to feel naturally interested when, in the classroom, they are asked to think what "money laundering" means, what the elements of "passive corruption" are and what the procedure is for judging "crimes against life" in the "Jury Court": technical terms that belong to common sense at the same time.

When it comes from the streets, courtrooms and prisons, criminal law disgusts. In books and articles, we emphasize the imperative of normative barriers for legislators and judges. We say in chorus: what is understood as *bagatelle*, as insignificant, has no criminal character; only democratically elected representatives have the competence to define "areas of lawfulness and unlawfulness"; Criminal Law can only be enacted when other forms of formal and informal social control have failed. We learn and repeat about re-socialization as the objective of criminal punishment and its impact on the principles of the fulfillment of a conviction. We are taught that someone is punished for what he/she does and not for what the person is; once the punishment is fulfilled, the convict is "resocialized" and returns to the *status quo ante* even better, now "cured" of personal and social vices and failings, without the "symptoms" of crime.

This solid normative framework falls apart when it comes into contact with empirical evidence. The legislature cares little for any standard of rationality: all it has to do is create crimes and increase penalties to suit the electoral banners and therefore the problems are solved. The judiciary turns a blind eye to the Constitution: even when it makes correct decisions – and here we highlight some of the *Superior Tribunal de Justiça's* rulings, for example, on ways to recognize people and determining the initial regime and its progression – the *Ministério Público* and the Courts repeatedly and arduously refuse to follow them. At the end - and not so much at the end, given the huge

number of pre-trial detainees – we still deal with the reality of the prison, when the conviction is carried out, which is forgotten by our academic studies. We forget that, at the end of all the theoretical abstraction of crime theory, for example, the question is about depriving someone of their liberty. It's imprisonment that we're talking about when we talk about criminal law.

Then we have prison. The Supreme Court has already recognized an unconstitutional state of affairs in our prison system. Those who demand for more degrading conditions force us to wonder what else is needed: we have overcrowded jails, prisoners caged in containers, extremely high rates of violent deaths, torture, sexual crimes and the like against prisoners, a complete lack of minimum hygiene conditions and adequate food, real epidemics of STIs and tuberculosis. Even if we talk about "non-desocialization" instead of resocialization, we would be optimistic; utopian, even. We even find it hard to think of a worse scenario.

At University, criminal law studies resist. There is no other way. The theories built by the Germans, to whom we have given so much attention, are guided by ideas of security, predictability and, above all, rationality. Our Brazilian and Latin American reality brings an urgency to this objective against the disgusting scenario that is unfolding without many alternatives and the selectivity of our criminal agencies that have color and class targets. But there is: and the path must be through theorization, which sustains the important fights. The few that have been won so far played a huge role.

The aim of this volume is centered on a joint effort by professors, students and "practitioners" that covers the different charms and disenchantments of criminal disciplines, from charm to disgust and from disgust to resistance. These feelings intertwine and give color and content to any possible position when we approach Criminal Law, Criminal Procedure, Criminology, Criminal Enforcement and Criminal Policy. Understanding and elaborating them is a first step.

The published papers are based on this tripod: they deal with crime, the exceptionally reprehensible and the state's response, the most aggressive and violent at the state's disposal, and for this reason alone it enchants; they do not ignore this intrinsic violence that is part of the very being of Criminal Law, exercised as a rule selectively and



arbitrarily, and for this reason alone it disgusts; and because it enchants and disgusts, it requires an effort to rationalize, to control, to build criteria that allow for security and respect for human rights, and for all this it plays its part in the resistance that our scientific work pushes by obligation. We hope that this special volume will be followed by many more in this journal!

Editorial Board



SOBRE O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA JURISDIÇÃO DA LEI PENAL EM CRIMES INTERNACIONAIS

ON THE PRINCIPLE OF UNIVERSALITY OF CRIMINAL LAW JURISDICTION IN INTERNATIONAL CRIMES

Julia Crubellate¹

Resumo: A jurisdição penal brasileira adota, como regra, o princípio da territorialidade, isto é, o preceito de que todo crime cometido em solo brasileiro, e apenas neste, deve ser julgado com base no ordenamento nacional. Entretanto, há exceções. O princípio da universalidade da jurisdição é uma dessas ressalvas. Utilizando-se da metodologia dedutiva, o presente trabalho pretende investigar a aplicação da jurisdição universal da lei penal no julgamento de graves crimes internacionais, como o genocídio, por exemplo. Conclui-se que, embora a territorialidade jurisdicional seja a regra, o princípio da universalidade no âmbito do direito internacional vem ganhando cada vez mais espaço.

Palavras-Chave: jurisdição universal - direito internacional - direito penal - crimes internacionais.

Abstract: The Brazilian criminal jurisdiction adopts, as a rule, the principle of territoriality, which is the precept that every crime committed in Brazil, and only there, must be judged based on the national laws. However, there are exceptions. The principle of universality of jurisdiction is one of these caveats. Using the deductive methodology, the present work intends to investigate the application of the universal jurisdiction of the criminal law in the trial of serious international crimes, such as genocide. It is concluded that although jurisdictional territoriality is the rule, the principle of universality under international law is gaining more space.

Keywords: universal jurisdiction - international law - penal law - international crimes.

Sumário: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 3 Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A jurisdição, isto é, a função do Estado de reconhecer e efetivar a tutela jurisdicional realizando assim a paz social é efetivada dentro de linhas concretas e preestabelecidas de tempo e de espaço. A lei penal, parte da jurisdição, tem como princípios de espaço a territorialidade, a nacionalidade e a universalidade.

Embora a regra adotada pelo ordenamento penal brasileiro seja a da territorialidade dessas leis, uma vez que o próprio Código Penal estipula que será aplicada a lei penal brasileira em todo o território, e apenas neste, há algumas exceções. Entre essas ressalvas se encontram os princípios da extraterritorialidade e da universalidade.

A fim de punir crimes cometidos contra, ou por, brasileiros em outros Estados, bem como contra bens jurídicos brasileiros, permite-se que a jurisdição brasileira se estenda e

¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM); estudante; Maringá, Paraná, Brasil; crubellatej@gmail.com

alcance essas partes envolvidas, julgando-as, onde quer que o crime aconteça.

O que acontece, contudo, quando o Estado em questão não tem nenhum vínculo com as partes ou com o bem lesado? Poderá processar o crime mesmo assim? Para esses casos, faz-se necessária a utilização do princípio da universalidade jurisdicional da lei penal.

O presente trabalho pretende, portanto, analisar a universalidade da jurisdição da lei penal no direito internacional, em julgamentos que envolvam graves crimes internacionais, como os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Utilizando o método dedutivo, parte-se da amplitude da lei penal no espaço até chegar à universalidade jurisdicional desta, passando pelos princípios da territorialidade e extraterritorialidade. Também será utilizada a análise teórica, utilizando-se de ideias, originadas de bibliografia de autores consagrados que escreveram sobre o tema a ser abordado.

Por fim, este artigo justifica-se no campo das ciências jurídicas, já que analisa aspectos do processo penal brasileiro, bem como na área dos estudos dos direitos humanos, pois investiga, igualmente, o princípio criado para coibir crimes internacionais que, em regra, são crimes contra os direitos fundamentais.

2. Desenvolvimento

O conceito de jurisdição advém do latim “*jurisdictio*”, cujo sentido estrito é “dizer o direito”, já que nos primórdios das ciências jurídicas, apenas o juiz possuía essa capacidade de postular o Direito, isto é, de propriamente dizê-lo, declará-lo.

No sistema jurídico atual, jurisdição, nas palavras de Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 78), é a “função do Estado de, quando provocado, substituindo a vontade das partes, e mediante um processo democrático e justo, reconhecer e efetivar a tutela jurisdicional realizando assim a paz social”. Portanto, não é mais a pessoa do juiz que dita o direito, mas sim o Estado.

Essa jurisdição atuará dentro de um tempo e espaço pré-estabelecidos. Em decorrência do princípio da soberania, a lei penal vige em todo o território de um Estado politicamente organizado (Bitencourt, 2020, p. 238). Portanto, a regra é a territorialidade da lei. Contudo, há casos em que a lei penal deve ultrapassar os limites territoriais do estado, a fim de regular fatos ocorridos em outros Estados, mas que envolvem a ordem jurídica do país em questão.

Alguns dos princípios que regulam a lei penal no espaço, são:

- a) Princípio da territorialidade: aplica-se a lei penal do Estado aos crimes praticados em todo seu território, independentemente da nacionalidade do agente que o cometeu, da vítima ou do bem jurídico lesado. Tal princípio vem descrito no artigo 5º, *caput*, do Código Penal (CP), sendo, portanto, a regra adotada pelo ordenamento penal brasileiro.
- b) Princípio real, de defesa ou de proteção: permite-se a extrapolação dos limites territoriais, a fim de que a jurisdição do Estado titular do bem jurídico lesado possa protegê-lo. Aplica-se tal princípio aos bens jurídicos considerados fundamentais pelo ordenamento jurídico.
- c) Princípio da nacionalidade ou da personalidade: aplica-se a lei penal na nacionalidade do agente em qualquer lugar onde o crime tenha ocorrido. Trata-se de uma atitude que busca coibir a impunidade de nacionais por crimes cometidos em outros países, bem como que seus nacionais sejam vítimas em outros países, sem que sejam adotadas as medidas cabíveis de proteção ou de reparação.
- d) Princípio da universalidade ou cosmopolita: as leis penais devem ser aplicadas a todas as pessoas em todos os lugares. Para que isso ocorra, é fundamental a cooperação penal internacional, a fim de que todos os crimes sejam punidos, não importando o local em que forem cometidos, a nacionalidade do agente ou da vítima.

Embora o Brasil tenha adotado como regra o princípio da territorialidade em matéria penal, há algumas exceções. O artigo 7º do CP traz a seguinte redação:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II - os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados

Logo, alguns crimes exigem a atuação extraterritorial por parte da jurisdição brasileira, seja em decorrência da importância do cargo ocupado pela pessoa, como casos que envolvam o presidente da república, seja em decorrência do bem jurídico lesado. A jurisdição brasileira também alcançara em ocorrências de crimes graves, como o de genocídio, quando o agente é brasileiro ou domiciliado no Brasil, ou em outras categorias de crimes, quando cometidos por brasileiros, mesmo que não estejam domiciliados no Brasil.

Vale lembrar que esses crimes graves, isto é, crimes internacionais ("crimes de guerra"), inicialmente foram divididos em três grupos tipificados no Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1945, que instituiu o Tribunal Militar *ad hoc* de Nuremberg: a) crimes contra a paz; b) crimes de guerra em sentido estrito (atos cometidos no curso da guerra) e c) crimes contra a humanidade.

Atualmente, o Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002), em seu artigo 5º, define como crime internacional quatro tipos: a) crime de genocídio; b) crime contra a humanidade; c) crimes de guerra; e d) crime de agressão.

Há também aqueles delitos que obrigatoriamente devem ser julgados pelo Brasil, quando este se obrigou a reprimi-los por tratado ou convenção. Assim, há uma quebra do vínculo entre o estado, as partes envolvidas ou o bem lesado, como acontece com o resto do direito penal, já que o Brasil é obrigado a coibir tais crimes previstos em tratados ou acordos, mesmo que não haja nenhuma relação entre as partes e o país, ou mesmo que este não sofra nenhuma das consequências do delito em questão.

O prolongamento da jurisdição é conhecido como o princípio da universalidade, ou justiça penal universal. Essa justiça é regulada no ordenamento brasileiro no tópico da extraterritorialidade, no artigo 7º, inciso II, alínea "a", do CP:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:
II - os crimes:
a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;

Tal entendimento decorre de longas discussões em nível internacional, que se intensificaram com as atrocidades cometidas durante as duas grandes guerras, especialmente a segunda, e ao longo do século XX, com os diversos casos de genocídios e conflitos armados. Percebeu-se que a limitação da persecução penal estatal dentro das quatro paredes do próprio território não era mais suficiente para punir crimes que violavam gravemente os direitos humanos, mas que não eram julgados por desídia do país onde haviam sido cometidos, ou por terem sido cometidos por nacionais de Estados que não queriam, ou não podiam processá-los.

Também se constatou a existência de valores fundamentais e universais, como a vida dos nacionais, a existência dos povos, a proteção aos direitos humanos essenciais, bem como violações que devem ser combatidas por todos os povos, como por exemplo os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra.

O crime de genocídio foi tipificado na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, no ano de 1948, por ocasião da III Sessão da

Assembleia Geral da recém formada Nações Unidas, e ratificada pelo Brasil em 1952.

Nessa Convenção, definiu-se o crime de genocídio como sendo:

“(…) qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.”

Assim, toda e qualquer tentativa sistemática de destruição, no todo ou em parte, de um grupo étnico, nacional, religioso ou racial, configura-se como genocídio. Cabe lembrar que não é necessário que haja a morte dos membros do grupo em questão, pois casos como a transferência forçada de crianças, por exemplo, a fim de aniquilar um grupo étnico, configuram crime de genocídio.

Portanto, crimes como o holocausto judeu, as atrocidades cometidas contra os cambojanos durante o regime do Khmer Vermelho no Camboja (1975-1979), o massacre dos Tutsis em Ruanda (1994) e a hecatombe dos bósnios muçulmanos na região da Srebrenica (1995), são apenas alguns dos exemplos mais conhecidos de crimes de genocídio, entre tantos que foram cometidos ao longo da história humana.

Por sua vez, crimes contra a humanidade são definidos como “atos que são deliberadamente cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil” (Paulino, 2020). Tais crimes foram primeiramente tipificados pela Resolução n. 3 de 1946 e Resolução n. 95 (I) de 1946, ambas da Assembleias Geral das Nações Unidas. Ademais, a Resolução n. 2.391 de 1968 instituiu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, estipulando que tal enquadramento será feito mesmo que os crimes ocorram em tempos de paz e a despeito de haver, ou não, tipificação por parte do Estado em questão.

Portanto, tratam-se crimes contra qualquer grupo civil, não necessariamente pertencentes a uma mesma etnia, religião ou nacionalidade, e que podem ser cometidos tanto em tempos de guerra, quanto em tempos de paz.

O primeiro julgamento de um crime com essa tipificação aconteceu durante os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, onde foram condenados os líderes da Alemanha nazista.

Embora ainda não estejam previstos em nenhuma convenção, contam com o status de

ius cogens (leis imperativas) no direito internacional, sendo admitidos por praticamente todos os tribunais penais internacionais, sendo caracterizados como ataques sistemáticos e coordenados, por meio de políticas governamentais contra sua própria população, ou contra parte dela. Também comete crime contra a humanidade o governo que permite que tais atos sejam cometidos dentro de seu território, sem combatê-los.

Alguns exemplos de crimes contra a humanidade são: assassinatos, massacres, experimentação humana, punições extrajudiciais, esquadrões da morte, desaparecimentos forçados, desumanização, uso militar de crianças, sequestros, estupro, escravidão, canibalismo, tortura e repressão política ou racial.

Por derradeiro, crimes de guerra consistem em violações ao direito internacional, sobretudo aos direitos humanos, ocorridas durante períodos de confrontos. Têm como objetivo coibir atos exagerados cometidos durante conflitos armados e são definidos por acordos internacionais, como a Convenção de Genebra (1949) e o Estatuto de Roma (1998).

O Estatuto de Roma traz em seu artigo 8º, tópico 2, um grande rol de ações que são consideradas crimes de guerra, como o homicídio doloso, tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde, por exemplo. O referido Estatuto foi ratificado pelo Brasil em 2002.

Frisa-se que os tratados produzem efeitos entre as partes contratantes, sendo o cumprimento obrigatório, a partir do momento em que entram em vigor, conforme o artigo 34 das Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), também promulgadas pelo Brasil em 2009. Todos esses crimes são graves e devem ser desincentivados e combatidos por todos os Estados².

Viu-se anteriormente que o Brasil adotou a territorialidade como regra para a aplicação da lei penal, isto é, aplicar-se-á a lei brasileira para os crimes cometidos em território nacional³.

Constatou-se também que, em casos específicos, a legislação brasileira “alcança” crimes

² “a) *Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious violations of international humanitarian law committed in international or noninternational armed conflict.*” (*Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes*).

³ “Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.” (Código Penal).

cometidos fora do solo brasileiro. Tais casos estão legislados nos incisos do artigo 7º, do CP. Um desses diz respeito a crimes contra os quais o Brasil obrigou-se a reprimir por meio de tratado ou acordo internacional.

Assim, crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes de guerra entrariam no rol das violações abarcadas pelo princípio da universalidade. Logo, qualquer Estado tem o direito, e mais ainda, o dever, de julgar e punir esses crimes, mesmo que ocorram em território estrangeiro e envolvam partes que não são nacionais do país em questão. Não é necessário haver ligação entre as partes envolvidas, o bem lesionado e o Estado que os pune.

A competência universal “refere-se à afirmação de competência sobre os delitos, qualquer que seja o local onde tenham sido cometidos ou a nacionalidade dos seus autores. Considera-se que ela se aplica a uma gama de delitos cuja repressão por todos os Estados é justificada ou requerida a título da política pública internacional” (CICV, 1999).

O Instituto de Direito Internacional, na sessão de Cracóvia, em 2005, adotou uma Resolução sobre a competência universal em matéria penal, com relação aos crimes de genocídio, de crimes contra a humanidade e de crimes de guerra (“*Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes*”), tendo como relator Christian Tomuschat

A Resolução institui a competência aos Estados não apenas de investigar esses crimes, mas de julgar os agentes causadores e, caso sejam condenados, de puni-los, mesmo que não haja vínculo algum com o Estado em questão.

Igualmente estipulou que esse princípio está baseado no direito consuetudinário, bem como tratados multilaterais, não sendo necessário, portanto, a codificação ou normatização desse tipo de jurisdição.

A Resolução, de mesmo modo, estabelece regras para a utilização do princípio em comento. Primeiramente, a jurisdição universal poderá ser aplicada em casos que envolvam graves violações aos direitos humanos, como crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou outras violações ao direito internacional, tendo sido cometidas em épocas de conflitos armados ou em tempos de paz, como já mencionado anteriormente.

Além disso, o exercício dessa jurisdição requer a presença do acusado no território do Estado que está conduzindo o processo, a fim de que possa ser controlado de forma legal e justa, bem como possa se defender das acusações.

Em terceiro lugar, a Resolução obriga o Estado que possui a custódia do acusado a demandar ao país onde efetivamente ocorreu o crime ou ao país da nacionalidade do indivíduo, se possuem o preparo necessário para investigar e processar o crime. Aqui há uma tentativa de salvaguardar o princípio da territorialidade, pois se o Estado que possui vínculo com o acusado puder processá-lo, este deverá ser enviado pelo país que o deteve, para que seja julgado por quem efetivamente possui um vínculo com a situação. Isso só não ocorrerá caso o segundo Estado não queira ou não possa processar o sujeito.

O quarto ponto também remete ao princípio da territorialidade, já que prevê que o Estado que possui a custódia do acusado baseada apenas na jurisdição universal, deve considerar cuidadosamente os pedidos de extradição feitos por Estados que tenham vínculos, como territorialidade ou nacionalidade, com o crime, o acusado ou a vítima, desde que tal país possa e esteja disposto a prosseguir com o julgamento.

Isso demonstra que, mesmo em uma Resolução que regulamenta a universalidade jurisdicional da lei penal, a territorialidade desta é tão relevante e importante, que deve ser respeitada nos casos em que há a viabilidade e o interesse por parte do Estado que possui um vínculo com o crime ou com as partes envolvidas, em processá-lo, sempre respeitando, igualmente, a jurisdição dos tribunais penais internacionais.

É cediço que todo Estado que esteja julgando um acusado baseado na universalidade da jurisdição penal deve respeitar os direitos humanos e internacionais, a fim de que não haja violações ao devido processo legal e à ampla defesa do processado.

O 5º ponto da aludida Resolução traz diretrizes e resume o princípio da cooperação internacional:

Estados devem, quando apropriado, auxiliar e cooperar entre si para detectar, investigar, reunir evidências, prender e trazer a julgamento pessoas suspeitas de terem cometido crimes internacionais, e empreenderem medidas adequadas para tais propósitos⁴.

Por derradeiro, a Resolução faz uma ressalva de que as imunidades estabelecidas pelo direito internacional, como a imunidade dos governantes em exercício, diplomatas, embaixadores, entre outros, deverão ser respeitadas.

Vale lembrar que essas imunidades, contudo, não podem ser usadas como empecilhos a

⁴Original: “States should, where appropriate, assist and cooperate with each other in detecting, investigating, gathering evidence, arresting and bringing to trial persons suspected of having committed international crimes, and take adequate measures for that purpose”.

escorreita aplicação da lei penal, conforme prevê o próprio Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, em seu artigo 27:

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

Já há julgamentos nesse sentido. O pioneiro foi a perseguição e posterior julgamento do presidente iugoslavo Slobodan Milosevic, pelos crimes cometidos no exercício da presidência da Iugoslávia, durante o conflito de Kosovo, em 1999, afastando, nesse momento, a imunidade presidencial, gerando um relevante precedente.

Essa mudança de paradigma do direito penal em âmbito internacional, tem se mostrado eficaz em salvaguardar os direitos humanos, bem como coibir a impunidade que antes revestia o julgamento de crimes cometidos em momentos de guerra ou como políticas de Estado por governantes.

3. Conclusão

À luz do que foi exposto anteriormente, conclui-se que, embora o princípio da territorialidade da lei penal brasileira seja a regra, o princípio da universalidade se faz presente e vem ganhando cada vez mais relevância no mundo contemporâneo, altamente globalizado.

Cooperações, tratados e acordos internacionais são firmados constantemente, e todos eles criam obrigações entre as partes vinculadas, inclusive no sentido de investigar, julgar e punir crimes graves.

Crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes de guerra violam profundamente o sistema de direitos humanos e os fundamentos mais caros à sociedade, como a vida, a existência dos povos, a dignidade da pessoa humana e a própria perpetuação das culturas e etnias que colorem a raça humana.

O território onde o crime foi cometido e a nacionalidade do agente causador ou da vítima não devem ser empecilhos para a aplicação da necessária lei penal, a fim de evitar,

fazer cessar ou punir graves delitos que, embora não atinjam diretamente outros países, dizem respeito a toda a humanidade.

A universalidade da jurisdição penal permite que esses delitos sejam punidos, mesmo que o país onde ocorreram não possa julgá-los, ou os Estados das nacionalidades dos acusados e das vítimas não tenham interesse no processo.

Através da Resolução sobre a competência universal em matéria penal, com relação aos crimes de genocídio, de crimes contra a humanidade e de crimes de guerra, promulgada em Cracóvia, foram criadas as bases e regras para a aplicação da jurisdição universal.

Portanto, crimes que lesam toda a humanidade, podem, e devem, ser punidos por qualquer Estado da comunidade internacional.

Referências Bibliográficas

A COMPETÊNCIA UNIVERSAL EM MATÉRIA DE CRIMES DE GUERRA. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. 1999. Disponível em:

<<https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndg5.htm>>. Acessado em: 13 jun. 2023.

ACCIOLY, Hildebrando *et al.* **Manual de Direito Internacional**. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 1941.

BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acessado em 13 jun. 2023.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66**. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acessado em: 13 jun. 2013.

BRASIL. Decreto n. 42.121, de 21 de agosto de 1957. **Promulga as Convenções concluídas em Genebra, a 12 de agosto de 1949, destinadas a proteger as vítimas da guerra**. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d42121.htm>. Acessado em 13 jun. 2023.

BRASIL. Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952. **Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas**. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1952/d30822.html>. Acessado em: 13 jun. 2023.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da

União, 2002.

JULGAMENTO DE MILOSEVIC EM HAIA JÁ FAZ PARTE DA HISTÓRIA. Portal DHNet Direitos Humanos. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/milosevic/julgamento.html>>. Acessado em 13 jun. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968**. Nov. 1968. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/genocidio/conv68.htm>>. Acessado em 16 jun. 2023.

PAULINO, Lincoln. **Crimes contra a humanidade, Crimes de genocídio, Crimes de guerra e Crimes de agressão**. 2020. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/artigos/crimes-contra-a-humanidade-crimes-de-genocidio-crimes-de-guerra-e-crimes-de-agressao/847674067>. Acessado em 13 jun. 2023.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**, 2016.

TOMUSCHAT, Christian. **Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes**. Disponível em: <https://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_03_en.pdf>. Acessado em: 13 jun. 2023.

PROJETO DE LEI N. 2.787/2019: proposta de delito de ecocídio

BILL N. 2.787/2019: proposal of an ecocide crime

Vítor de Souza Ishikawa⁵

Resumo: Este artigo objetiva analisar a proposta de criação do tipo penal de ecocídio, como consta no Projeto de Lei n. 2.787/2019. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de obras e artigos sobre o tema, os arquivos relacionados ao Projeto de Lei n. 2.787/2019 e a legislação, com destaque à Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998), seguindo um método lógico-dedutivo. Iniciou-se com uma retomada histórica da construção conceitual da categoria de “ecocídio” e as funções que lhe são atribuídas, em um sentido descritivo e em um sentido normativo, em âmbito internacional e nacional. A seguir, procedeu-se ao exame concreto das redações propostas para a inserção de uma figura delitiva de “ecocídio” para, por último, realizar-se uma análise sistemática à luz dos princípios penais de garantia do Direito Penal. Concluiu-se que as redações propostas para a criação do tipo penal de ecocídio no Projeto de Lei n. 2.787/2019 violam o princípio da taxatividade e se oferecem duas alternativas legítimas conforme uma proposta de legislação que se pretenda racional: o ecocídio como um tipo penal com um rol de condutas concretamente descritas e a criação de uma majorante do delito de poluição qualificada;

Palavras-Chave: dano ambiental; expansão do Direito Penal; poluição; taxatividade; Lei de Crimes Ambientais.

Abstract: This article aims to analyze the proposal to enact a ecocide crime, as stated in Bill n. 2,787/2019. The methodology used was the bibliographic review of works and articles on the subject, the files related to the Bill n. 2,787/2019 and legislation, with emphasis on the Environmental Crimes Law (Law n. 9,605/1998), following a logical-deductive method. It began with a resumption of the history of the conceptual construction of “ecocide” and the functions assigned to it, in a descriptive and normative sense, at an international and national level. Next, we proceeded to the concrete examination of the Bill for the insertion of a criminal figure of “ecocide” to, finally, carry out a systematic analysis under the light of the criminal principles of guarantee of Criminal Law. It was concluded that Bill n. 2.787/2019 violates the principle of taxation and two legitimate alternatives were offered according to a proposal for legislation that is intended to be rational: ecocide as a criminal offense with a list of concretely described conducts and the creation of an increase in the offense of qualified pollution;

Keywords: environmental harm; expansion of Criminal Law; pollution; taxativity; Environmental Crimes Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. A construção conceitual de ecocídio. 3. O tipo objetivo de ecocídio no Projeto de Lei n. 2787/2019. 4. Expansão do Direito Penal, ecocídio e o princípio da taxatividade. 5. Propostas alternativas. 6. Para além de uma “mera” dogmática jurídico-penal. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas;

1. Introdução

Os desastres ambientais de Mariana (MG), em 2015, e em Brumadinho (MG), em 2019, provocados por rompimentos de barragem de empresas mineradoras causaram gravíssimos danos ambientais e humanos. Trata-se de dois eventos que integram os padrões de intensificação de ocorrência de desastres ambientais nas últimas décadas, reflexo das

⁵ Graduado em Direito e Pós-graduado em Ciências jurídico-penais na Universidade Estadual de Maringá. Mestrando em Direito Penal na Universidade de São Paulo. Coordenador Adjunto do Grupo de Estudos Avançados (GEA/SP) de Dogmática Penal do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

emergências climáticas e da progressiva intervenção do ser humano sobre os ecossistemas.⁶ Seguiram-se aos desastres propostas e alterações legislativas, o ajuizamento de ações que pleiteavam a responsabilidade civil, administrativa e penal dos responsáveis e acordos e projetos de recuperação, de ressarcimento e de indenização.

Nesse contexto, o Projeto de Lei n. 2.787/2019, de iniciativa do deputado Zé Silva (SOLIDARIEDADE/MG) e de outros deputados do PT, do AVANTE, do PRB, do PODEMOS, do PSOL, do MDB, do PATRIOTAS e do NOVO, propõe alterar a Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998) para incluir dois novos tipos penais, o de ecocídio (art. 54-A) e o de rompimento de barragem (art. 60-A), a inclusão do elemento “ou de segurança de barragem” no *caput* do delito do art. 69-A e o aumento da pena de multa (art. 75). Na justificção do projeto, os deputados citam expressamente que a proposta recebeu sugestões de consulta pública organizada pela Comissão Externa do Desastre de Brumadinho e que seu conteúdo se fundamenta na suposta fragilidade da legislação penal ambiental, demonstrada pelas tragédias de Mariana e de Brumadinho.

Em regra, o ecocídio faz referência a um extenso dano ao meio ambiente, com prejuízos à fauna, à flora, a ecossistemas e ao ser humano, provocado por uma conduta humana, seja por agentes individuais, seja por meio de empresas ou Estados. O termo se originou de movimentos ecológicos e político-sociais e se destacou no campo do Direito Internacional, como uma proposta de definição do ecocídio como crime contra a humanidade no âmbito do Tribunal Penal Internacional, sensível a dois temas interrelacionados: a criminalidade ambiental (nacional e transnacional) e a proteção do meio ambiente e das futuras gerações (MARTIN-CHENUT, NEYRET e PERRUSO, 2015, p. 543). Dessa construção conceitual se inspira a proposta de tipificação do ecocídio no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina jurídico-penal identifica um processo de expansão do Direito Penal desde a segunda metade do Século XX, que se caracteriza pela aumento dos valores mínimo e máximo em abstrato dos delitos e pela criação de delitos, motivada ou pelo reconhecimento de novos bens jurídico-penais (como a identidade genética humana), ou pelo incremento na valoração de bens jurídico-penais coletivos ou difusos (como o meio ambiente)⁷. O movimento político-criminal de tipificação do ecocídio se enquadra como um sintoma da “modernização” Direito Penal e, por consequência, enfrenta as críticas dogmáticas que argumentam que se trata de um fenômeno que viola princípios penais de garantia, como a

⁶ Sobre o tema, cf. BRAVO e MASO, 2022.

⁷ Cf. SILVA SÁNCHEZ, 2013.

lesividade e a intervenção mínima.⁸ Uma proposta de tipificar o ecocídio encontra suas principais dificuldades no princípio da taxatividade, uma dimensão do princípio da legalidade, por seu conteúdo vago e incerto.

Este artigo objetiva analisar o conteúdo do Projeto de Lei n. 2.787/2019 tão somente quanto ao tipo de ecocídio. Para isso, examinar-se-á, primeiro, em uma perspectiva histórica e conceitual, como se delimitou descritivamente a categoria de “ecocídio” e, normativamente, de que modo se instrumentalizou essa categoria para efeitos de atribuição de responsabilidade para, em seguida, promover um exame analítico do tipo penal proposto no Projeto. Por último, proceder-se-á a uma análise da proposta conforme as críticas da doutrina jurídico-penal à expansão do Direito Penal e se tentará formular uma proposta alternativa frente a condutas que provocam lesões graves ao ecossistema conforme uma perspectiva de racionalização do Direito Penal para, daí, fundamentar uma aproximação crítica da PL 2.787/19 em uma posição criminologicamente sensível.

2. A construção conceitual do ecocídio

David WHYTE (2022, p. 136) relaciona a origem do termo “ecocídio” com a descoberta do agente laranja pelo cientista Arthur Galston, em 1970, e os efeitos humanos e ecológicos de seu uso na Guerra do Vietnã. Em 1972, o Primeiro Ministro da Suécia descreveu a Guerra do Vietnã como um ecocídio e, junto a outros políticos, reivindicou a sua inserção no rol de crimes internacionais (WHYTE, 2022, p. 136)⁹. Ainda que se tenha se originado sob uma perspectiva histórica de lesões ao meio ambiente provocadas por ações militares, o ecocídio passou a fazer referência a qualquer dano ambiental intenso em tempos de guerra ou de paz (WHITE, 2022, p. 165).¹⁰ Desde então, as diversas propostas de formulação de ecocídio compartilham um elemento central: a destruição em larga escala do meio ambiente, com referências à fauna, à flora, aos ecossistemas e a bens humanos.

Destacam-se algumas pretensões de conceituação da doutrina: o ecocídio como “danos evitáveis causados por humanos ao ambiente e a sua destruição” ou como o “extenso dano, destruição ou perda de ecossistemas de um determinado território” (WHITE, 2022, pp. 157, 165), como “a contaminação ou a destruição do ambiente natural de modo que se reduza a sua

⁸ Cf. HASSEMER, 2003.

⁹ Para uma exposição mais completa do panorama internacional de direitos humanos, direitos ambientais e ecocídio, conferir o artigo de FORIGO (2021).

¹⁰ Ainda assim, a única referência aos danos ambientais faz referência a crimes de guerra e se encontra no art. 8, “b”, iv, do Estatuto de Roma, que qualifica assim o lançamento intencional de um ataque com a consciência de que se provocará prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que sejam claramente excessivos em relação à pretendida vantagem militar global concreta e direta. Para uma retomada histórica mais detalhada, conferir DISSENHA; FARIAS (2021, p. 316-323).

habilidade de gerar vida” (AGNEW, 2020, p. 52), como “qualquer ato ilícito ou arbitrário perpetrado com consciência de que existem grandes probabilidades de que cause danos graves que sejam extensos ou duradouros ao meio ambiente”¹¹ e como “os comportamentos excepcionais que engendram danos irreversíveis e de extrema gravidade ao meio ambiente” (MARTIN-CHENUT, NEYRET e PERRUSO, 2015, p. 542) ou como “ação generalizada ou sistemática e que pode comprometer a segurança do planeta” (MARTIN-CHENUT, NEYRET e PERRUSO, 2015, p. 547).

Merecem destaque a proposição de Polly Higgins e a crítica de André Bezerra. HIGGINS (2013, p. 10) formulou uma proposta de uma lei internacional de ecocídio à *United Nations Law Commission* como uma emenda ao Estatuto de Roma: “*Ecocide is the extensive damage to, destruction of or loss of ecosystem(s) of a given territory, whether by human agency or by other causes, to such an extent that peaceful enjoyment by the inhabitants of that territory has been severely diminished*”. Sua proposição se destaca por sua influência política e jurídica e se concretizou como referencial basilar em um âmbito normativo de ecocídio. BEZERRA (2022, p. 403), por outro lado, promove uma intensa crítica do colonialismo, do etnocentrismo eurocêntrico e do antropocentrismo que guiam grande parte dos debates ambientais. Sua articulação teórica se fundamenta nos saberes dos povos indígenas e na experiência histórica colonialista para defender um paradigma do Sistema de Justiça Global que rejeite a percepção de que “o mundo é o ser humano”, que rejeite o desenvolvimento predatório como meta da humanidade e que atribua a qualidade de sujeito de direito à natureza (BEZERRA, 2022, p. 416).

O ecocídio se expressa, logo, como um “conceito guarda-chuva”, no sentido de que opera como uma categoria constituída por três fatores determinantes – a dimensão especial (I) e temporal (II) do impacto dos danos extensivos e a destruição ou a perda de ecossistema(s) (III) (RAFTOPOULOUS, MORLEY, 2020, p. 10). Seu objetivo enquanto “conceito guarda-chuva” vem a ser o de enquadrar determinadas condutas que provocam certos resultados lesivos – como o desflorestamento, a produção de energia elétrica em usinas termoeletricas com o uso de carvão (AGNEW, 2020, p. 53), processos não convencionais de extração de energia (LAMPKIN, 2020, p. 483), conflitos nucleares, a superexploração de recursos e o descarte de resíduos químicos (SOUTH, 2009, p. 41), e lhes prescrever uma responsabilidade agravada. Em âmbito internacional, a construção conceitual do ecocídio visa, desde a sua origem, a determinar um fundamento jurídico internacional que atribua responsabilidade a

¹¹ Conforme definição promovida pela *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide*. (ALTARES, 2021).

Estados, a governantes e a empresas que promovam ou permitam que se promova destruição ambiental.

A categoria do ecocídio comporta, no entanto, outra finalidade: a de servir como um modelo para que os Estados nacionais produzam leis que prevejam sanções penais para tais práticas. Ou seja, intenta-se instrumentalizar a categoria do “ecocídio”, em um campo internacional, como um meio de incrementar o sistema punitivo dos ordenamentos jurídicos soberanos em face de desastres ambientais de causas humanas diretas. Como argumenta WHITE (2020, p. 13), “*ecocide describes an attempt to criminalise human activities that destroy and diminish the well-being and health of ecosystems and species within these, including humans*”¹². Disso resultaria uma tendência de “harmonização” das incriminações penais entre os Estados nacionais para evitar que haja uma “zona de impunidade”, seja pelo grau reduzido de responsabilização, seja pela carência de qualquer proteção legal (MARTIN-CHENUT, LAURENT e PERRUSO, 2015, p. 544). É o que NETO e MONT’ ALVERNE (2018, p. 220-221) compreendem como a dimensão “política pública” do ecocídio, que se diferencia do “ecocídio crime” como tipo penal fechado e que tem como finalidade “promover a inclusão nas legislações internas de instrumentos capazes de reprimir, com eficiência, crimes ambientais massivos, que – dado o tamanho do dano – independem de fronteiras”, estabelecendo-se igualmente uma “cadeia de obrigações” aos atores internacionais que ultrapassam a mera criminalização de uma conduta, como a reparação e a compensação de danos e a responsabilização civil e administrativa.

Em síntese, enfatizam-se três dimensões interrelacionadas do ecocídio, que respondem a distintas finalidades: a) a de conceito guarda-chuva, em um sentido descritivo e normativo; b) a de política pública, conforme uma categoria de pressão aos ordenamentos jurídicos nacionais; e c) a de tipo penal, que pretende circunscrever uma definição delituosa fechada capaz de atribuir responsabilidade penal a um sujeito ativo em determinado Estado.

Analisar a proposta do Projeto de Lei n. 2.787/2019 de inserir um tipo penal de ecocídio na Lei de Crimes Ambientais implica compreender a construção conceitual da categoria de ecocídio. Não se trata tão somente de uma categoria descritiva de um fenômeno da realidade. O ecocídio é uma categoria normativa, com elementos objetivos e subjetivos, e que prevê como consequência a atribuição de responsabilidades – quanto ao projeto, responsabilidade penal, com a aplicação da uma sanção penal. A proposição seguirá, portanto, os elementos e

¹² Em outras palavras, MEHTA e MERZ (2015, p. 7) afirmam que “*recognising the crime of ecocide would allow both for the inclusion of trans-generational legal provisions in environmental and criminal law and for the juridical defence of future generations*”. MEHTA, Sailesh; MERZ, Prisca. Ecocide: a new crime against peace? *Environmental Law Review*, v. 17, n. 1, 2015, p. 7.

as circunstâncias determinantes na construção conceitual, como exposta neste tópico.

3. O tipo objetivo do delito de ecocídio no Projeto de Lei n. 2.787/2019

O Projeto de Lei n. 2.787/2019 propõe incluir na Lei de Crimes Ambientais o delito do art. 54-A, com a seguinte redação:

Art. 54-A Dar causa a desastre ambiental com destruição significativa da flora ou mortandade de animais, do qual decorra contaminação atmosférica, hídrica ou do solo reconhecida em laudo pericial:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 2º Se do crime resulta morte de pessoa, a pena é aplicada independentemente da pena prevista para o crime de homicídio.

Houve duas alterações relevantes do texto original: substituiu-se, ao final, “[...] que gere estado de calamidade pública” por “[...] reconhecida em laudo pericial” e se reduziu a pena inicial de 4 a 20 anos de reclusão para 4 a 12 anos. Em sua relatoria, o senador Alessandro Vieira, embora enfatize a “urgência e a necessidade” de “endurecer” a legislação penal, recomenda que se altere a redação do tipo a fim de diferenciá-lo do atual delito de poluição, que dispõe:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Daí, o relator sugere que se puna a conduta de “Dar causa a desastre ambiental *de grande proporção ou que produza estado de calamidade pública*, com destruição significativa

da flora ou mortandade de animais, em decorrência de contaminação ou poluição atmosférica, hídrica ou do solo” (*grifo nosso*). Verifica-se, conforme uma mera leitura do tipo penal de poluição, considerando os elementos da sua forma qualificada e as duas propostas de tipificação do delito de ecocídio, que não é possível estabelecer qualquer referencial objetivo que torne possível distinguir entre uma conduta qualificada de poluidora de outra predicada como ecocida. Ou seja: o relator acerta ao apontar a falha central da proposta de ecocídio – a não previsão de elementos que o diferencie do tipo penal do art. 54 da Lei de Crimes Ambientais, provocando intensa insegurança jurídica – e fracassa ao tentar elaborar uma redação que supere a falha apontada.

Por meio de um esforço hercúleo se extraem duas (aparentes) diferenças entre os tipos penais: a) o ecocídio consiste em “dar causa a desastre ambiental”, enquanto o art. 54 tem como núcleo “causar poluição”; b) o requerimento, no tipo de ecocídio, de reconhecimento de laudo pericial ou de estado de calamidade pública.¹³ Ocorre que essas distinções não resistem a uma análise que avance para além de uma interpretação superficial, por dois motivos.

A um: o núcleo típico do ecocídio constitui-se na provocação, dolosa ou culposa, de “desastre ambiental”, caracterizado pela intensidade das consequências à fauna, à flora e ao meio ambiente (contaminação atmosférica, hídrica ou do solo). Não se verifica, porém, qualquer referencial concreto capaz de distinguir entre “dar causa a desastre ambiental” e “causar poluição”. Não seria nem sequer exagero equiparar ambas expressões como sinônimas, embora se possa opor que toda provocação de desastre ambiental significa causar poluição, enquanto nem toda poluição possa ser configurada como produção de desastre ambiental, na hipótese de resultar ou *poder* resultar em danos à saúde humana.¹⁴

A dois: para se tipificar uma conduta como ecocídio, condiciona-se ou, na proposta atual, ao reconhecimento com laudo pericial da contaminação, ou à proporção do desastre ambiental, ou a produção de “estado de calamidade pública”, conforme a sugestão do relator Alessandro Vieira. Objetiva-se diferenciar a conduta de ecocídio da prática de poluição, simples ou qualificada, não pelos danos provocados em si, que também constam no tipo penal de poluição, mas por um requisito administrativo: o laudo pericial ou o estado de calamidade

¹³ Outra distinção relevante diz respeito à sua classificação: o delito de ecocídio caracterizar-se-ia como crime material e de dano, enquanto, em relação ao delito de poluição, há uma intensa discrepância entre a doutrina, com um entendimento majoritário de se tratar, em sua primeira parte, de um crime formal e de perigo concreto, e a jurisprudência, com posição pacífica dos tribunais superiores, mormente o Superior Tribunal de Justiça, de que se trata de fato de um crime formal e de perigo abstrato.

¹⁴ O que importaria em afastar, de plano, a possibilidade de punir como poluição condutas compreendidas como “poluição sonora”, despidas de qualquer referencial ecológico, como defendem alguns autores. Nesse sentido, cf. a crítica de COSTA e KASSADA (2018).

pública. O mero preenchimento desse requisito administrativo autorizaria a aplicação das penas de ecocídio, de 4 a 12 anos de reclusão, que ultrapassam em muito as penas de poluição (de um a quatro para a poluição simples e de um a cinco, para a qualificada).

Condicionar um expressivo aumento de pena, com impactos relevantes ao estado de liberdade do sujeito, meramente a uma decisão administrativa, marcada por critérios extrapenais e, por isso, mitigadoras das garantias próprias do Direito Penal, provoca uma violação insuportável à segurança jurídica e à racionalidade do sistema penal. Em outras palavras, a norma penal proposta é ilegítima porque não oferece aos sujeitos referenciais seguros de orientação para o seu comportamento (TAVARES, 2020, p. 65-71), com reflexos a inúmeras garantias penais e processuais penais, que abrangem a correta tipificação, para fins de concretização do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, até os efeitos da aplicação de uma pena privativa de liberdade em um patamar muito superior, como a impossibilidade de proposta de suspensão condicional do processo.

Caso o tipo penal do ecocídio, nos termos do Projeto, seja aprovado e entre em vigência no ordenamento jurídico brasileiro, classificar-se-ia como um exemplo clássico de lei penal (meramente) simbólica. É que, mais do que de fato oferecer um instrumento de proteção ao meio ambiente, tal lei penal cumpriria três outras funções: de apelação moral, no sentido de “educar” e “conscientizar” as pessoas sobre a imperiosidade de não danificar o meio ambiente; de tranquilizar a população, porque se intensificou o recurso ao Direito Penal, o que significaria que “algo foi feito”; e de compromisso político, como se o legislador houvesse cumprido a sua função jurídico-política ao criar mais um delito (HASSEMER, 91, p. 20). Ou seja, quando reduzidas a esses objetivos extra-penais, o emprego da sanção penal, como a ferramenta repressora que mais atinge os direitos fundamentais do cidadão, banaliza-se e tende ao autoritarismo.

Mesmo antes da proposta, autores como Rafael ALTOÉ e Marcel Ferreira dos SANTOS (2018, p. 431) já assinalavam a dificuldade de eventual proposta legislativa de delimitar juridicamente, por meio da descrição de uma conduta comissiva ou omissiva, um tipo penal de ecocídio. As redações apresentadas acabam por servir como a “realização de uma profecia (doutrinariamente) anunciada”, como não se poderia deixar de ser, ainda mais quando impulsionadas por um populismo penal movido por eventos trágicos e complexos, que merecem uma resposta jurídica com um mínimo potencial de efetividade e coerente com o ordenamento jurídico constitucional-convencional.

Ainda urge, antes de se formular uma proposta de “enfrentamento jurídico-penal” dos desastres ambientais, realizar uma breve digressão sobre os fundamentos próprios do Direito

Penal Ambiental. Reitera-se, entretanto, que nenhuma das redações constantes no Projeto encontra legitimidade, por violação à segurança jurídica e à racionalidade do sistema penal em decorrência de ofensa à taxatividade, e, por consequência, não merece prosperar no Congresso Nacional.

4. Expansão do Direito Penal, o ecocídio e o princípio da taxatividade

SILVA SÁNCHEZ (2013, p. 33-37), em sua obra de referência sobre o assunto, descreve de que forma o Direito Penal tem se expandido e alcançado novos âmbitos de atuação, com destaque ao Direito Penal Ambiental. Esse fenômeno de expansão se caracteriza, na pretensão de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, por um método de tipificação de condutas que provocam lesão ou perigo de lesão a bens jurídico-penais difusos, distantes de bens jurídicos-individuais, que definem o Direito Penal “clássico” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 37). O bem jurídico-penal tutelado nos crimes ambientais passa a comportar uma dimensão ecocêntrica, em que a continuidade das condições ambientais, o equilíbrio ambiental e a integridade e a vida de animais e plantas detêm valor por si só, sem qualquer referencial humano (COSTA, 2010). Ocorre que, por vezes, disso resultaram tipos penais que violam princípios penais de garantia, como da lesividade, da intervenção mínima e da proporcionalidade.¹⁵

A doutrina majoritária, com raros opositores, defende a instrumentalização da sanção penal na proteção do meio ambiente como bem jurídico-penal autônomo – e, por consequência, da fauna, da flora, dos ecossistemas e das gerações futuras – conforme inclusive um mandamento constitucional, disposto no art. 225, *caput* e § 3º da Constituição Federal de 1988 (GOMES, MACIEL, 2010, p. 805; DOTTI, 1991, p. 9-10, PIERANGELI, 2006, p. 154). Nos últimos anos, os esforços jurídico-políticos frente às emergências climáticas intensificaram a “aposta” no Direito Penal como incremento à tutela ambiental. A proposta de tipificação do ecocídio no Projeto de Lei n. 2.787/2019 segue essa tendência, embora tenha sido impulsionado pelos desastres de Mariana e de Brumadinho. Por se tratar de uma conduta que provoca lesões graves a bens jurídico-penais reconhecidos – difusos e

¹⁵ São exemplos na Lei de Crimes Ambientais: a punição da destruição de plantas de ornamentação (art. 49) com pena mais grave do que a pena de maus-tratos (art. 136 do Código Penal), violando-se a ofensividade, a intervenção mínima e a proporcionalidade; a conduta de “penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente” (art. 52), com pena mínima duas vezes maior do que a conduta, muito mais grave, de “destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação”; e a punição por meramente “comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente” (art. 51).

individuais, abrangendo bens ambientais valorados por si só como bens jurídicos que fazem referência direta a um interesse humano –, não se verifica qualquer violação dos três princípios penais mencionados, se a justificação da alteração legislativa centrar-se em seus efeitos prejudiciais à pessoa humana.

Como visto, a falha central da proposta constitui-se na violação do princípio da taxatividade, que, por reflexo, causa insegurança jurídica e rompe com a racionalidade do Direito Penal.¹⁶ Luiz LUISI (2003, p. 24) leciona que o princípio da taxatividade ou da determinação taxativa, com fundamento no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988, e no art. 1º, do Código Penal, “expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas”; ou seja, intenta-se, da imperativa clareza e certeza de seu conteúdo, diminuir a arbitrariedade em sua aplicação, “para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei”. Como mandado de determinação ou de certeza, a taxatividade vincula o legislador a produzir normas penais que permitam aos cidadãos e aos operadores do Direito Penal se orientarem por meio de um tipo penal que apresente um conteúdo determinado e claro (ZAFFARONI et al, 2011, p. 207).

Isso porque os elementos do tipo penal, em quaisquer das redações apresentadas, não oferecem dados suficientes para diferenciar a figura do ecocídio do atual delito de poluição e acabam por depender excessivamente de decisões administrativas e apresentam termos vagos e imprecisos. Além disso, o ecocídio como tipo penal se confunde com os objetivos que dirigem a categoria “política pública” de ecocídio, que requer um conceito guarda-chuva, genérico, capaz de abranger condutas distintas, para fundamentar os esforços de estruturação institucional da proteção do meio ambiente e do combate às emergências climáticas. Por isso, trata-se de um tipo penal vago, carente de uma descrição que permita que o sujeito oriente normativamente a sua conduta por não traçar uma delimitação certa entre as zonas do justo e do injusto e que, portanto, não atende ao princípio da legalidade e sua dimensão de taxatividade.

A semelhança da figura delitiva com o delito de poluição inclusive fortalece o seu caráter violador do princípio da taxatividade. É que parte da doutrina já entendia que o emprego de termos vazios de significado constantes no art. 54, da Lei n. 9.605/98, como “destruição *significativa* da flora” e “*mortandade* de animais” implicaria em sua inconstitucionalidade (RIBEIRO, 2007, p. 415; REALE JÚNIOR., p. 75-76), o que é repetido

¹⁶ Nesse mesmo sentido, conclui Orlindo Francisco BORGES (2013, p. 6480-6481) quanto à proposta de conceituação de Ecocídio pelo art. 1º do *Ecocide Act*, no sentido de que não se dispõe de qualquer determinação taxativa e que o tipo vem acompanhado de conceitos indeterminados e inaférisveis de forma objetiva.

pelo PL n. 2.787/2019 e condicionado a uma expressão ainda mais vaga, a de “desastre ambiental”¹⁷. Ainda sobre o delito de poluição, assevera Luiz Regis PRADO (2019, p. 232-234) que “o tipo legal é extremamente amplo e vago, com cláusulas normativas de cunho valorativo, que estão muito aquém das exigências do princípio da legalidade em sua vertente de *determinação* da lei penal” e que “tais valorações de grandeza levam à incerteza jurídica, visto que nada esclarece a respeito do que deve ser entendido como *quantum* significativo ou relevante”.

Como expõe Juarez TAVARES (2021, p. 173), “um tipo de delito deve ser declarado ilegítimo sempre que, na formação da proibição e do comando jurídico e na sua concretização judicial, possa suscitar dúvidas quanto ao seu objeto, sua extensão ou sua forma de ofensa ao bem jurídico”. Acolhe-se, daí, o alerta de Antonio MARTINS (2020, p. 354): impõe-se uma postura de desconfiança e de elaboração de balizas limitadores frente a aberturas semânticas, orientando-se a interpretação da norma penal por um sentido estreito de taxatividade, carente de recuperação.

O ingresso do tipo penal de ecocídio, nos termos do Projeto, reforçaria uma significativa tendência de erosão do princípio da legalidade, com destaque ao mandamento de determinação do princípio da taxatividade. Encara-se um movimento de flexibilização e de esvaziamento da legalidade pelo legislador, pelos julgadores e pela doutrina, numa direção de formalização e desmaterialização de seu conteúdo.¹⁸ Não há, no entanto, qualquer novidade: já há algumas décadas Süß (2000, p. 225) advertia que a taxatividade sofria de uma insuportável carência de reconhecimento prático, no âmbito de sua vigência fática, embora gozasse de acolhimento normativo especial como um princípio penal fundamental.

5. Propostas alternativas

Para além de oferecer uma análise técnica e, como se viu, de rejeição à proposta do Projeto quanto ao tipo penal de ecocídio, cabe formular caminhos alternativos. Trata-se de cumprir uma função da doutrina de contribuir à solução de problemas concretos – e, como

¹⁷ Em sentido contrário, Alessandra Mascarenhas PRADO (2006, p. 170-171) defende não haver qualquer ofensa à taxatividade, de forma que “destruição significativa” significa uma destruição expressiva, grave, e “mortalidade de animais” expressa a morte de uma quantidade grande de animais em determinado local. Determinar o que seja uma destruição “significativa” ou uma “mortalidade” de animais dependerá da avaliação do caso concreto, configurando-se como “condições limitadores da tipicidade” para fim de afastar do âmbito incriminador da norma a provocação de poluição que não seja jurídico-penalmente relevante por sua escassa gravidade.

¹⁸ MARTINS, 2020, p. 355.

resta claro, a ocorrência de desastres ambientais, com sinais de incremento intenso de risco de semelhantes fenômenos destrutivos, tem-se à frente um desafio ambiental e humano que requer um conjunto de respostas sociais e legais. Conforme essa finalidade, o tipo penal se mostra ineficaz, meramente simbólico e violador de princípios penais de garantia.

Daí, duas alternativas legítimas no campo do Direito Penal contrapõem-se ao Projeto de Lei: a criação de um tipo legal que ofereça um conjunto de elementos concretos ou a elaboração de uma causa de aumento de pena no delito de poluição. Seja por uma ou por outra via, acrescenta-se como requisito adicional que, no mesmo Projeto, proponha-se uma revisão integral da Lei de Crimes Ambientais a fim de promover uma ampla descriminalização de condutas inofensivas ou que não cabem ao Direito Penal, e sim a outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo Sancionador. Isto é, não haveria qualquer coerência com uma proposta racional e limitadora do poder punitivo defender a criação de um novo tipo penal ou de uma nova majorante e, em paralelo, deixar intacto a arquitetura de criminalização de condutas orientadas pela lesão ou pelo perigo de lesão de bens jurídico-penais ambientais.

A primeira alternativa se inspira no Projeto de Convenção contra o Ecocídio, que enumera um rol de condutas que, se verificado um ato intencional que comprometa a segurança do planeta e praticados conforme uma ação generalizada ou sistemática, caracterizam o ecocídio.¹⁹ A Convenção ainda oferece uma descrição do que se considera como “atos que afetam a segurança do planeta”: se causarem “a degradação extensa, durável e grave do ato, da atmosfera, dos solos, das águas, dos meios aquáticos, da fauna ou da flora, ou de suas funções ecológicas” ou “a morte, a invalidez permanente ou doenças incuráveis graves a uma população, ou a desapropriação permanente dessa última de suas terras, territórios ou recursos” (MARTIN-CHENUT, NEYRET, e PERRUSO, 2015, p. 561). Justamente por seu caráter exaustivo, ainda que utilizando alguns termos vagos, um tipo penal que seguisse um modelo parecido cumpriria com o mandato de determinação do princípio da taxatividade.

A segunda alternativa atende à gravidade de condutas que produzam danos extensos, em

¹⁹ Quais sejam: a) o rejeito, a emissão ou a introdução de uma quantidade de substâncias ou de radiações ionizantes no ar ou na atmosfera, nos solos, nas águas e nos ambientes aquáticos; b) a coleta, o transporte, a valorização ou a eliminação de resíduos, incluindo a fiscalização dessas operações e a posterior manutenção dos aterros e notadamente as medidas tomadas na qualidade de negociador ou corretor em qualquer atividade relacionada à gestão de resíduos; c) a exploração de uma fábrica em que uma atividade perigosa é realizada ou substâncias ou preparações sejam armazenadas ou utilizadas; d) a produção, o tratamento, a manipulação, a utilização, a detenção, a armazenagem, o transporte, a importação, a exportação ou a eliminação de materiais nucleares ou outras substâncias radioativas perigosas; e) a morte, a destruição, a posse ou a captura de espécimes da fauna e da flora selvagens protegidos ou não; f) outros atos de caráter análogo cometidos intencionalmente e que colocam em perigo a segurança do planeta (MARTIN-CHENUT, NEYRET, e PERRUSO, 2015, p. 561).

uma dimensão espacial e temporal, ao meio ambiente e que causem lesões a múltiplos bens jurídico-penais. Em vez de se enfrentar a dificuldade teórica de delimitar a conduta de ecocídio, mais adequado seria prever uma causa de aumento de pena ao delito de poluição, fundada no maior desvalor do resultado, quando da realização de uma conduta de poluição qualificada resultar a perda ou a destruição de um dado ecossistema, com a verificação concomitante de prejuízos à flora, à fauna e às pessoas na região atingida.

Ressalta-se novamente que o acréscimo de um tipo penal na Lei de Crimes Ambientais ou de uma majorante deve pressupor um Projeto de Lei amplo, que sistematize e racionalize a estrutura do Direito Penal Ambiental brasileiro e que, inclusive, atraia e reformule outros delitos que fazem referência ao meio ambiente, como a Lei de Agrotóxicos (Lei n. 7.802/1989), a Lei de Energia Nuclear (Lei n. 6.453/1977), a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) e até alguns tipos do Código Penal (como os arts. 270 e 271). Não basta que o legislador meramente crie crimes e os utilize como um mero “resolvedor de problemas”, em uma expressão ilegítima de Direito Penal simbólico. Por sua urgência e por sua importância central, a única alternativa viável que considera a criação de novos crimes ou incremento de sua punição deve levar em conta todo o subsistema, o que presume a descriminalização de condutas que, ou sejam capazes de melhor resolução em outros âmbitos do Direito, ou não tenham espaço algum no Direito Penal.

6. Para além de uma “mera” dogmática jurídico-penal

A análise dogmática do Projeto de Lei n. 2.787/19 não se esgota, porém, nas anteriores considerações, que se centraram na taxatividade. Ainda que extrapole os fins deste artigo, cabe registrar que, mesmo no âmbito do Tribunal Penal Internacional as propostas de inclusão do ecocídio no Estatuto de Roma sofrem severas críticas. FORIGO (2021, p. 86), por exemplo, traz como exemplos a não previsão de responsabilização de pessoas jurídicas pelo Estatuto, a dificuldade de investigação de delitos ambientais, até em sua forma transnacional, e a efetividade das sanções de natureza penal em face de medidas administrativas, enquanto DISSENHA e FARIAS (2021, p. 333-336) enumeram a falta de consenso sobre o objeto e a amplitude de proteção do ecocídio (se numa perspectiva ecocêntrica ou antropocêntrica) e sobre a competência material do Tribunal Penal Internacional

Outras questões dogmáticas dificultam a legitimidade de um tipo penal de ecocídio no ordenamento jurídico-penal brasileiro, como às referentes à aplicação de pena às pessoas jurídicas e ao dimensionamento do bem jurídico-penal tutelado, de caráter supraindividual. A

essas se somam preocupações com o nexos de causalidade e a efetividade do Direito Penal frente a danos ambientais provocados por condutas humanas.²⁰ Relevante parte da doutrina responde negativamente a uma questão central no âmbito do Direito Penal Ambiental: qual a real efetividade da sanção penal e do sistema de justiça penal na proteção do meio ambiente? Isto é, a mera criação de mais um tipo penal, o de ecocídio, acabaria como sintoma de uma vontade (legítima e necessária) de tutela do meio ambiente em face de condutas humanas altamente lesivas a bens jurídicos caros à pessoa humana que, entretanto, encontra uma limitadíssima (ou, para alguns autores, até nula)²¹ potência de efetividade para cumprir com as suas funções pretendidas.²²

A dogmática jurídico-penal deve, ainda, incorporar dados empíricos e saberes da Criminologia, sem se reduzir a um mero normativismo fechado. Qualquer enfrentamento dogmático no âmbito do Direito Penal Ambiental deve incorporar dois dados: a seletividade do Sistema de Justiça Penal e, novamente, a efetividade da sanção penal conforme as suas funções declaradas. A seletividade do poder punitivo, como sua característica intrínseca e inafastável, implode o discurso de certa “esquerda punitiva”²³ que pretende ver nos delitos ambientais um meio de atingir aqueles que, em regra, não são selecionados pelo poder punitivo em uma perspectiva de classe. Como denota BATISTA (2022, p. 254), “toda legitimação do poder punitivo acaba repercutindo no lombo estereotipado dos suspeitos de sempre”, o que encontra suporte em ZAFFARONI (2020, p. 22). Merece destaque, por último, a desconfiança na aposta no Direito Penal por KARAM (2021, p. 109) quanto à real contribuição da Lei de Crimes Ambientais, de 1998 até os dias atuais, para o combate às condutas ofensivas ao meio ambiente.

Como em um breve excursus, este capítulo “adicional” pretendeu ampliar e aprofundar os desafios inerentes à configuração do Direito Penal Ambiental, seja por críticas marcadamente dogmático-penais, seja por uma perspectiva Criminológica. Ou seja, para além de questões atinentes especificamente ao ecocídio como tipo penal, conforme o PL 2.787/19, o próprio “subsistema” do qual este tipo emergiria enfrenta uma série de problemas que vulneram sua legitimidade e constitucionalidade.

7. Conclusão

²⁰ Cf. COSTA, 2010, p. 85

²¹ Cf. HASSEMER, 1998; PRITTWITZ, 2020.

²² BOLDT, 2021; BUDÓ; FALAVIGNO, 2020.

²³ Interessante, neste sentido, o acolhimento do Projeto por partidos de esquerda, como o PT e o PSOL, ao lado de partidos conservadores e liberais.

O ecocídio faz referência à produção humana de um extenso dano ambiental e, enquanto uma categoria normativa, possui três objetivos: uma função descritiva, de conceito “guarda-chuva”, que abarca uma ampla variedade de condutas humanas capazes de causar degradação ambiental em larga escala, e duas funções normativas: uma em âmbito internacional, de atribuição de responsabilidade a Estados, a governantes e a empresas, por meio do Estatuto de Roma, e uma em âmbito nacional, de estabelecer um modelo normativo de responsabilização aos Estados soberanos.

Os desastres ambientais de Mariana e de Brumadinho se qualificam, sem dúvida, como ecocídio em uma dimensão descritiva. Este artigo investigou de que forma o Projeto de Lei 2.787/2019 se propõe a concretizar a função normativa do ecocídio em âmbito nacional no Brasil. Impulsionado pelas demandas de responsabilização penal após os desastres de Mariana e Brumadinho, de causas humanas e de consequências danosas incalculáveis, o Projeto traz alterações pontuais na Lei de Crimes Ambientais, incluindo a tipificação do ecocídio (art. 54-A). Entretanto, concluiu-se que nenhuma das redações propostas supera o principal equívoco do Projeto: a impossibilidade de oferecer elementos que sirvam de referência segura que distingam a conduta de ecocídio da figura delituosa de poluição, simples ou qualificada (art. 54), verificando-se grave violação à segurança jurídica e à racionalidade do sistema penal, que se sintetizam na ofensa ao princípio da taxatividade, de fundamento constitucional.

Reconhecida a ilegitimidade da proposta constante no Projeto de Lei 2.787/2019 quanto ao delito de ecocídio, não se pretende, neste artigo, negar ao ordenamento jurídico uma função primordial de proteção do meio ambiente e das gerações futuras, até sob um paradigma ecocêntrico. Os esforços de proteção a bens jurídicos ambientais e de combate às emergências climáticas e de mitigação de seus efeitos danosos constituem não só um mandamento ético: resultam de um mandamento imposto pela Constituição Federal e pela arquitetura internacional protetiva de direitos humanos.

Por isso, concluiu-se que uma proposta sensível ao movimento político e jurídico, de dimensão internacional, de construção da categoria do ecocídio deve eleger, no âmbito do Direito Penal, uma entre duas alternativas: ou a tipificação do ecocídio que ofereça um rol de condutas concretas e que traga elementos gerais capazes de distinguir a conduta ecocida de outras figuras delituosas, ou o acréscimo de uma majorante no delito de poluição em sua forma qualificada, desde que se realize uma revisão sistemática dos crimes ambientais no ordenamento jurídico brasileiro. Evitar-se-ia, daí, qualquer violação direta à taxatividade, ainda que se mantivessem os problemas centrais que atingem diretamente a legitimidade do Direito Penal Ambiental como um todo.

8. Referências bibliográficas

AGNEW, Robert. The ordinary acts that contribute to ecocide: a criminological analysis. BRISMAN, Avi; SOUTH, Nigel (ed.). **The Routledge International Handbook of Green Criminology**. Abingdon: New York: Routledge, 2020.

ALTOÉ, Rafael; SANTOS, Marcel Ferreira dos. Tutela penal do ecocídio e a Lei n. 9.605/98: um novo horizonte após a recente manifestação do Tribunal Penal Internacional.

CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Orgs.). **Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BATISTA, Nilo. **Capítulos de política criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

BEZERRA, André Augusto Salvador. A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 188, ano 30, p. 401-421. São Paulo: Ed. RT, fev. 2022.

BOLDT, Raphael. Ecocídio e responsabilidade empresarial nos crimes ambientais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, n. 175, p. 91-111, jan. 2021.

BORGES, Orlindo Francisco. Ecocídio: um crime ambiental internacional ou um crime internacional maquiado de verde? **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, v. 2., n. 7. 2013.

BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado; MASO, Tchenna Fernandes. Extrativismo e impunidade das transnacionais: os casos de rompimentos de barragens em Minas Gerais. BUDÓ, Marília de Nardin et al (org). **Introdução à Criminologia Verde: perspectivas críticas, decoloniais e do Sul**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

BUDÓ, Marília de Nardin; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A tutela penal do meio ambiente: discussões criminológicas e dogmáticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 28, n. 163, p. 311-345, jan. 2020.

COSTA, Helena Regina Lobo da; KASSADA, Daiane Ayumi. Poluição sonora e seu enquadramento penal. CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org.). **Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DISSENHA, Rui Carlo; FARIAS, Mariana Cardoso. Criminalização do ecocídio: qual a contribuição do Estatuto de Roma? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 183, ano 29, p. 313-342. São Paulo: Ed. RT, set. 2021.

DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. **Fascículos de ciências penais**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 9-29, jan./mar.. 1991.

FORIGO, Camila Rodrigues. A proteção reflexa do meio ambiente pelas cortes

internacionais: precisamos de um tipo penal de ecocídio? GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Org.). **Estudos sobre direito penal e direitos humanos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Meio ambiente: Lei 9.605, 12.02.1998. GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Org.). **Legislação Criminal Especial**. Coleção Ciências Criminais, v. 6. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 27-35, abr./jun., 1998.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. **Nuevo Foro Penal**, n. 51, jan. 1991.

HIGGINS, Polly; SHORT, Damien; SOUTH, Nigel. Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide. **Crime, Law and Social Change**, v. 59, fev. 2013.

KARAM, Maria Lucia. A “esquerda punitiva”: vinte e cinco anos depois. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

LAMPKIN, Jack Adam. The uncertainty of community financial incentives for fracking’: pursuing ramifications for environmental justice. BRISMAN, Avi; SOUTH, Nigel (ed.). **The Routledge International Handbook of Green Criminology**. Abindgon: New York: Routledge, 2020.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, LAURENT; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. **Revista de Direito internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

MARTINS, Antonio. Crítica da legalidade cínica. BOLDT, Raphael (Org.). **Teoria crítica e direito penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

MEHTA, Sailesh; MERZ, Prisca. Ecocide: a new crime against peace? **Environmental Law Review**, v. 17, n. 1, 2015.

NETO, Djalma Alvarez Brochado; MONT’ ALVERNE, Tarin Cristino Frota. Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de direitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, 2018.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Professores de

Ciências Penais, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 160-187, jul./dez. 2006.

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

PRITTWITZ, Cornelius. Teoria pessoal do bem jurídico e as “vítimas de amanhã”. BOLDT, Raphael (Org.). **Teoria crítica e Direito Penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020.

RAFTOPOULOUS, Malayna; MORLEY, Joanna. Ecocide in the Amazon: the contested politics of environmental rights in Brazil. **The International Journal of Human Rights**, v. 24, n. 10, mar. 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e direito penal brasileiro. **Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 67-83, jan./jun. 2005.

RIBEIRO, Viviane Martins. Principais aspectos penais da poluição atmosférica no direito brasileiro. PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

SOUTH, Nigel. Ecocide, conflict and climate change: challenges for Criminology and the research agenda in the 21st century. KANGASPUNTA, Kristiina; MÁRSHALL, Ineke Haen (ed.). **Eco-crime and justice: essays on environmental crime**. Turin: UNICRI, 2009.

SÜB, Franck. **El trato actual del mandato de determinación. La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, 2000.

TAVARES, Juarez. **Crime: crença e realidade**. Rio de Janeiro: Da Vinci livros, 2021.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

WHITE, Rob. Matando um planeta: mudanças climáticas e ecocídio. Trad. Luiz Fernando Rossetti Borges. BUDÓ, Marília de Nardin et al (org). **Introdução à Criminologia Verde: perspectivas críticas, decoloniais e do Sul**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

WHYTE, David. Ecocídio e a corporação colonial. Trad. Giulia Pagliosa Waltrick Martins. BUDÓ, Marília de Nardin et al (org). **Introdução à Criminologia Verde: perspectivas críticas, decoloniais e do Sul**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

ZAFFARONI, Raúl et al. **Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Reflexões sobre a globalização e o Direito Penal. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BAILONE, Matías. **Dogmática penal e Criminologia Cautelar: uma introdução à Criminologia Cautelar com especial ênfase na Criminologia**



Midiática. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

A IMPORTÂNCIA DA PERPETUAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO COMO FERRAMENTA NA INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS

THE IMPORTANCE OF PERPETUATING GENETIC MATERIAL AS A TOOL IN THE INVESTIGATION OF SEXUAL CRIMES

Roberta Simões dos Santos²⁴
Pedro Rogério Vilela Ribeiro²⁵

Resumo: A presente pesquisa busca analisar as implicações oriundas da criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos no Brasil, em seus diversos aspectos. Fundamenta-se em enfrentar as consequências das alterações legislativas realizadas pela Lei nº 12.654/12, considerando as contribuições do Banco de Dados de Perfis Genéticos para a sociedade enquanto meio de elucidação de crimes sexuais. Método de pesquisa clássico baseado na consulta bibliográfica, fundamentado numa perspectiva interdisciplinar. A implementação dos Bancos de Perfis Genéticos, visando a perpetuação do material genético já coletado podem fortalecer e qualificar o processo de elucidação de casos de crimes sexuais pela justiça criminal.

Palavras-Chave: Banco de dados; Perfil genético; Crimes sexuais.

Abstract: This research seeks to analyze the implications arising from the creation of the National Bank of Genetic Profiles in Brazil, in its various aspects. It is based on facing the consequences of the legislative changes made by Law No. 12,654/12, considering the contributions of the Genetic Profile Database to society as a means of elucidating sexual crimes. Classic methodological procedure based on bibliographical consultation, based on an interdisciplinary perspective. The implementation of Genetic Profile Banks, aiming to perpetuate the genetic material already collected, can strengthen and qualify the process of elucidating cases of sexual crimes through criminal justice.

¹ Graduação em Ciências Licenciatura Plena pela Faculdade de Educação Ciências e Letras/FAFIPA (2006); Graduação em Administração Pública pelo Instituto Federal do Paraná/IFPR (2012); Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFATECIE. Roberta Simões dos Santos. <http://lattes.cnpq.br/0134888255746531>. roberta.34831@fatecie.edu.br

²⁵ Graduação em Ciências Biológicas pela Universidade Paranaense (2005) e graduação em Enfermagem pela Faculdade Estadual de Educação Ciências e Letras de Paranaíba - PR (2006), Pós-graduação em Enfermagem do Trabalho pelo Instituto Brasileiro de Pesquisa (2013), Polícia Militar do Estado do Paraná entre os anos 2014 até 2018, Perito Criminal da Superintendência da Polícia Técnica e Científica SPTC do Estado de São Paulo, estando lotado no Núcleo de Perícias Criminais de Presidente Prudente-SP. Atuação na área da educação a nível de ensino médio no Colégio FATECIE PREMIUM e professor a nível superior da UNIFATECIE, projetos e concursos buscando a formação completa do aluno através da assimilação teórico-prática. <https://lattes.cnpq.br/5254643543424489>. Paranaíba, Estado do Paraná, Brasil. pedro.ribeiro@unifatecie.edu.br

Keywords: Database; Genetic profile; Sexual crimes.

Sumário: 1. Introdução - 01 ; 2. Objetivos - 02; 3. Banco nacional de perfis genéticos e a lei nº 12.654/2012 - 03; 4. O caso Raquel Genofre - 05; 5. Conclusão - 07; 6. Referências Bibliográficas - 08.

1. Introdução

A ciência forense cresce em passos consideráveis, propiciando resultados mais precisos, sendo uma área de conhecimento ampla que visa contribuir na investigação criminal, podendo se subdividir em subáreas como a toxicologia forense, química forense, entomologia forense, sendo um dos métodos forenses mais confiáveis no mundo.

Fundamentada em avanços tecnológicos e biomédicos, a coleta e análise de material genético vem se disseminando cada vez mais no universo jurídico possibilitando investigação e resolução de conflitos. Em face deste desenvolvimento, o presente estudo tem como objetivo principal analisar, sob um prisma constitucional, a criação de banco de perfis genético para fins criminais nos moldes traçados pela Lei nº 12.654/2012 e do Decreto nº 7.950/2013.

As técnicas aplicadas com relação à utilização de DNA, atreladas aos desenvolvimentos da bioinformática, possibilitaram a criação desses bancos de perfis genéticos destinados ao esclarecimento da autoria de delitos que deixam vestígios biológicos, considerando que o DNA é único em cada pessoa, o que permite a identificação da pessoa e serve como base para genética forense e para investigação criminal. Assim, a presente pesquisa tem por escopo analisar as implicações oriundas da criação do Banco Nacional de Perfil Genético (BNPG) no Brasil, em seus aspectos éticos, jurídicos e sociais. Os benefícios proporcionados pela utilização deste aparato têm ofuscado o potencial ofensivo que ele carrega contra os diversos direitos e princípios bioéticos, constitucionais e processuais penais.

Este estudo se justifica pela relevância temática, considerando que o mesmo aborda a investigação e elucidação de crimes contra a vida humana, roubo, furto, e contribui com a justiça criminal e a sociedade, aumentando à pena e reduzindo a impunidade. Acredita-se que o estudo possa contribuir na construção de conhecimento, evidenciando a importância da genética forense. A partir disso, tem-se a seguinte questão de pesquisa: qual a importância da perpetuação do material genético nos bancos de dados, para a elucidação de crimes contra a vida humana?

Para tal, o presente estudo teve como objetivo analisar a produção científica relativa ao

uso de material genético na elucidação de crimes sexuais.

2. Objetivo

Não há como negar que a utilização do DNA na perícia forense permite resultados bem mais precisos na identificação de pessoas que aqueles métodos mais antigos de identificação. Com a Lei nº 12.654/2012 e do Decreto nº 7.950/2013 torna-se necessário uma reflexão a luz das consequências éticas, jurídicas e sociais advindas dos bancos de dados de perfis genéticos, já que o DNA representa a programação biológica do indivíduo e de sua família no seu passado, presente e futuro (DINIZ, M. H., 2001, p. 371).

O objetivo do presente trabalho fundamenta-se em um primeiro momento enfrentar as consequências das alterações legislativas realizadas pela Lei nº 12.654/2012 e do Decreto nº 7.950/2013, isto é, uma possível inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal, visto aspectos contrários aos princípios reitores do ordenamento jurídico brasileiro.

Já em um segundo momento considerar as contribuições deste banco de dados visando sua contribuição para a sociedade e o quanto a perpetuação deste material nos bancos de dados pode facilitar investigações futuras em casos de reincidência de atos criminosos, realizando um paralelo entre a busca de uma contribuição para a sociedade frente ao individual.

3. Banco nacional de perfis genéticos e a Lei Nº 12.654/2012

A obrigatoriedade da coleta de material biológico visando à obtenção de perfil genético de apenados condenados pela prática de crimes violentos ou hediondos estabelecida pelo novo art. 9º- A da LEP tem sido objetivo de discussão desde a aprovação da Lei 12.654/2012.

O Banco nacional de perfil genético colabora para a resolução de ações criminais e judiciais, contribuindo como instrumento de investigação. Estes possibilitam a comparação automática de perfis genéticos provenientes de diversas circunstâncias, como amostras de DNA não identificados em cenas de crimes e amostras de referência de condenados, vítimas e suspeitos. (BONACCORSO, 2010).

Nesta linha, Nucci (2018), argumenta que a inclusão do perfil genético no banco de dados garantiria a perfeita identificação do condenado, já que, em caso de cometer outro crime, seu perfil genético armazenado poderia ser comparado com o encontrado na cena do delito. Sendo assim, o acusado não estaria sendo obrigado a fornecer material para incriminá-lo. Na verdade, o Estado utilizaria dados de outras fontes para confrontar com o perfil genético já existente.

A Constituição Federal, no inciso LVIII do artigo 5º, inseriu, como direito individual, a inviabilidade de se proceder à identificação criminal da pessoa civilmente identificada, salvo

nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL, 1988). A Lei 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal, trouxe no seu artigo 3º as hipóteses de identificação criminal da pessoa civilmente identificada, que ocorrerá através de processo datiloscópico e fotográfico, conforme dispõe o artigo 5º do referido diploma legal. (BRASIL, 2009).

A Lei 12.654/12, por sua vez, incluiu a coleta de material genético como uma das formas possíveis de identificação criminal. (BRASIL, 2012). Na hipótese de a identificação criminal ser essencial às investigações policiais, poderá, mediante autorização do juízo competente, ocorrer, também, a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, conforme previsto no parágrafo único do artigo 5º da Lei 12.037/09.4 (BRASIL, 2009).

O requisito legal de ser essencial às investigações somente restará atendido quando o pedido estiver devidamente fundamentado, além de demonstrado, no caso concreto, a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a última *ratio* do sistema. A coleta de material genético para fins probatórios, diferentemente dos condenados, pode ocorrer em virtude da investigação da prática de qualquer delito, não existindo um rol de crimes estabelecido para este fim. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.). A Lei 7.210/84, que dispõe sobre a Lei de Execução Penal, traz no seu artigo 9º-A à extração de DNA de forma obrigatória para identificação do perfil genético dos condenados por crimes dolosos, com violência grave contra a pessoa, contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável, quando do ingresso no estabelecimento prisional. (BRASIL, 1984).

Nestas hipóteses, não se faz necessário autorização judicial, tendo como único requisito legal a natureza do crime objeto da condenação. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.). Desse modo, a coleta de perfil genético possui duas finalidades: uma probatória, destinada a servir de prova num caso concreto; e outra de obrigação para os condenados nos crimes previstos no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, destinada a alimentar o banco de dados de perfis genéticos. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

A extração de material genético deverá ocorrer sempre de maneira adequada e indolor. O legislador, contudo, não estabeleceu a forma e o procedimento para extração de material biológico diante da possibilidade de o acusado não consentir com a coleta obrigatória; tão pouco definiu a espécie de material a ser coletado: saliva, sangue, cabelo ou outro material genético. (GUEDES; FELIX, 2014, p. 165-166).

Os dados divulgados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023 revelam um cenário devastador: o maior número de registros de estupro e estupro de vulnerável da história, com 74.930 vítimas. Estes números correspondem aos casos que foram notificados às

autoridades policiais e, portanto, representam apenas uma fração da violência sexual experimentada por mulheres e homens, meninas e meninos de todas as idades. Em relação ao ano de 2021 a taxa de estupro e estupro de vulnerável cresceu 8,2% e chegou a 36,9 casos para cada grupo de 100 mil habitantes. Pensando neste cenário se torna cada vez mais evidente a importância a perpetuação do perfil genético no Banco Nacional de Perfis Genéticos, trazendo cada vez mais celeridade e eficiência ao processo de elucidação de crimes.

Mesmo diante de toda uma problematização em relação à coleta de dados, resta evidente que com atual aumento de perfis cadastrados, torna possível constatar que a dilatação no espaço amostral da plataforma ocasionou um crescimento considerável da funcionalidade da ferramenta, permitindo concluir que a ampliação do rol compulsório, a fim de permitir o armazenamento de quantidades cada vez maiores de dados, repercutirá diretamente no contexto criminal nacional, elevando significativamente a eficiência da atividade investigatória, a partir do aumento da coincidência obtida pela plataforma, considerando que a perpetuação destes dados pode contribuir a longo prazo neste processo investigatório, considerando a taxa de criminosos reincidentes.

O fenômeno da reincidência criminal no Brasil é um fato que não pode ser desconsiderado. Como ressaltado pelo coordenador do BNPG, a realidade nacional aponta que habitualmente o indivíduo que comete um crime mais grave – a exemplo dos que comumente deixam vestígios biológicos do agressor na cena do crime ou na vítima como os crimes de cunho sexual – já cometeu outro delito de menor reprovabilidade anteriormente.

Desta forma, até nesse ponto a ampliação da plataforma para englobar todos os condenados por crimes dolosos auxiliaria na descoberta da autoria de diversos crimes, pois, levando em conta o dado mencionado, há grandes chances de o autor de um estupro ser identificado pela Rede Integrada, tendo em vista a alta probabilidade do infrator já ter cometido crime anterior, ainda que de menor gravidade, mas responsável pelo cadastramento do seu perfil genético no BNPG.

Em suma, fundamentado em uma observação criteriosa das informações dispostas, é possível notar que com o funcionamento da Rede Integrada de Perfis Genéticos, não só houve um auxílio significativo da ferramenta que analisa e compara os perfis cadastrados no BNPG, bem como foi visível o progresso dos resultados obtidos pela plataforma a partir do aumento de perfis cadastrados, tanto é que o número de coincidências disparou entre novembro de 2018 e o mesmo mês do ano de 2019 – exatamente no mesmo período em que a quantidade de perfis armazenados aumentaram 354% (trezentos e cinquenta e quatro por cento).

Faz-se necessário destacar aqui que a grande parte dos perfis coletados que representam o vultoso aumento dos dados da plataforma, são aqueles compulsoriamente estabelecidos pela Lei nº. 12.654/12, isto é, relacionados ao material genético de pessoas condenadas, possibilitando que 77,77% dos perfis cadastrados até o final de 2019 fossem provenientes desta categoria.

Paralelo ao aumento da coleta de perfis de pessoas condenadas aumentaram-se significativamente os *match's* encontrados pela Rede Integrada, o que embasa ainda mais o dado que revela que o cometimento de crimes mais graves, como crimes sexuais, normalmente é precedido de outra atividade criminosa, conforme apontam os índices de reincidência no Brasil.

4. O caso Raquel Genofre

Em 2008, mais precisamente novembro de 2008, o país – estado do Paraná, cidade de Curitiba, acompanhou chocada as notícias do assassinato de Raquel Genofre, uma garotinha de apenas 9 anos de idade que foi covardemente tirada de sua família enquanto voltava da escola, sequestrada, torturada das mais cruéis maneiras, dentre elas com pontas de cigarros, estuprada, morta e esquartejada. Não satisfeito, com tanta crueldade, seu corpo foi deixado dentro de uma mala em pedacinhos, como peças de um quebra cabeça, embaixo de um banco na rodoviária de Curitiba (PR). O fato gerou inúmeros questionamentos: como uma mente tão perversa seria capaz de tamanha crueldade, contra uma garotinha indefesa? Seria a polícia capaz de desvendar o crime e encontrar o criminoso? Um fato era inegável, a dificuldade que a polícia teria para elucidar aquele caso.

O criminoso foi muito inteligente em seu *modus operandi*, nenhuma câmera de segurança conseguiu captar nenhuma imagem dele, tendo este caminhado apenas por pontos cegos da rodoviária, logo se conclui que conhecia bem o local. Não foi visto por ninguém – uma pessoa caminhando com uma mala em uma rodoviária – fato típico, totalmente normal, não deixou digital, só pecou em um ponto, deixou seu DNA na cena do crime, aí começa toda a história que será contada a partir de agora.

Raquel Maria Lobo Oliveira Genofre, nascida em fevereiro de 1999, em Curitiba – Paraná desapareceu após sair da escola, no centro de Curitiba, no dia 03 de novembro de 2008. A menina morava com sua mãe no bairro Guaíra e, para voltar para casa da escola caminhava por cinco minutos até a Praça Rui Barbosa, onde pegava um ônibus até sua residência. O corpo da menina foi encontrado 2 (dois) dias depois, envolto num lençol e em sacos plásticos, acondicionados no interior de uma mala abandonada sob uma escada na rodoferroviária de Curitiba (Ministério Justiça de São Paulo, p. 47, 2019).

O corpo foi encaminhado ao Instituto Médico Legal – IML de Curitiba, onde foi constatada violência sexual, “sendo coletado swabs vaginal e anal pelo médico legista. Os swabs, o lençol e as vestes foram processados no Laboratório de Genética Molecular Forense da Polícia Científica do Paraná, tendo-se obtido, exclusivamente no swab anal, um perfil genético pertencente a um indivíduo do sexo masculino” (Ministério Justiça de São Paulo, p. 47, 2019).

Quando o Banco Estadual de Perfis Genéticos do Paraná entrou em operação em 2014, “o perfil genético do caso Rachel Genofre” foi o primeiro a ser inserido no banco. Não havendo suspeitos identificados, várias vertentes foram levantadas, e por 11 (onze) anos, foram solicitadas a realização de cerca de 170 (cento e setenta) exames de confronto genético e eventuais suspeitos. Nenhum dos confrontos realizado resultou em coincidências de perfis genéticos. O caso permaneceu 11 (onze) anos sem solução, passando a ter um caráter de busca incessante e, a cada novo confronto, um misto de euforia e frustração reascendia envolto pela esperança fundamentadas na busca pela verdade e por justiça (Ministério Justiça de São Paulo, p. 47, 2019).

Sendo somente em 25 de junho de 2019, na Penitenciária de Sorocaba/SP, após coleta de amostra biológica do apenado C.E.S. (condenado em 27 de setembro de 2016), e, com a inserção do seu respectivo perfil genético no BNPG pela equipe da Polícia Científica do Estado de São Paulo, precisamente em 3 de setembro de 2019, que em 16 de setembro de 2019 a RIBPG detectou a perfeita coincidência de perfis genéticos entre a amostra do corpo da vítima Raquel e do apenado C.E.S. (Ministério Justiça de São Paulo, p. 47, 2019).

O condenado já possuía uma extensa ficha criminal, respondendo por crimes como estupro e estelionato. As investigações apontaram que, na época do crime, ele morava em Curitiba/PR e trabalhava em São José dos Pinhais (cidade vizinha). Segundo seu próprio relato, observou por dias os hábitos de Raquel, a qual foi atraída por ele mediante a promessa de agenciamento para um programa infantil (Ministério Justiça de São Paulo, p. 47, 2019).

O indivíduo C.E.S., aos 20 anos de idade foi acusado de cometer atentado violento ao pudor contra um menor de idade no Estado de São Paulo. Nos sete anos seguintes, C.E.S. foi acusado e condenado por diversos crimes subseqüentes, como estupros, roubos, e estelionatos. Mesmo com esta vasta ficha criminal, seguiu cumprindo pena em regime semiaberto e fugiu, não sendo mais localizado.

No ano de 2008, C.E.S. fixou residência em Curitiba em uma rua cerca de 750 metros de distância da escola onde Raquel estudava. No período entre 2011 e 2016, o acusado foi condenado por uma série de crimes de estelionato nos estados de São Paulo e Santa Catarina.

Em julho de 2016, C.E.S. foi preso em São Paulo, onde passou a cumprir pena de 22 anos.

A resolução do caso onze anos depois do crime se deu graças a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, representando um marco ímpar para os peritos criminais do Laboratório de Genética Molecular Forense da Polícia Científica do Paraná (Ministério Justiça de São Paulo, p. 47, 2019).

5. Conclusão

Considerando direitos e garantias jurídicos tutelados atrelados as ferramentas investigativas disponíveis, entre elas o emprego do Banco de Perfis Genéticos, possível a partir dos avanços científicos, elevamos no Brasil a quantidade de crimes elucidados, os resultados positivos obtidos se tornam sementes para um sistema criminal mais justo e eficiente. Ao mesmo tempo em que a perpetuação do material genético perpetua o estigma dos apenados, o cadastramento de perfis rotula seus descendentes, ascendentes e colaterais, colocando-os sob suspeita, realizando análise de seu material a cada nova conferência.

A ampliação do rol compulsório não deve ser vista como uma violação do texto constitucional, se firmando no caminho feito um obstáculo intransponível, mas sim, enxergada como um meio eficaz de impedir que criminosos, habitualmente contumazes, tenham a possibilidade de reverter uma proteção que lhes é concedida como arma a serviço do cometimento de inúmeros delitos, dificultando o deslinde da autoria criminosa e alimentando o cenário de ineficácia do sistema penal brasileiro.

Ultrapassados conflitos advindos da lei, quando debatemos sobre a predominância do direito a produção probatória trata-se intimamente da prevalência do direito social à segurança pública, à defesa de uma persecução penal eficaz como direito coletivo, e, sobretudo se refere ao direito da vítima e da sua família de sustentarem a possibilidade de identificação do autor do delito que lhes acometeu, até mesmo como uma medida de proteção às eventuais futuras vítimas. Diante do exposto a defesa de uma garantia do acusado, com um direito de cunho individual, não pode se sobrepor a tantos outros direitos e garantia em jogo neste contexto, muitos destes, de caráter comum que envolvem toda a sociedade.

6. Referências

Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. – 1 (2006) – São Paulo: FBSP, 2023.

BONACCORSO, N. S. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relaciona dos com a criação de banco de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. 276 f. Tese (Doutorado em Direito Penal), Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/pt-br.php>

Acesso em: 20 agosto 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Lei nº 12.853**, de 14 de agosto de 2013. Brasília: Presidência da República. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112853.htm> Acesso em: 20 agosto 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 20 agosto 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Banco Nacional de Perfis Genéticos: Uma ferramenta eficiente para a elucidação de crimes**. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>>. Acesso em: 05 de out. de 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Banco Nacional de Perfis Genéticos: Mais de 17 mil condenados cadastrados**. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.novo.justica.gov.br/news/banco-nacional-de-perfis-geneticos-supera-meta-e-coleta-dna-de-67-mil-presos-condenados>>. Acesso em: 05 de out. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 7.950**, de 12 de março de 2013. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm> Acesso em: 20 agosto 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.654**, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nº 12.037, de 1o de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm> Acesso em: 20 agosto 2023.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI Coordenadores: Andréa Flores; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL POR AUSÊNCIA DOS “AVISOS DE MIRANDA”: POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO TEMA

VIOLATIONS OF DUE LEGAL PROCESS DUE TO THE ABSENCE OF “MIRANDA RIGHTS”: POSITION OF THE SUPERIOR COURTS ON THE SUBJECT

TATHIANNE APARECIDA DA TRINDADE GARCIA²⁶
ANDRESSA PAULA DE ANDRADE²⁷

RESUMO: O presente trabalho visa analisar o posicionamento dos Tribunais Superiores do Brasil quanto as consequências para o processo penal pela ausência de informação aos acusados de prática de ilícitos penais quanto aos seus direitos, em especial o direito ao silêncio previsto no ordenamento jurídico brasileiro, dispostos em normas infraconstitucionais, constitucionais e convencionais, em todas as fases do processo, inclusive no momento da prisão ou abordagem policial, preservando ao indivíduo o direito de não auto-incriminação conhecido como “Avisos de Miranda”, cuja nomenclatura teve origem em caso apreciado pela Corte Suprema estadunidense que culminou com a anulação de um processo onde não foi garantido o direito ao silêncio ao acusado. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, utilizando-se a técnica de pesquisa de revisão de literatura e pesquisas em julgados dos tribunais superiores do Brasil visando verificar se a ausência ou insuficiência do direito a não auto-incriminação acarretará prejuízos ao prosseguimento do processo sob pena de anulação das provas obtidas, conduzindo até a anulação da pena imposta em caso de condenação do acusado ou investigado, em decorrência a violação do princípio do devido processo legal.

Palavras-chave: Devido processo legal. Provas ilícitas. “Avisos de Miranda”. Direito à não auto- incriminação.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the position of the Superior Courts of Brazil regarding the consequences for the criminal process due to the lack of information to those accused of practicing criminal offenses regarding their rights, in particular the right to silence provided for in the Brazilian legal system, set out in norms infra-constitutional, constitutional and conventional, at all stages of the process, including at the time of arrest or police approach, preserving the individual's right of non-self- incrimination known as "Miranda Notices", whose nomenclature originated in a case considered by the Supreme Court which culminated in the annulment of a process in which the right to silence was not guaranteed to the accused. The method used was the inductive approach using a literature review and research in judgments of the superior courts of Brazil, in order to verify whether the absence or insufficiency of the right to non-self-incrimination will cause damage to the continuation of the process under penalty of annulment of the evidence obtained, leading to the annulment of the penalty imposed in case of conviction of the accused or investigated, as a result of the violation of the principle of due process of law.

Keywords: Due process of law. Illicit evidence. “Miranda Warnings”. Right to non-self-incrimination.

Sumário: 1. Introdução; 2. Dos direitos dos presos no momento da prisão; 3 Das provas obtidas a partir da ausência de ciência por parte do acusado sobre os “Avisos de Miranda”; 3.1 O que são os “avisos de miranda”; 3.2 Os “Avisos de Miranda” na legislação brasileira; 3.1 3.3 Das consequências jurídico-penais da ausência dos “avisos de miranda”; 3.4 Do entendimento dos tribunais superiores; 4. Conclusão; 5. Referências.

²⁶ Bacharelanda em Direito; servidora pública, Loanda, Paraná-Brasil; tathitgarcia@hotmail.com

²⁷ Doutoranda e Mestre; Professora Universitária; Maringá, Paraná, Brasil; aandressaandrade@hotmail.com

1. Introdução

A Constituição Federal Brasileira em seu Art. 5º, inciso LIV nos apresenta que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Eis então a necessidade de que o processo caminhe com passos firmes e seguros ancorados nas garantias constitucionais, sob pena de nulidade, devendo ser assegurado ao acusado dentre outros o direito a não autoincriminação.

O legislador Constitucional apresentou no inciso LXIII de forma expressa que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

A questão quanto a aplicação de tais garantias ganhou ainda mais relevância quando o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu por unanimidade a existência de repercussão geral do Tema 1185 – Obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, tendo em vista os princípios da não auto-incriminação e do devido processo legal.

Os "Avisos de Miranda", como ficaram conhecidos os chamados "*Miranda Rights*", de origem norte-americana, se correlaciona com o direito fundamental do acusado a permanecer em silêncio e não produzir prova contra si mesmo ("*nemo tenetur se detegere*").

Na década de 60, no caso *Miranda versus Arizona*, a Suprema Corte Americana absolveu o acusado, que havia sido condenado com base em confissão obtida sem que tivesse sido informado de seu direito a ser assistido por um advogado e permanecer em silêncio.

A partir de então, consolidou-se o dever dos agentes policiais, no ato da prisão, comunicar ao acusado sobre o seu direito de não responder e de ser assistido por um defensor, bem como que tudo que disser poderá ser usado contra si.

Neste sentido faz necessário a verificação quanto a efetiva aplicação desse direito no momento da prisão processual, sob o foco de que sua ausência ou insuficiência acarretaria prejuízos ao prosseguimento do processo, com chances de anulação das provas obtidas conduzindo até na anulação da pena imposta em caso de condenação.

2. Dos direitos dos presos no momento da prisão

Ao indivíduo que venha a sofrer uma prisão deve ser-lhe assegurado o direito de imediatamente ser comunicada sua prisão bem como o local onde se encontra ao juiz competente, ao Ministério Público e à família ou à pessoa por ele indicada, sendo-lhe assegurado ainda a informação de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, bem como de identificação dos

responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (MOTTA, 2021).

Tais direitos estão inseridos no Art. 306 do Código de Processo Penal e ainda no Art. 5º LXII; LXIII e LXIV da Constituição Federal sendo que a prisão ilegal deve ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária conforme preceitua o inciso LXV do mesmo artigo constitucional (MESSA, 2020).

Deve ser assegurado ao acusado o direito a saber o responsável pela sua prisão e seu interrogatório, tais direitos visam assegurar avaliar eventual parcialidade ou revanchismo, evitar prisão ilegal garantindo direitos constitucionais (PRADO, 2020).

A importância de se assegurar o direito de comunicar os familiares do preso ou até mesmo pessoas por ele indicada, posto que acaso o preso não queira que seus familiares sejam informados de sua prisão este poderá indicar qualquer outra pessoa, as quais poderão prestar assistência ao preso, tais como com fornecimento alimentos, roupas, produtos de higiene, documentos, eventual pagamento de fiança, e até mesmo assistência emocional. (PRADO, 2020)

Além da pessoa indicada, o preso tem direito a assistência de um advogado, sendo que acaso não tenha condições de contratar um, compete ao Estado fornecer um defensor, que lhe prestará toda assistência técnica necessária e legal. (MESSA, 2020).

A ausência de assistência jurídica ao aprisionado acarreta a nulidade absoluta do interrogatório e dos atos subsequentes e derivados, sendo que o defensor no interesse do representado tem acesso amplo ao processo e aos elementos de provas produzidos, sendo essencial para elaboração da defesa técnica. (PRADO, 2020)

Quanto ao direito de informação ao preso, o ilustre doutrinador Regis Prado (2020, p. 260), esclarece que tal dever foi introduzido somente na atual Constituição Federal e deve ser prestado em todo tipo de prisão.

Até mesmo na prisão em flagrante deve ser apresentado ao preso todos os seus direitos, inclusive o de ficar calado, conhecido como os “Avisos de Miranda”, que assim como na Constituição norte americana igualmente encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro. (MESSA, 2020)

O silêncio do acusado diante dos questionamentos feitos pelas autoridades no momento da prisão, durante ou após sua realização não pode ser utilizado para lhe incriminar, posto que ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo, nem tampouco o silêncio da parte poderá ser interpretado como tentativa de ocultar a culpa. (MESSA, 2020)

Os direitos e garantias individuais daqueles submetidos a prisão estão inseridas em

clausula pétrea conforme previsto no Art. 60 § 4º IV da Constituição Federal não podendo ser alterado nem mesmo suprimido por proposta de emenda constitucional.(MOTTA, 2021)

Quando da criação da Constituição da República de 1988 o poder constituinte buscou impedir que direitos fundamentais do indivíduo, fossem suprimidos, sendo tais direitos conhecidos como aqueles básicos de todos e qualquer cidadão, recebendo tratamento de suma importância, a tal ponto de mantê-los protegidos de toda e qualquer ameaça. (MOTTA, 2021).

As garantias fundamentais insculpidas na Constituição Federal conforme previsto no §1º do Art. 5º, são de eficácia e aplicação imediata, isto é, não dependem de leis que as regulamentem, devendo ser respeitado tanto pelo indivíduo quanto pelo próprio poder estatal. (PRADO, 2020)

Portanto, uma vez inserido os direitos do preso como uma garantia fundamental, não podemos falar em prisão legal aquela que desrespeite os direitos previstos na Carta da Republica.

Em que pese aparentemente se tratar de situação óbvia que o Estado garanta ao indivíduo a proteção de seus direitos, temos que no ano de 2019 foi editada a lei 13.869 conhecida como Lei de Abuso de Autoridades onde foi instituído crimes para os agentes públicos que desrespeitam as garantias do preso no momento da prisão. (MOTTA, 2021)

Desta feita, tem se que a prisão constitui tão somente a privação do direito de ir e vir, sendo uma das medidas mais graves e deve ser efetuada somente por decisão judicial fundamentada e devidamente justificada, em atendimento a manutenção da ordem social quando não possível a utilização de outro meio, ficando os demais direitos do preso resguardo, sob pena de cometimento de abuso de autoridade e violação do princípio da inocência, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, podendo gerar responsabilizações e nulidades processuais.

3. Das provas obtidas a partir da ausência de ciência por partedo acusado sobre os “Avisos de Miranda”

Agora passa-se ao tema-problema do presente artigo que é a exposição dos chamados *Avisos de Miranda* e suas consequências caso não seja informado o seu conteúdo a pessoa presa.

3.1 O que são os “avisos de miranda”

Conforme informações disponíveis na página da internet da Suprema Corte Norte Americana²⁸ no processo conhecido como *Miranda vs. Arizona* abordou quatro casos diferentes envolvendo interrogatórios sob custódia. Em cada um desses casos, o réu foi interrogado por autoridades em uma sala na qual foi isolado do mundo exterior. Em nenhum destes casos foi dado ao acusado um aviso completo e eficaz dos seus direitos no início do processo de interrogatório. Em todos os casos, o interrogatório culminou em confissão oral e, em três deles, declarações assinadas que foram admitidas em julgamento, dentre elas a confissão obtida no caso de Miranda.

No ano de 1966 Miranda foi preso em sua casa e levado sob custódia a uma delegacia onde foi identificado pela testemunha denunciante, tendo sido interrogado por dois policiais por duas horas, o que resultou em uma confissão oral, escrita e assinada, sendo que tais confissões foram levadas ao júri e Miranda foi considerado culpado de sequestro e estupro recebendo condenação de 20-30 anos em cada acusação.

Houve recurso para a Corte do Arizona, estado norte americano onde os fatos ocorreram, sendo que aquele juízo entendeu que os direitos constitucionais de Miranda não foram violados na obtenção da confissão.

O caso chegou ao Supremo Tribunal norte americano, sendo que lá foi entendido que não pode haver dúvidas de que o privilégio da Quinta Emenda serve para proteger as pessoas em todos os ambientes em que sua liberdade de ação é restringida não podendo serem compelidas e se incriminar.

Assim, não pode ser utilizadas declarações incriminadoras resultantes de interrogatório do custodiado, a menos que se demonstre a utilização de garantias processuais eficazes para garantir o privilégio contra a autoincriminação.

O Tribunal considerou ainda que sem as devidas salvaguardas, o processo de interrogatório sob custódia de pessoas suspeitas ou acusadas de crime contém pressões que inerentemente funcionariam para minar a vontade do indivíduo de resistir e obrigá-lo a falar quando, de outra forma, o faria livremente.

Seguindo por este caminho o Supremo Tribunal americano em uma votação apertada por 5 à 4 firmou entendimento sobre o direito constitucional ao silêncio, anulando os confissões obtidas não só no caso de Miranda, mas também nos demais casos em que as confissões foram obtidas sem que tivesse sido assegurado ao acusado o direito à informação

²⁸ <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona> acessado em 15.07.2023

de que não seria obrigado a produzir prova contra si.

Os Avisos de Miranda, como é conhecido do Brasil, é um desdobramento do princípio da não autoincriminação previsto constitucionalmente, no qual o indivíduo tem o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si mesmo ou declarar-se culpado.

3.2 Os “Avisos de Miranda” na legislação brasileira

Os “Avisos de Miranda” ou “*Miranda Rights*” de origem norte americana tomou por base a Constituição daquele país promulgada em 17 de setembro de 1787, sendo que a quinta emenda invocada pela Corte Suprema e que trata dos direitos das pessoas foi promulgada no ano de 1791 apresentando garantias contra o abuso da autoridade estatal, abordando o processo penal devendo ser respeitado em todos os níveis de governo, incluindo os níveis federal, estadual e local no que diz respeito não apenas ao cidadão, mas também aos residentes nos Estados Unidos da América, constando especificamente que nenhuma pessoa será compelido em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo, consagrando o princípio da não autoincriminação. (MOSSIN, 2014).

Já no Brasil o Decreto Lei. 3.689 de 03 de outubro de 1941 que instituiu o Código de Processo Penal, inseriu em sua redação primária o inciso V do Art. 6º afirmando que tão logo se tenha conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deve ouvir o indiciado com observância do disposto Capítulo III do Título VII o qual se refere ao interrogatório onde nos deparamos com o Art. 186 e na parte final trazia que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa (MOSSIN, 2014).

Somente na Constituição da República Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988 foi inserido no Art. 5º LXIII que “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*” sendo que as constituições anteriores não faziam menção expressa ao direito ao silêncio (MOSSIN, 2014).

Ponto a ser observado é que o §2º do Art. 5º da Constituição Federal traz que os direitos e garantias expressos na Carta Magna 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. Ao efetuar tal incorporação, a Carta Magna está a atribuir aos tratados internacionais cujo Brasil seja signatário, uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional (MOTTA, 2021). Considerando que o Brasil teve

em 12.10.1998 o aceite da Corte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos como signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, onde prevê em seu Artigo 8 que trata das garantias judiciais e no ponto 2. “g” expressamente prevê que o acusado tem o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, tal norma foi recepcionada por nosso ordenamento e aqui produz efeitos plenos.

Nota-se, também, sua presença no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de Nova York), que foi introduzido no Brasil pelo Decreto Federal n. 592, de 6 de julho de 1992, dentro do seguinte contexto normativo: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada (art. 14, n. 3, g).

No ano de 1998 o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 199.570/MS de relatoria do Ministro Marco Aurélio, entendeu que a parte final do Art. 186 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, dessa forma, o acusado não poderia ser compelido a depor e seu silêncio não poderia levar o julgador a fazer um juízo negativo a seu respeito:

INTERROGATÓRIO - ACUSADO - SILÊNCIO. A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados. Mostra-se discrepante da ordem jurídica constitucional, revelando apego demasiado à forma, decisão que implique a declaração de nulidade do julgamento procedido pelo Tribunal do Júri à mercê de remissão, pelo Acusado, do depoimento prestado no primeiro Júri, declarando nada mais ter a acrescentar. Dispensável é a feitura, em si, das perguntas, sendo suficiente a leitura do depoimento outrora colhido. (RE 199570, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/12/1997, DJ 20-03-1998 PP-00017 EMENT VOL-01903-06 PP-01069)

Após tal posicionamento da Suprema Corte Brasileira e amplos debates foi que na reforma do Código de Processo Penal ocorrida em 2003 alterou-se o Art. 186 inserindo o parágrafo único, deixando de forma expressa que o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (MOSSIN, 2014).

A valoração negativa do silêncio do réu é violação ao princípio da presunção de inocência e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, deixando o interrogatório de ser considerado um meio de prova, passando a ser essencialmente de defesa, sendo uma oportunidade para o réu e não um instrumento que deve se valer a acusação.

O legislador confere tamanha importância ao direito ao silêncio que na Lei.

13.869/2019 conhecida como Lei de Abuso de Autoridade e em seu Art. 13, inciso III passou a configurar como crime passível de detenção de 1 a 4 anos e multa o ato de constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro, e aplica as mesmas penas a aquele que prossegue com interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio.

Portanto, considerando que a autoacusação é vedada, o indivíduo é inocente até que seja provada sua culpa, e o silêncio não pode causar-lhe qualquer prejuízo, sendo o Estado a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o agente da infração penal, compete-lhe provar a culpa e não transferir tal responsabilidade ao acusado para que este prove a sua inocência já que esta é presumida em seu favor.

3.3 Das consequências jurídico-penais da ausência dos “avisos de miranda”

Consagrado no inciso LVI do Art. 5º da Constituição Federal são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, sendo considerado ilícito toda e qualquer prova que seja obtida em desrespeito ao devido processo legal devendo ser desentranhada do processo as que desrespeitem as garantias constitucionais ou legais conforme preceitua o Art. 157 do Código de Processo Penal. (MOSSIN, 2014).

Logo, o depoimento obtido sem que seja assegurado ao acusado o direito da não autoincriminação, ou *nemun tenetur se detegere* deve ser considerado nulo por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato nos termos do inciso IV do Art. 564 do Código de Processo Penal, já que o inciso LXIII prevê que o preso será informado de seus direitos, e o Art. 186 do Código de Processo Penal impõe o dever de informar ao acusado antes de iniciar o interrogatório o direito de permanecer calado.

Tal nulidade é relativa, ou seja, acaso o acusado não demonstre que tal nulidade lhe causou prejuízo a mesma não deve ser excluída do processo nos termos do Art. 563 do Código de Processo Penal. Porém se por outros meios a autoridade investigativa provaria a acusação sem depender da prova colhida com o depoimento do acusado, o processo deve prosseguir (MOSSIN, 2014).

O Artigo 197 do Código de Processo Penal afasta a possibilidade de se acatar apenas a confissão como meio de prova, inclusive há previsão legal do crime de auto-acusação falsa conforme Artigo 341 do Código Penal, daí a necessidade de confrontar o depoimento/confissão com as demais provas do processo verificando se entre elas existam compatibilidade ou

concordância (MOSSIN, 2014).

Porém, se as provas obtivas sejam derivadas do depoimento colhido de forma irregular, tal nulidade macula todas as demais provas conforme a “*Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*” segundo a qual toda prova produzida em consequência de uma descoberta por meios ilícitos está contaminada pela ilicitude desta, estando previsto no §1º do Art. 157 do Código de Processo Penal.

Consagrou-se, ainda, no Brasil, a teoria da prova ilícita por derivação (“frutos da árvore envenenada” ou “efeito à distância”, que advém do preceito bíblico de que a “árvore envenenada não pode dar bons frutos”). Assim, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham (Nucci, 2023, p.81).

Neste caminhar, as autoridades devem se acautelar no momento da prisão do indivíduo para que não comprometa todo o processo penal pela ausência dos “Avisos de Miranda” ao acusado. Se é dever do agente dar ciência ao acusado de seus direitos, tal situação deve ser de forma expressa não permitindo dúvidas de que a abordagem ocorreu respeitando os direitos legais em especial ao da não autoincriminação.

Difícilmente alguém abriria mão do direito ao silêncio acaso fosse cientificado de que o que disser pode ser utilizado contra sua pessoa sendo que tem o direito constitucional de não produzir qualquer tipo de prova contra si.

Porém culturalmente não é isto que nos deparamos das abordagens das autoridades, em especial no momento da prisão, quando o acusado geralmente fragilizado é questionado ou até mesmo pressionado para que confessem o crime, que por vezes sequer cometeu.

3.4 Do entendimento dos tribunais superiores

Em que pese constar do nosso ordenamento jurídico o direito da não autoincriminação, nos deparamos com inegável resistência por parte das autoridades em respeitar os direitos do acusado, sendo que a questão tem chegado às cortes superiores.

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o país e vem se deparando com questões envolvendo os “Avisos de Miranda” temos que em recente decisão afirmou que tal advertência somente seria exigida no interrogatório policial e judicial:

RECURSO PRÓPRIO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. BUSCA DOMICILIAR REALIZADAS SEM MANDADO JUDICIAL. CONSENTIMENTO VÁLIDO DE MORADOR. GRAVAÇÃO AUDIOVISUAL. AUSÊNCIA DE "AVISO DE MIRANDA" NA ABORDAGEM POLICIAL. ADVERTÊNCIA EXIGIDA SOMENTE NOS INTERROGATÓRIOS POLICIAL E JUDICIAL. LEGALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NA BUSCA E APREENSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). 3. No caso, o paciente consentiu para a realização da diligência de busca em sua residência, inclusive tal consentimento foi gravado (mídia audiovisual), o que afasta a alegação de indevida violação de domicílio. 4. A legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado quanto ao seu direito em permanecer em silêncio (Aviso de Miranda), uma vez que tal prática somente é exigida nos interrogatórios policial e judicial. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 809.283/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 24/5/2023.)

Tal decisão entendeu que a legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado, uma vez que tal prática somente é exigida no momento do interrogatório policial e judicial.

Em que pese o reconhecimento da necessidade dos “Avisos de Miranda” na fase de interrogatório policial e judicial, o Superior Tribunal de Justiça entende que a sua ausência acarreta nulidade relativa dos atos praticados e, portanto, exige que se comprove efetivo prejuízo:

ECA. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. AUSÊNCIA DE "AVISO DE MIRANDA" NA ABORDAGEM POLICIAL. ADVERTÊNCIA DEVIDAMENTE REALIZADA PERANTE À AUTORIDADE POLICIAL. TEMA AINDA NÃO APRECIADO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. O Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou o Recurso Extraordinário 1.177.984, que teve a repercussão geral reconhecida (Tema 1.185) quanto à questão relativa à obrigatoriedade de policiais informarem acerca do direito ao silêncio já no momento da abordagem. De toda sorte, "o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo" (HC n. 614.339/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9/2/2021, DJe 11/2/2021). 2. Na hipótese,

efetivamente houve perante a Autoridade Policial a cientificação quanto ao direito de permanecer em silêncio, constando ainda tal informação do termo de declarações colhidas na presença do genitor do agravante. Nessa linha, para infirmar as conclusões da Corte originária, notadamente para verificação da forma comoteria sido efetuada tal advertência, seria imprescindível o revolvimento do material fático-probatório dos autos, procedimento, que, além de incompatível com a via eleita, não poderia ser realizado na espécie, haja vista que as declarações do agravante foram tomadas por meio de sistema de gravação audiovisual e não há prova pré-constituída da gravação do material colhido. 3. Não está demonstrado o prejuízo necessário ao reconhecimento da nulidade alegada, na medida em que não se sustenta a simples afirmação defensiva de que as informações obtidas de maneira ilegal pelos policiais teriam sido suficientes para embasar a representação, pois a apreensão da droga em posse do agravante em quantidade que pode ser considerada incompatível com o simples uso, somada à sua atitude suspeita demonstrada antes da abordagem policial, por certo já seria suficiente a eventualmente ensejar sua representação pela suposta prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes, mormente se considerados os diversos verbos nucleares do tipo penal em comento. Assim, eventual prejuízo advinda da omissão quanto ao "Aviso de Miranda" não se presume, de maneira que, nem sequer tendo havido o julgamento de mérito da representação ofertada, deve-se aguardar o deslinde da representação na origem, não sendo possível perquirir a nulidade aqui apontada, ao menos ao que se tem dos autos. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 670.351/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022.)

A nulidade pela ausência de tais advertências é relativa, sendo somente levada a cabo quando não for possível por outros meios de prova dar prosseguimento a imputação penal.

Quanto aos entendimentos do Supremo Tribunal Federal relativos aos “Avisos de Miranda”, os recursos extraordinários que foram apreciados por aquela corte estão embasados na violação do artigo 5, XLIII da Constituição Federal, com a tese de que o texto constitucional não faz ressalva ao momento em que se deve garantir o direito ao silêncio, devendo portando ser assegurada não somente no momento do interrogatório policial e judicial mas também no momento da prisão efetuada pelos policiais quando colhidos os depoimentos informais.

Busca-se o reconhecimento de que o direito a *nemo tenetur in detegere* deve socorrer o indivíduo em todo momento processual, seja ele formal ou informal, evitando a auto-incriminação no momento em que a pessoa está fragilizada, ou seja, quando de seu primeiro contato com a autoridade policial. Diante disso a suprema corte reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 1.177.984 com o Tema 1.185, quanto a obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, tendo em vista os princípios da não auto-incriminação e do devido processo legal, por manifesta relevância social jurídica.

Quanto a relevância social entendeu a suprema corte que a questão irá orientar a maneira de proceder dos agentes do Estado no momento da abordagem de qualquer pessoa em

território nacional, máxime quando, na hipótese de prisão em flagrante, o detido é submetido ao denominado interrogatório informal.

No tocante à relevância jurídica, verificou-se o que o tema guarda estreita relação com os princípios *nemo tenetur se detegere* e do devido processo legal substantivo, garantias fundamentais para o desenrolar da atividade persecutória em um Estado de Direito.

Ainda o Supremo Tribunal Federal indicou o fato de que o Superior Tribunal de Justiça vem deixando de aplicar o direito ao silêncio no momento da abordagem policial não reconhecendo a ilicitude dos depoimentos informais.

Apontou a questão quanto a importância da informação do direito ao silêncio já foi enfrentada pela Suprema Corte a exemplo do decidido no HC 80949 julgado em 2001 e naquela oportunidade reconheceu-se que:

Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não. (HC 80949, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30-10-2001, DJ 14-12-2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001)

Ainda no voto proferido no RHC 122279 em 2014, o Supremo Tribunal Federal lecionou:

Essas regras sobre a instrução quanto ao direito ao silêncio — as chamadas *Miranda rules* — não se aplicam desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontra significativamente privado de sua liberdade de ação: “while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way”. Assim como os Estados Unidos, os países democráticos em geral reconhecem o direito ao silêncio. (RHC 122279, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12-08-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30 - 10-2014 RTJ VOL-00235-01 PP-00123)

No ano de 2019 ao apreciar a ADPF 444 o Supremo Tribunal Federal frisou:

Assiste a qualquer pessoa regularmente convocada para depor perante autoridade pública (seja esta policial, judiciária, administrativa ou legislativa) o direito de manter-se em silêncio, sem se expor – em virtude do exercício legítimo dessa faculdade – a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas

às indagações que lhe venham a ser feitas possam acarretar-lhe grave dano (“nemo tenetur se detegere”). (ADPF 444, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14-06-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05- 2019)

No ano de 2019 a Corte Suprema apreciou a RCL 33711:

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes (relator) considerou que houve violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação na realização de “interrogatório travestido de ‘entrevista’”, documentada durante a diligência. Na ocasião, destacou o relator, não se assegurou ao investigado o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo. “Observo, portanto, a violação às decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, na medida em que utilizada técnica de interrogatório forçado proibida a partir do julgamento das referidas ações. Há a evidente tentativa de contornar a proibição estabelecida pelo STF em favor dos direitos e garantias fundamentais das pessoas investigadas”, afirmou. Nesse ponto, o colegiado, por unanimidade, seguiu o voto do relator. (Rcl 33711, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11- 06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 22-08-2019 PUBLIC 23-08-2019)

Em 2021 ao julgar o Ag.RG. no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 170.843 São Paulo a ordem foi concedida “*de ofício*” para reconhecer a nulidade da declaração firmada perante polícias militares, sem que fosse garantido o direito constitucional ao silêncio.

É que, da leitura dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão do paciente, verifica-se que não foi sequer observado o comando constitucional, a partir do qual o preso deve ser informado acerca do seu direito de permanecer em silêncio. Conforme tenho dito, a informação de que o suspeito tem direito ao silêncio deve ser prestada ao preso pelos policiais responsáveis pela voz de prisão e não apenas pelo delegado de polícia, quando de seu interrogatório formal. Evidentemente, a todos os órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos, impõe-se a importante tarefa de realização dos direitos fundamentais. (RHC 170843 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04-05- 2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 31-08-2021 PUBLIC 01-09-2021)

Evidenciou que o direito ao silêncio não deve ser reservado apenas ao interrogatório formal na presença do delegado, mas também deve ser informado pelos policiais no momento da prisão em flagrante.

O Supremo Tribunal Federal a tempos vem reconhecendo a importância de se assegurar os “Avisos de Miranda”, para qualquer pessoa, seja ela presa ou não, resguardando a forma de colheita de provas através informações fornecidas pelo próprio preso ou acusado, consolidando que a eventual irregularidade é causa de nulidade das provas. Todavia a discussão ainda surge com frequência nas cortes superiores, ratificando a importância da matéria atinente a obrigatoriedade de garantir ao preso ou acusado o direito ao silêncio e a não

autoincriminação.

Agora com o reconhecimento da repercussão geral no tema 1.185 terá a Suprema Corte Brasileira a oportunidade de debruçar sobre a questão de tamanha relevância que servirá de norte para todos os indivíduos e para o próprio estado em suas ações, especialmente quanto a assegurar o direito ao silêncio ao preso no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, o que viola o devido processo legal.

4. Conclusão

O Devido Processo Legal está previsto em clausula pétrea no Artigo 5º inciso LIV da Constituição Federal, onde apresenta que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Por devido processo legal deve-se entender que todos os passos envolvendo o indivíduo acusado e o estado acusador onde ambos devem respeitar as regras impostas, tendo sido assegurado o respeito a todas as garantias constitucionais semqualquer exceção.

Dentre os direitos do acusado o legislador Constitucional fez constar no incisoLXIII do Artigo 5º de forma expressa que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da famíliae de advogado.

Tais informações devem ser apresentadas ao acusado desde o primeiro contato deste com a força estatal, sendo conhecido como os “Avisos de Miranda” de origem norte americana onde na década de 60 a Suprema Corte daquele país reconheceu a nulidade do processo por ausência de informações ao acusado.

O indivíduo quando abordado pela força estatal tem suas emoções abaladas, necessitando de proteção do próprio estado, não podendo ser objeto de investigação,devendo ser separado do contexto probatório para sujeito com garantias constitucionais que devem ser resguardadas, principalmente o direito à não autoincriminação.

O devido processo legal não se limita em seguir os ditames da lei, exige aindaque o mesmo seja justo e efetivo, devendo ser entendido como uma garantia do trinômio 'vida-liberdade-propriedade'. Através da qual se assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social dentro do estado democrático.

No caso norte americano onde não foi assegurado a Miranda o direito ao silêncio a situação ocorreu no ano de 1966, sendo que a quinta emenda foi promulgada em 1791, ou seja, já haviam se passados 175 anos da norma que garantiao direito ao silêncio e ainda assim teve a Corte Suprema teve que reafirmar a necessidade de sua aplicação.

No Brasil não está sendo diferente, passados 35 anos da a nossa Constituição Federal datada de 1988 ainda não é assegurado de forma plena aos indivíduos o direito de saber de seus direitos, mesmo estando inserido na parte fundamental da Carta Constitucional.

Constantemente nos deparamos com situações onde as forças estatais violam esses direitos, e por vezes o sistema judiciário se recusam em aplicar o texto constitucional de forma plena, levando os casos aos Tribunais Superiores.

Quanto aos casos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça este vem deixando de aplicar o direito ao silêncio no momento da abordagem policial não reconhecendo a ilicitude dos depoimentos informais e recentemente tem reconhecido que a ilicitude da prova colhida somente ocorreria quando do interrogatório formal perante a autoridade policial ou judiciária.

Já o Supremo Tribunal Federal possui interpretação mais abrangente tendo proferido decisões de que a obrigação estatal de informar o indivíduo de seus direitos deve ocorrer em todos os momentos do processo, seja em depoimento formal ou informal, tendo inclusive reconhecido repercussão geral com o Tema 1185 quanto a obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, tendo em vista os princípios da não autoincriminação e do devido processo legal.

Em ambas as cortes superiores se assegura o direito aos “Avisos de Miranda” ao acusado, havendo divergência apenas se este deve ser respeitado desde o momento da abordagem policial ou apenas nos interrogatórios formais, todavia nenhuma das cortes divergem quanto ao fato de tais provas obtidas sem a advertência constitucional quanto ao direito a não auto-incriminação deve ser considerada ilícita, o que pode anular as provas obtidas e as derivadas prejudicando o processo como um todo.

Ainda se discute a efetiva aplicação da norma constitucional, todavia inegavelmente estamos evoluindo e caminhando rumo a garantia de um processo acusatório justo, especialmente quando se tem que enfrentar o próprio estado e este não assegura ao cidadão os seus direitos fundamentais.

O processo penal que não respeita as regras constitucionais não pode ser considerado justo, por mais que aparenta ser, não é, se o indivíduo tem o direito a não auto-incriminação compete ao estado respeitar e resguardar esse direito em toda e qualquer fase do processo, assegurando ao acusado a possibilidade de uma defesa justa, podendo optar em adotar o comportamento que mais lhe convêm desde o momento da abordagem policial.

Muito ainda se tem para construir, mas o caminho está sendo pavimento, e a análise do tema 1185 pelo Supremo Tribunal Federal vem de encontro a necessidade da pacificação

quanto as regras a serem aplicadas em todas as fases do processo em especial quanto a garantia da informação ao acusado do direito a não auto-incriminação desde o momento da abordagem policial, sob pena de considerar-se ilícitas as provas obtidas e conseqüentemente anulando as mesmas bem como as delas derivadas, podendo levar ao reconhecimento da nulidade da própria prisão.

5. Referências

ANDREUCCI, Ricardo A. **Curso básico de processo penal, 2ª edição**. Editora Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502626129. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626129/>. Acesso em: 08jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181795/000433549.pdf?sequence=1#:~:text=A%20sint%C3%A9tica%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Estados,e%20vinte%20e%20seis%20emendas> Acessado em 15.07.2023.

BRASIL. Lei. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Instituiu o Código Civil**. Brasília – DF, Diário Oficial da União disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. acessado em 13.07.2023

BRASIL, Decreto nº 592 de 6 de Julho de 1992, **Atos Internacionais. Pacto internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Promulgação disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html acessado em 8.07.2023.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969, disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.html acessado em 13.07.2023

DELMANTO, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Editora Saraiva, 2019. *E-book*. ISBN 9788553612956. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612956/>. Acesso em: 08 jul.2023.

Facts and Case Summary – Miranda v. Arizona, United States Courts, 1966, disponível em <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona> acessado em 15.07.2023

MESSA, Ana F. **Prisão e Liberdade** . Grupo Almedina (Portugal), 2020. E-book. ISBN 9788584935765.

Disponível

em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935765/>. Acesso em: 08 jul.2023

MOSSIN, Heráclito A. **Garantias Fundamentais na Área Criminal**: Editora Manole, 2014. E-book. ISBN 9788520448519.

Disponível

em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520448519/>.

Acesso em: 05 nov. 2023.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993993. Disponível

em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993993/>. Acesso em: 15 jul.2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal** . Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646838.

Disponível

em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 08jul. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Execução Penal** .Grupo GEN, 2023. E- book. ISBN 9786559646760.

Disponível

em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646760/>. Acesso em: 08jul. 2023.

PRADO, Luiz R. **Direito Penal Constitucional - A (Des)construção do Sistema Penal**: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530991586. Disponível

em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991586/>. Acesso em: 13 jul.2023.

Quinta Emenda Da Constituição Norte Americana, 1791 DISPONÍVEL EM

<https://constitution.congress.gov/browse/amendment-5/> acessado em 15.07.2023

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar - Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Grupo GEN, 2014. *E-book*. ISBN 978-85-309-5816-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5816-9/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

<https://www.google.com/search?q=google+tradutor&oq=google+tradutor&aqs=chrome..69i57j0i10i13i433i512j0i3j0i10i13i433i512j0i10i433i512j0i3j0i10i433i512j0i10i13i433i512j0i10i433i512.79393524j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8> acessado em 15.07.2023

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20199570%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true acessado em 15.07.2023.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78579> acessado em 19.07.2023

DAS ORIGENS DA JUSTIÇA CASTRENSE

The origins of military justice

Bruno Henrique de Moura²⁹

Sérgio Ferreira Brito³⁰

Resumo: Calcada na hierarquia, na disciplina, nas tradições e no seu passado, as Forças Armadas sedimentam sua existência nos feitos constitutivos da sua história. O surgimento de uma jurisdição especializada, nas diversas civilizações ocidentais, revela os marcadores da relação da espada castrense com a sociedade civil, bem como dos meios de controle sob ela. Compreender a relevância do Direito Penal Militar é vergar-se às suas indicações históricas e racionalizar como as instituições jurídicas militares sustentam a defesa interna e externa da nação. Pela revisão de literatura e construção monográfica do texto o artigo recapitula as origens da Justiça Castrense brasileira.

Palavras-Chave: justiça militar; história do direito; direito penal militar brasileiro; defesa nacional.

Abstract: Solidified on hierarchy, discipline and traditions, the Armed Forces base their existence on the constitutive achievements of their history. The emergence of a specialized jurisdiction, in the various Western civilizations, reveals the markers of the relationship between the military and civil society, as well as the means of control over it. Understanding the relevance of Military Criminal Law is to adhere to its historical indications and rationalize how military legal institutions support the nation's internal and external defense. Through literature review and monographic methodology, the article recapitulates the origins of Brazilian Military Justice.;

Keywords: military justice; legal history; brazil military criminal law; national security.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Estatuto da Igualdade Racial; 3 A Lei de Cotas; 3. As Comissões de Confirmação da Autodeclaração; Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. O BERÇO DO DIREITO PENAL MILITAR

A historiografia não facilita o encargo de descobrir as raízes do Direito Penal Militar. Além da dificuldade de localizar documentos fidedignos, em que haja relatos do surgimento deste ramo específico do direito, especialmente quanto às antigas sociedades, o que existe refere-se ao Direito Penal Geral, sem deter-se à especialidade do campo Penal Militar.

²⁹ Mestrando na Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em direito pela Universidade de Brasília; Advogado; Vice-Presidente da Comissão Disciplinar Nacional da CBDU; São Paulo/SP, Brasil; bhmoura@usp.br

³⁰ Maior titulação; principal atividade exercida; cidade, estado e país de origem; e-mail de contato.

Os dogmáticos da esfera jurídica militar assinalam que as origens deste ramo, e das próprias instituições militares, emaranham-se com a das próprias sociedades organizadas.

O ex-Ministro do Superior Tribunal Militar Cherubim Rosa Filho (2017, p. 11) aponta que nos Códigos Sumérios, que datam de 4.000 anos atrás, encontra-se previstas punições específicas para os crimes cometidos por militares em campo de batalha.

Importantes civilizações também prescreviam sanções aos delitos militares, cabendo a membros das forças militares o julgamento durante o período de guerra. Atenas, Índia, Pérsia, Macedônia e Cartago eram alguns desses povos (LOUREIRO NETO, 2010, p. 3).³¹

As instituições militares surgem como mecanismos de sobrevivência e defesa das sociedades em que eram constituídas, compondo-se, nos primórdios, por aqueles que conseguiam empunhar armas, tendo capacidade de resguardar a sua localidade. A luta digna e a honra, tendo como maior objetivo, proteger a comunidade (GALVÃO, 2020).

Fatores como (i) expansão política territorial, (ii) evolução da humanidade e (iii) crescimento do belicismo sedimentaram as forças armadas, destinando-as à luta em defesa de uma comunidade específica (LAVACA FILHO, 2019). Tornou-se o braço defensivo e passou a ser um ente imprescindível na manutenção de um agrupamento.

A importância é de tal modo que Platão em sua “*República*”³² descreve como se deveria tratar o exército grego, aliando a consciência de seu valor com a coragem para a batalha, quiçá, até, com a entrega de sua própria vida em beneplácito da sociedade. Sócrates discursa para Glauco e defende que os militares devam ter apenas o essencial, sem possuírem comércio, não se apegando a ouro e prata, quanto menos bens lhes sejam próprios, pois sua missão era um sacrifício pessoal à *Polis* e submisso a ordenamentos de organização e funcionamento particulares.

A Grécia e os Sumérios têm importante papel na história do Direito Penal Militar, porém, indubitavelmente, é na Roma que há uma clareza de delimitação e evolução no campo, muito por conta de um estudo sistemático de vários campos, não só do direito castrense, na Roma antiga.

³¹ LOUREIRO NETO, José da S. **Direito penal militar**. 5. ed., 2ª reimp – São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

³² PLATÃO. **A República**. Trad.: NUNES, Carlos Alberto. 3. ed. – Belém: EDUFPA, 2000.

2. ROMA E OS ELEMENTOS CLÁSSICOS DO DIREITO PENAL MILITAR

O direito como campo e o Direito Penal Militar, em especial, passam a receber os primeiros elementos de ciência jurídica na Roma Antiga. É no direito romano que se criam os primeiros elementos para uma difusão de conhecimento legal sistematizada.

Segundo Loureiro Neto (2020, p. 3), Roma trouxe vida própria e independente ao Direito Penal Militar. Lá, a justiça castrense era considerada uma instituição jurídica. Por escolha política, o exército romano ganha o seu próprio direito.

Rosa Filho (2017, p. 11) aduz que após dominar o mar Mediterrâneo, definindo novas fronteiras ao Império, surge em Roma a ação dos Pretores, figura militar e política máxima dos acampamentos avançados e da vida daquele agrupamento. Cria-se, então, o Tribuno Militar, uma espécie de Comandante e Magistrado, reportando-se diretamente ao Pretor – comandante político. Como os acampamentos chamavam-se por “Castro”, denomina-se a justiça realizada naquela região, dentro dos acampamentos, de justiça castrense.

Estratificante, o organograma militar reproduzia as realidades romanas. A realeza preocupava-se em ocupar os principais cargos de auxílio ao Rei/Imperador, os quais dois eram de índole militar, o *tribunus celerum* (comandante da cavalaria) e o *tribuno militum* (comandante da infantaria) (LACAVA FILHO, 2019, p. 48).

Nos tempos da República Romana, ter exercido serviço militar era requisitos para magistratura, bem como a relação entre atuação no exército e sufrágio eram intrínsecas. A cidadania do indivíduo militar vinculava-se à condição de militar, influenciando em outros campos do direito, como o direito civil, nos chamados testamentos de guerra (BERMÚDEZ, 2015, p. 37-40).

Até o censo era influenciado pelo serviço militar. Apenas cidadãos que prestaram serviços nas fileiras do exército romano eram considerados para fins deste levantamento, o que expandia a difusão da cultura romana durante o Império (LACAVA FILHO, 2019, p. 49).

Hélio Lobo (1906, p. 23-24), em um dos primeiros trabalhos autorais brasileiros dedicados à justiça castrense, sempre lembrado, sustentar existirem profundas distinções entre o direito comum do organismo penal militar em Roma.

Por outro lado, não é falha de prozelytos a opinião em prol do organismo penal militar romano, distinto do *commum*. Sem falar na escala das penas próprias do

campo - onde o arbitrário era a essência da legislação militar -, os romanos gozaram de lei penal autónoma, referente aos crimes e às penas militares. Tal o ensinamento de Viço, em sua opulenta monographia :—tanto o crime, como a pena, como a juridictio revestiam character anormal. A lei justineana fala que *a persecutio è aut própria aut ommuni*, d'onde se legitima a conclusão de que—« quanto á infracção militar, a pena, o processo e a jurisdicção são especiaes (*persecutio própria*), em confronto com a pena, o processo e a jurisdicção ordinária (*persecutio communis*)—(I). Tal a lição do nosso Paula Pessoa:—«Era excepcional lambem a jurisdicção militar entre os Romanos. As causas eiveis ou criminaes dos soldados eram julgadas pelos *magistri mUitutu*, os comités e ot duces, sob as ordens dos quaes se achavam os soldados. Esses oftlciaes, tendo a classe dos *spectabiles*, o appello devia ser levado diante do Imperador.³³

O expansionismo do Império Romano resulta das diversas vitoriosas incursões militares, em face principalmente de seu aparato militar extremamente disciplinado e organizado, muito pela adoção de ferramentas capazes de impor sanções rápidas e adequadas aos seus integrantes, mantendo o exército coeso e disciplinado.

Os generais romanos podiam cortar a cabeça de qualquer soldado, ou mesmo de fazer bater com varas um oficial de estado-maior. Mas não apenas contra indivíduos isolados, individuais. Podiam, ainda, punir toda uma divisão se debandasse do campo de batalha. O Poder sob o controle dos generais era amplo e deveras discricionário (GIORDANI, 1997, p. 50).

As penas capitais, corporais, disciplinares, morais e mesmo as aflitivas figuravam no rol das possíveis punições do Direito Penal Militar romano. A decapitação era prática corriqueira, enquanto as surras com bastão do exército compunham as corporais recorrentes. Os soldados eram submetidos à privação da vida civil, podendo até serem vendido como escravos (BANDEIRA, 1919).

Havia uma predileção pelas penas aflitivas ou corporais em face dos delitos mais frequentes, sendo consideradas eficientes para recolocar a disciplina. Podia-se, ainda, convertê-las em castigos, transferência de milícia, trabalhos forçados, multas ou ainda degradação (LACAVA FILHO, 2019, p. 56-59).

Noutra medida eram os costumes, mais do que a legislação, que compunham a aplicação das penas morais ou disciplinares. Normalmente, os próprios companheiros aplicavam as punições em razão de transgressões leves envolvidas com a rotina castrense diária.

³³ A citação é fiel ao texto de Lobo, de 1906, escrito sob outra égide gramatical.

Nas zonas periféricas a adoção das penas era prescindida de um processo, cabendo a avaliação das situações e a eventual aplicação de penalidades aos oficiais, estando os soldados a mercê de seus superiores hierárquicos e da punição escolhida. “As infrações disciplinares eram reprimidas em termos mais ou menos legais ou brutais pelos oficiais que, na realidade, principalmente nas zonas periféricas, tinham o comando pleno e exclusivo que suprimia qualquer elo com a hierarquia superior” (GIORDANI, p. 1997, 119).

O comandante do exército, não obstante a prescrição de um processo para situações especiais, detinha amplos poderes para apuração do grau de culpa dos infratores militares, não sofrendo qualquer interferência de jurados, embora admitida para casos de importância mais elevada, a atuação de um concílio.

A Justiça Castrense reproduzia os percalços e as distinções da sociedade romana e, por isso, teve tanto sucesso, pois “a cidade como que se transplantava em um só bloco, una e integralmente, para o campo de batalha” (GUSMÃO, 1915, p. 4-5).

A religiosidade e os costumes do império refletiam no comportamento das legiões, das cidades e da existência ou não de combate e conflitos entre as cidades do império, pois a “guerra e a paz entre duas urbes era a guerra ou a paz entre duas religiões. (...) Quando os deuses eram inimigos havia guerra sem quartel e sem regra; desde que fossem amigos, os homens estavam ligados entre si e tinham um sentimento de deveres recíprocos” (COULANGES, 2011, p. 276). Nas palavras de Chrysolito Gusmão:

Assim é que, quer para declarar guerra, como para se suspender, mister se fazia a consulta preliminar aos deuses. Unicamente sob os auspícios dos deuses da cidade é que se praticavam os atos mais importantes na legião ou na falange.

Podia se apresentar a mais tremenda batalha, a mais sanguinolenta carnificina podia cair sobre a legião ou a falange em peso, que estoicamente permaneciam elas imóveis, se, acaso, lhes eram desfavoráveis os auspícios dos deuses consultados pelos chefes da tropa; pouco lhes importava que fossem extraordinariamente favoráveis as condições materiais ambientes, que se tratasse d’um inimigo fraco e cuja vitória seria fácil empresa; tudo nenhuma importância tinha se o auspício, após sacrificar as vítimas, encontrava sinais desfavoráveis (GUSMÃO, p. 9).

Assim seguiram as bases da justiça castrense romana, até a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., após uma série de enfraquecimentos do Direito Penal Militar – ou *de res militari* – (VIERA DE ARAÚJO, 1898, p. 2) o qual perdia seu papel pelo aumento das milícias privadas e da mudança histórica de Roma que descentralizava os grupos de combates e que dava aos líderes das facções mais poderes, enfraquecendo normativas gerais e

ampliando o arbítrio do controle das legiões.

Pondera-se, a fim de registro, que há certa discussão doutrinária acerca da existência de um Direito Penal antes do iluminismo, ou se se trataria, anteriormente, apenas de sanções punitivas sem uma articulação filosoficamente sistematizada que teria a pena corporal como marco primordial e como limitação do poder punitivo.

Nessa dicção, segundo Bernd Schünemann, a história do direito penal estatal teria aproximadamente cinco mil anos. A história do direito penal moderno, entretanto, apenas duzentos e cinquenta. O seu marco de nascimento seria a obra dos “Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria, publicada em 1764 (SCHÜNEMANN, 2018, P. 21-22). Do início do direito penal moderno com Beccaria, também pontua como marco Santiago Puig (2003, p. 153).

De toda forma, o Direito Militar Romano é o marco primordial de uma sistematização e positivação das normas concernentes às forças militares, ao menos sob a perspectiva adotada por estes autores.

3. O DIREITO PENAL MILITAR NO MEDIEVO E NA TRANSIÇÃO À ERA MODERNA

Com a queda do Império Romano do Ocidente, dominado pelas invasões bárbaras, restou Constantinopla e o Império Romano do Oriente, que fixado em determinadas localidades, passou a impor seus regramentos.

Junto ao direito romano positivado, gradualmente alcança espaço, um direito bárbaro consuetudinário, moldando uma sistemática híbrida, de modo que os romanos dominados pelos invasores se sujeitaram aos novos regramentos; contudo, os reis locais tendiam a aplicar os costumes conforme a pessoa submetida à apreciação do direito existente (MORETTI, 2004, p. 39).

Isso não quer dizer que se apagou, em completitude, normatividade penal militar. No *Fuero Jusgo* há o livro IX dedicado à matéria militar, bem como havia uma sistematização de normas em outros tomos do *Fuero Jusgo* que, espaçadamente, previam penas relacionadas aos interesses de ordem militar (LACAVA FILHO, 2019, p. 59).

Não foi admitida a aplicação do direito romano perante o direito militar, pois este era diretamente relacionado à garantia da ordem e da paz de cada reino, que se ordenavam pelas tradições e costumes dos guerreiros bárbaros. Desta forma, o exército deixou de ser único e comum, passando-se a exigir o serviço militar conforme os princípios de vassalagem. Ao

entender necessária a batalha, o rei convocava e todos os homens deviam atender ao chamado para compor o corpo beligerante, a tropa armada, e às suas próprias expensas armarem-se.

Os nobres convocados eram responsáveis por suprir as tropas, por adestrá-los das armas e pelos custos gerados pelos deslocamentos decorrentes. Os princípios militares baseavam-se nos valores da honra, da bravura e da coragem, conforme repassados pelas gerações de bárbaros antepassados, e motivavam a aplicação do direito militar, conforme entendesse cada senhor, atribuindo, conforme as violações praticadas, as penas de suplício ou até mesmo de morte.

Segundo Navas Córdoba, com a supressão da jurisdição militar especializada, os regramentos de cunho militar eram aplicados pelo juiz ordinário, que além das matérias da vida cível e penal ordinárias, também tratava de crimes cometidos por militares (1997. P. 36).

Ressalta-se que no período de guerras, o rei poderia delegar aos comandantes a jurisdição militar a fim de controlar a tropa e fazer valer o maior interesse do rei em batalha (NAVAS CÓRDOBA, 1997, p. 36).

Observa-se que a ascendência do Direito Penal Militar romano começou a ser notada durante o processo de fortalecimento dos Estados, principalmente decorrente da determinação dos reis, que pretendiam a codificação do direito (LOUREIRO NETO, 2010, p. 4). Isso está na transição da Baixa Idade Média para a Idade Moderna, em especial o período renascentista.

Partindo dessa sistemática, passaram os exércitos a manter suas estruturas disciplinar e hierárquica, lançando mão do Direito Penal Militar Romano, de modo a buscar no Digesto, tipificações específicas para ilícitos militares como “abandono de posto”, “traição”, “covardia”, “motim ou revolta”, “deveres disciplinares dos superiores hierárquicos”, “insubordinação”, inclusive o tema principal de nosso trabalho, “deserção”, entre outros.

Servia, especialmente, para “restaurar a disciplina a fim de se manter soberano e, no mínimo, resguardar seus limites territoriais” (LACAVA NETO, 2019, p. 59).

Passaram a surgir nos Estados normativas específicas para regular cada guerra em especial e sob a égide da caneta do chefe de Estado/Soberano. Porém, com o passar dos tempos e com o sucesso ou insucesso dessas normas, aperfeiçoou-se regulamentos, ordenanças, códigos para regular o comportamento do militar e a resposta estatal a eles. Primeiro, normas passageiras com validade até o término dos conflitos, posteriormente, codificações mais duradouras (NAVAS CÓRDOBA, p. 1997, p. 40).

Na Inglaterra passa-se a perceber a necessidade desta especificação com a manutenção de um exército regular pelo Rei – antes, o exército só era constituído após permissão do Parlamento e para específicos casos. O Parlamento Inglês, então, inicia a publicação dos *annual army acts*, papéis disciplinadores das forças armadas que consolidavam os *ordinances of war*.

Apenas em 1813 o Parlamento autoriza o rei a publicar decretos de guerra em tempos de paz ou de guerra, seja na Inglaterra ou fora dela, os chamados *statutory articles* (CARPENTER, 1914, p. 18-23).

Mas é na Revolução Francesa e no pensamento jacobino que as bases do direito militar moderno se firmam. Conforme alude Loureiro Neto (2010, p. 4), a Revolução regulamentou as relações de poder entre o civil e o militar, abandonando o carácter feudal do segundo e estabelecendo que cabia à jurisdição militar julgar quando pessoas ou matérias estivessem sob a égide dos princípios castrenses, especialmente a disciplina, pois, nos dizeres de Napoleão, “a disciplina é a primeira qualidade do soldado, o valor é apenas a segunda” (CHAVES JÚNIOR, 2014, p. 38).

Hélio Lobo (1906, p. 64) explica que, antes de 1789, cabia aos juízes comuns apreciar todos os delitos praticados por militares, a menos que fossem feitos em campanha. Até os excessos cometidos por militares em locais tipicamente da organização militar, como guarnições, contra civis, eram da alçada do juízo comum.

A Assembléa Constituinte assentou, quanto a essa matéria, que a separação das duas jurisdições, a militar e a ordinária, repousava no carácter excepcional ou *commum* do delicto a julgar-se. Os crimes *communs*, mesmo praticados por militares, eram da competência da justiça ordinária (3). O delicto militar era, então, a violação, definida por lei, do dever militar. Toda infracção que não atacava imediatamente esse dever era de direito *commum*, e por outro lado, só era militar a infracção quando cometida por pessoa pertinente às classes armadas.

Completa o autor que na Convenção Nacional revolucionária esses princípios alteraram-se. Todos os delitos praticados por militares, fossem comuns ou da legislação especial, tinham como competente os tribunais militares. Mesmo um civil, cúmplice de crime praticado por militar, deveria ser submetido aos tribunais militares.

Mais à frente, o código de 1857 delimitou a competência da jurisdição militar aos crimes e delitos praticados dentro dos deveres e da profissão militar, cabendo à jurisdição ordinária todo o resto. Era a retomada de uma jurisdição especializada e calcada nos atos

militares.

4. O ESTADO PORTUGUÊS E O DIREITO PENAL CASTRENSE

Pompeu, importante general romano, para motivar marinheiros receosos, bradava: “Navigare necesse, vivere non est necesse”. Fernando Pessoa, séculos depois, transmuda a máxima, mas ela permanece a servir como exemplificação de um espírito do Portugal Renascentista. “Navegar é preciso, viver não é preciso”.³⁴

A expansão marítima portuguesa e o alto acúmulo de riqueza com a exploração da África e do Brasil fizeram com que Portugal necessitasse de uma força militar a garantir sua soberania e a proteção de suas embarcações. Ao mesmo tempo, uma legislação a afiançar a disciplina e a hierarquia dentro das forças da Coroa, em terra e no mar, era pressuposto ao bom andamento dos negócios portugueses.

A Coroa Portuguesa passa a aplicar o Direito Penal Militar, impondo a prestação de serviço militar aos súditos conquistados por Portugal, seja em locais estratégicos para o reino, quanto nos quartéis, sob a ameaça de imposição de penalidades.

Considera Moretti (2004, p. 41) que a composição do código militar portuguesa possuía grande número de normas, ausentes de organização e sistematização, regulamentos e regimentos, aplicada à vontade das autoridades responsáveis pela manutenção da disciplina (condestáveis, fronteiros, alferes-mores, marechais e comandantes em geral).

É no reinado de Afonso V, em 1466, que se promulgam as Ordenações Afonsinas, com certas determinações em matéria penal militar, além da formação de uma Justiça Militar. Constituíam-se, em suma, nos Conselho de Guerra, responsáveis pelo julgamento das infrações praticadas no âmbito castrense (ROTH, 2003).

Conforme Carvalho (1940, p. 53) Foi Dom Afonso V o responsável pelo primeiro código detido aos assuntos da caserna em Portugal, o Regimento de Guerra nas ordenações Afonsinas. A importância deste documento é tamanha que as Ordenações Manoelinas, substitutas das Afonsinas, mantiveram grande parte dos títulos militares ao realizarem a reforma judiciária.

³⁴ PESSOA, Fernando. **Navegar é preciso** [poema]. Disponível em <http://www.fpessoa.com.ar/poesias.asp?Poesia=036>, Acesso em 14 out. 2019.

Pós reinado de Felipe II, monarca espanhol que governou Portugal com a morte de D. Sebastião, que não deixou filhos, introduziram-se as Ordenações Filipinas, vigentes até o início do Século XX. Foi neste contexto que a Ordenança Militar, o Abecedário Militar e o Código Militar adentraram na sistemática jurídica Portuguesa e, consecutivamente, Brasileira.

Mas foi com D. João IV que se deu um salto na produção especializada de normativas castrense. Coube ao monarca a criação do Conselho de Guerra. O Regimento do Conselho de Guerra de Lisboa, de 1643, definia suas atribuições e composição, que juntamente com o Alvará de Regimento de 1796, serviu de base para que D. João VI, em 1808, criasse no Brasil o Conselho Supremo Militar e de Justiça (CHAVES JUNIOR, 2004, p. 38).

Seguindo a edição normativa portuguesa, é publicado em 1645 o Regimento de Fronteiras. Em 1678 ocorre a publicação do Regimento dos Governadores, que aos milicianos concedia privilégio de foro, posteriormente integrado ao Código de Processo Criminal e ao Código Criminal de Portugal, logo na primeira metade do Século XIX. Em 1708 são editadas as Novas Ordenanças e em 1710 o Alvará referente às penas e execuções militares.

Em 1763 é sancionado o Regulamento de Infantaria e Artilharia, que contém os vinte e nove Artigos de Guerra, estendidos, ao Brasil, a todas as armas, escritos pelo Conde de Lippe. Com a vigência dos Artigos de Guerra, inspirados nos Artigos de Guerra Inglês e Alemão, as Ordenações Filipinas deixaram de tratar do direito militar.

Quanto aos Artigos de Guerra, importa destacar que previam a figura do conselho de guerra, entidade responsável por julgar, entre outros, aqueles soldados que demonstrarem covardia (artigo 5º) ou que desampararem seu posto sem ordem (artigo 3º).

Em 1796 foi aprovado o Regimento Provisional para o Serviço da Armada. Foram anexados ao aludido Regimento em 1799, os Artigos de Guerra, declarados com força de lei em 1800.

5. AS NORMAS APLICÁVEIS AO BRASIL ATÉ A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA

Colônia Portuguesa desde 1500, o território brasileiro submeteu-se as leis e regras jurídicas da Metrópoles até sua independência, em 1888. As citadas ordenações Afonsinas, Manoelinas, Filipinas e, no campo militar, os regramentos dos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, aplicavam-se, também, nas circunscrições territoriais brasileiras.

Foi com fulcro nas normas vigente que D. João VI criou o Conselho Supremo Militar e de Justiça, ao qual competia além de suas funções judiciárias, o recebimento de consultas relacionadas aos assuntos pertinentes à melhora da economia e da disciplina da Marinha e do Exército. Assim como é hoje, o Conselho Supremo Militar era composto em sua totalidade por quinze membros, dentre eles os conselheiros de guerra, do almirantado, de vogais e de três ministros togados – desembargadores relacionados à Corte (LOBATO, 2002, p. 40).

O Alvará de 1º de Abril de 1808, documento com força de lei pelo poder concentrado na mão do então Príncipe-Regente, descrevia como competência do Conselho Supremo Militar não apenas questões atinentes ao dia a dia da caserna, mas incluiu os negócios realizados pela coroa, além de acumular funções administrativas e judiciárias e a competência de julgar, em instância final, os procedimentos criminais militares:

II. Serão da competencia do Conselho Supremo Militar todos os negócios em que, em Lisboa, entendiam os Conselhos de Guerra, do Almirantado e do Ultramar na parte militar sómente è todos os mais que eu houver por bem encarregar-lhe ; e poderá o mesmo consultar-me tudo quanto julgar conveniente para melhor economia e disciplina do meu Exercito e Marinha. Pelo expediente e Secretaria do mesmo Conselho se expedirão todas as patentes assim das tropas de Linha, Armada Real e Brigada, como dos Corpos Milicianos e Ordenanças, pela mesma fôrma e maneira por que se expediam até agora pelas Secretarias de Guerra, do Almirantado e do Conselho Ultramarino. (texto original) (BRASIL, 1808, p. 7-8).

O Alvará enumerava normas administrativas do Conselho, tal qual a data de suas sessões (ponto V), segundas-feiras e sábados de tarde semanalmente, os conselheiros componentes do tribunal (ponto VII) e a remuneração de seu secretário (ponto IV).

16 anos depois, a primeira Carta Magna Constitucional do Brasil foi outorgada por D. Pedro I, prevendo a organização do Poder Judiciário Brasileiro, com o Supremo Tribunal de Justiça assinalando a posição de tribunal de vértice (Artigos 163 e 164). Ocorre que, não se inseriu o Conselho Supremo Militar na carta outorgada, nem se criou outro tribunal com as mesmas funções.

A única referência à competência para julgamento de integrantes das Forças Armadas encontra-se no art.º 149 da Carta: “os oficiais do exército e da armada não podem ser privados das suas patentes, senão por sentença proferida em juízo competente” (BRASIL, 1824).

Três anos após a outorga da Constituição, a lei de 13 de outubro de 1827 instituiu Juntas de Justiça para funcionar nas capitais de províncias como órgãos colegiados de segunda instância de análise as sentenças dos conselhos de guerra. Já naquele período, a

composição das juntas era um mister de três oficiais militares – excluído o Comandante militar – três desembargadores e o Presidente da província (BRASIL, 1827).

Tropas permanentes e controladas necessitavam de legislação a atender esse propósito. Daí, Marquês de Pombal impôs em 1763 reforma de todo o Direito Militar Português, influenciando no brasileiro. O alemão Frederico Guilherme de Schaumbourg- Lippe, Conde de Lippe, foi o contratado para liderar essa normativa, resultando em “rigorosos e draconianos Artigos de Guerra do Conde Lippe” (LACAVA FILHO, 2019, p. 65).

Os artigos se notabilizavam por uma severidade extrema. Exemplificativamente, condutas medianas eram punidas com a morte, como desemparar o posto sem permissão, quando atacado pelo inimigo. Fuga ou medo em combate resultava em morte. Soldado que ferisse o colega ou o matasse ou ia parar em carrinho perpétuo ou era morto. Desertor ou aquele que souber do paradeiro do desertor e não o informar ia para a forca. Falar mal de seu superior receberá trabalhos de fortificação. Até furto ou extorsão armada poderiam resultar em pena de morte, sem contar os vários castigos corporais com pancada de espada de prancha e o carrinho – argola e cadeira de ferro em que se prendia o soldado (REICHARDT, 1947, p. 11-12).

Cruel nas penas, os Artigos de Guerra tiveram, ao menos, o valor de agilizar julgamentos e organizá-los, melhorando a situação de réus que sofriam castigos maiores e mais prolongados que as penas devidas pela morosidade do sistema (BANDEIRA, 1919)

Cabia aos Artigos de Guerra de 1763 definir não apenas os delitos militares, mas suas punições. O Decreto de 24 de outubro de 1828 determinou a aplicabilidade das leis em tempo de guerra. Os crimes considerados militares surgiram e foram definidos com a Provisão de 1834 (LOBATO, 2002, p. 40).

Em outra medida, o Regulamento de 23 de outubro de 1838 delimitava a lei militar em tempo de guerra e como seria aplicada. Em 1841, definia-se o processamento e julgamento dos militares rebeldes pelos tribunais milicianos; e se a Justiça Civil, durante suas instruções processuais se deparasse com militares envolvidos, remeteria às autoridades militares cópias dos documentos e peças que lhes fizessem culpa. Uma competência especializada para os casos da caserna.

O Aviso de 3 de agosto de 1845 determinou que seria submetido ao Conselho de Guerra, por tratar-se de crime militar, o soldado que resistisse a uma ordem militar de prisão e

ferisse seu camarada. Já a Lei nº 631 de 1851 e o Regulamento nº 820 do mesmo ano, determinaram como ocorreria a punição dos crimes militares.

De 1851 a 1878, foram expedidos inúmeros atos legislativos, definindo como crime militar em determinadas situações.

Merece destaque três alterações legislativas muito valiosas à Justiça Militar. A primeira delas surge pela implementação do Habeas Corpus no Código de Processo Penal de 1832. A segunda, está contida na divisão entre crimes militares em tempo de paz e em tempo de Guerra, pela Provisão de 20 de outubro de 1834. Já a terceira é a atribuição do Conselho Supremo Militar em julgar réus de Pirataria (LACAVA FILHO, 2019, p. 68).

No período pré-republicano uma série de projetos de codificação militar foram elaborados, mas não aprovados. É o caso dos trabalhos de Magalhães Gomes Castro, Auditor de Guerra da Corte, de um Código Penal e de um Código Processual Penal Militar, ambos para substituir os draconianos Artigos de Guerra de Conde Lippe, o qual era tido por deveras inovador, liberal e moderno. Todavia, o comando do Ministério da Guerra rejeitou a proposta por sê-la falha na Organização da Justiça Militar, apresentando substitutivo tão severo quanto os Artigos de Guerra de Conde Lippe. O espírito vingantista continuava no âmbito das casernas.

Nova tentativa de modernização da legislação se viu em 1865 em projeto apresentado pela Comissão de Exame da Legislação do Exército, pensada pelo então Ministro da Guerra Angelo Moniz da Silva Ferraz. Todavia, na dicção de Chrysolito de Gusmão (1915, p. 34) “o projeto era marcado por traços de tirania e de um conceito de disciplina mal compreendido e que o seu aspecto mais criticável era no aspecto de aplicação da pena, pois não se levavam em consideração quaisquer atenuantes ou exculpantes”.

A despeito das discordâncias sobre o grau das punições e institutos jurídicos a serem aplicados ou desprezados, não se pode ignorar que foi na égide dos Artigos de Guerra do Conde Lippe que o Direito Penal Militar ganhou espaço na discussão legislativa, bem como foi neste período que os debates sobre o que seria crime militar ganharam vazão.

E é na Provisão de 1834 que surge, pela primeira vez, uma tentativa de definição, nos termos que seguem:

Enquanto não houver lei explícita, se extremem os crimes militares dos crimes civis, para o fim de cumprimento das disposições do Código de Processo Criminal, reputando-se ‘crimes meramente militares todos os declarados nas leis militares, que

só podem ser cometidos pelos cidadãos alistados nos corpos militares do Exército ou da Armada' como são 1º - os que violarem a santidade e religiosa observância do juramento prestado pelos que assentam praça; 2º - o que ofendem a subordinação e boa disciplina do Exército e da Armada, 3º os que alteram a ordem pública e economia do serviço militar em tempo de guerra ou paz; 4º o excesso ou abuso de autoridade. (REICHARDT, 1947, p. 66).

Nas precisas palavras de Nelson Lacava Filho, na brilhante e essencial obra *Bases de Do Sistema de Direito Penal Militar*:

durante o Império, adotou-se o critério misto de conceituação do crime militar, servindo como critério norteador não só a qualidade do delinquente, como parecia à primeira vista, a ponto de confundir e angustiar Esmeraldino Bandeira, mas também a infração a regras e valores miliares. (LACAVA FILHO, 2019, p. 72).

Perante o exame dos atos legislativos sancionados referentes à Justiça Militar brasileira, pode-se concluir que se tratava de uma verdadeira colcha de retalhos e disposições emaranhadas, algumas desprovidas de sistema e método, ocorridas até mesmo por avisos ministeriais, contrariando arranjos proibitivos. Não apenas tratando do conteúdo material da legislação penal militar, mas também de competência e questões processuais penais militares.

Em 1890 com o advento do Regime Republicano, os crimes militares definidos anteriormente pelos Artigos de Guerra, passaram a ser tipificados pelo Decreto nº 949, de 5 de novembro de 1890, que promulgou o Código Penal da Armada, posteriormente substituído pelo Decreto nº 18, de 7 de março 1891, com determinações estendidas ao Exército Nacional.

Importa destacar que o Decreto Legislativo nº 149, que instituiu o Supremo Tribunal Militar, passa a denominar os membros do tribunal de Ministros, prevê em 15 o número de integrantes - oito do Exército, quatro da Armada e três togados –, além de instituir o cargo de presidente da corte ao general mais graduado, não mais ao chefe político da nação, conferindo certa autonomia à Corte.³⁵

Baseado no § 3º do art. 5º do Decreto Legislativo nº 149, de 18 de julho de 1893, o Supremo Tribunal Militar resolveu expedir à Armada e ao Exército, o Regulamento

³⁵ Antes, D. João VI, D. Pedro I, D. Pedro II, Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto haviam presidido o Tribunal. BRASIL. O primeiro presidente eminentemente da corte foi o Almirante Delfim Carlos de Carvalho, que deixou para trás o título de barão da Passagem. Decreto Legislativo nº 149 de 18 de julho de 1893. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-149-18-julho-1893-540930-publicacaooriginal-42460-pl.html>, acesso em 14. nov. 2023e Supremo Tribunal Militar verbete em CPDOC FGV, disponível em [https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/SUPREMO%20TRIBUNAL%20MILITAR%20\(STM\).pdf](https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/SUPREMO%20TRIBUNAL%20MILITAR%20(STM).pdf), acesso em 13. nov. 2023.

Processual Criminal, que teve suas disposições observadas até meados da década de 20, sendo substituído em 26 de fevereiro de 1926, pelo Decreto nº 17.231-A, determinando a observação do Código de Justiça Militar, posteriormente alterado através do Decreto nº 24.803, de 14 de julho de 1934, objetivando ao atendimento dos mais urgentes desígnios da disciplina. Mas são assuntos para um outro artigo.

6. CONCLUSÃO

Em tempos de expansão do Direito Penal Militar em terras brasileiras, com decisões das cortes superiores permitindo, até mesmo, que civis em tempos de paz sejam julgados pela jurisdição castrense³⁶ (FALCÃO, 2023), compreender de onde surge este especial e específico campo jurídico, suas raízes histórias e os motivos pelos quais foi criado, escanteado e, posteriormente, retomado, possibilita uma melhor visão acerca do seu funcionamento e dos seus objetivos históricos e jurídicos.

A evolução da justiça castrense exterioriza que desde os primórdios a hierarquia e a disciplina (GALVÃO, 2020) – bens jurídicos peculiares do universo militar – estavam, não com estas nomenclaturas, é verdades, intrínsecas aos julgamentos e à imposição de punições, chefe pelos chefes políticos, seja pelos comandantes de legiões e exércitos.

Bem ou mal, as punições mais extremadas – que se repetiam no Direito Penal comum – para com os militares, indivíduos que eram e ainda são vistos com ainda mais devedores de obediência às leis e às ordens de seus comandantes, foram se perpetuando desde a Roma até a república, com a manutenção, por quase 200 anos, dos Artigos de Guerra do Conde Lippe.

Outrossim, com diminutas de exceções, “a história dos povos prova que o julgamento dos crimes militares foi sempre submetido a tribunais militares” (ALVES JUNIOR, 1868, p. 130-132), o que leva a se ter como necessário, desde os primórdios, “juizadores especialmente preparados para resolver os conflitos relativos às infrações do dever militar ou crimes militares (LACAVA FILHO, 2019, p. 74).

Compreender a história é o passo primar para entender as alterações decorrentes do passar dos anos, e no serve para paralelos que nos ensinam a extrair da história lições e

³⁶ Sobre o assunto, interessante o artigo do professor Jorge Cesar de Assis que analisa, sob vários aspectos, decisão tomada pelo Min. Alexandre de Moraes no Inquérito 4.923 acerca da competência militar. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/o-supremo-tribunal-federal-e-a-compet%C3%A2ncia-para-julgar-militares>

aprendizados para entender e interpretar o presente³⁷, buscando resguardar e evitar o erro do anacronismo.³⁸

Nesse sentido, este artigo preenche uma lacuna que é resgatar, em parte, a história das origens da justiça castrense até o advento da república brasileira que, posteriormente, fortemente modificou a sistema da justiça castrense e trouxe outros pressupostos para a práxis jurisdicional.

7. REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Thomas. **Curso de Direito Militar**. Tomo II. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto e Comp. Editores, 1868.

BANDEIRA, Esmeraldino. **Direito, Justiça e Processo Militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1919.

BERMÚDEZ F., Renato de J. **Historia del Derecho Militar**. México: Instituto Nacional de Ciências Penales, 2015.

BRASIL. Alvará de 1º de Abril de 1808. **Cria o Conselho Supremo Militar e de Justiça**. In Cartas de LEI Alvarás Decretos e Cartas Rédias. p.7, disponível em: <https://dspace.stm.jus.br/xmlui/handle/123456789/57899>, acesso em 18. nov. 2023.

BRASIL. Constituição de 1824. **Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm, acesso em: 18. nov. 2023.

BRASIL. Lei de 13 de outubro de 1827. **Sobre as sentenças dos conselhos de guerra nas províncias**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38387-13-outubro-1827-566670-publicacaooriginal-90210-pl.html, acesso em: 18. nov. 2023.

CARPENTER, Luiz Frederico Sáuerbronn. **O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos**. 1914.

CARVALHO, V. A. **Direito Penal Militar brasileiro**. Rio de Janeiro: Bedeschi, 1940.

³⁷ Nesse sentido, Jacques Le Goff explica a importância de se interpretar a história com distanciamento, mas com respeito às características do tempo histórico tratado: “Esta dependência da história do passado em relação ao presente deve levar o historiador a tomar certas precauções. Ela é inevitável e legítima, na medida em que o passado não deixa de viver e de se tomar presente. Esta longa duração do passado não deve, no entanto, impedir o historiador de se distanciar do passado, uma distância reverente, necessária para o respeitar e evitar o anacronismo.” In. LE GOFF, Jacques. **História e memória – 1924**. trad. Bernardo Leitão. Campinas: Editora da UNICAMP, 1990, p. 20.

³⁸ Ainda na escola dos Annales, March Bloch desenvolve os maiores pecados do historiador, dentre eles o equívoco ao interpretar símbolos com os olhares atuais sem se precaver para os significados existentes ao tempo da feitura do documento: “Mal escolhido ou aplicado demasiado mecanicamente, o símbolo, que só estava aí para ajudar a análise, acabou por dispensar o ato de analisar. Com isso, fomenta o anacronismo: entre todos os pecados, ao olhar de uma ciência do tempo, o mais imperdoável” In. BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história, ou, o ofício de historiador**. Trad. André Teles, - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

- CHAVES JÚNIOR, Edgard de Brito, *apud* ROTH, Ronaldo João, *apud* NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito penal militar**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.
- COULANGES, Frustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2ª ed. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. Editoria Revista dos Tribunais, 2011.
- FALCÃO, Márcio. Maioria do STF entende que Justiça Militar pode julgar réus civis em tempos de paz. In. *Portal G1*. Reportagem de 10/11/2023, disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/11/10/maioria-do-stf-entende-que-justica-militar-pode-julgar-reus-civis-em-tempos-de-paz.ghtml>, acesso em 22 nov. 2023.
- GALVÃO, Fernando. **Direito penal militar**: teoria do crime. 3ª ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- GUSMÃO, Chrysolito de. **Direito penal militar**: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira. Rio de Janeiro: J. R. dos Santos, 1915.
- GIORDANI, Mário Curtis. **Direito Penal Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- LOBATO, M. O. da S. A Justiça militar através dos séculos: das penas e da execução penal. *Revista de Estudo & Informações*. Belo Horizonte. n. 10, 2002, p. 40.
- LOBO, Helio. **Sabres e Togas**: a autonomia judicante militar. Rio de Janeiro: Bernard Freres. 1906.
- LOUREIRO NETO, José da S. **Direito penal militar**. 5. ed., 2ª reimp – São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.
- PLATÃO. **A República**: ou sobre a Justiça. Gênero Político. Trad.: NUNES, Carlos Alberto. 3. ed. – Belém: EDUFPA, 2000.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal – concepto e método**. 2. ed. Montevideo: BdeF, 2003, p. 153.
- MORETTI, R. de J. Momento histórico de Direito Penal Militar. *Revista A força policial*. São Paulo. n. 42, abr/mai/jun, 2004 p. 39.
- NAVAS CÓRDBODA, Juan Antonio. **Las competencias civiles de la jurisdicción Militar**. Madrid: Ministério de Defesa, 1997.
- REICHARDT, H, Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Rodrigues & C., 1947.
- ROSA FILHO, Cherubim. **A justiça militar da união através dos tempos**: ontem, hoje e amanhã. 5. ed. – Brasília: Superior Tribunal Militar, 2017.
- ROTH R. J. **Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**. Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Org. e trad. de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 21-22.
- VIEIRA DE ARAÚJO, João. **Direito Penal do Exército e da Armada**. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1898.

DIREITO E PUNIÇÃO EM “O ESTRANGEIRO” DE ALBERT CAMUS

LAW AND PUNISHMENT IN ALBERT CAMUS’ “THE STRANGER”

Raul Rodrigues Kühl³⁹

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a retratação do processo do personagem Meursault na obra “O Estrangeiro” de Albert Camus, a fim de compreender como se apresentam o Direito e a punição na obra, utilizando-se da categoria historiográfica de mitologias jurídicas da modernidade de Paolo Grossi. A partir de uma abordagem crítico-reflexiva da obra, lidou com fontes bibliográficas sobre o tema. Como resultado, encontrou-se que a postura do personagem frente ao seu processo representa uma crítica não somente ao direito de punir, mas aos ideais políticos da modernidade.

Palavras-Chave: Direito e literatura; Direito Penal; controle social; mitologias jurídicas da modernidade.

Abstract: This article aims to analyze the trial of the character Meursault in Albert Camus’ “The Stranger”, to comprehend how law and punishment are presented in this work, using the historiographical category of modernity’s law mythologies from Paolo Grossi. Through a critical-reflexive approach of the work, I dealt with bibliographical sources about the theme. As results, I found that the character’s posture towards his trial represents a critic not only to the right of punishment, but to the political ideas from modernity.

Keywords: Law and literature; social control; modernity’s law mythologies

Sumário: 1. Introdução; 2. A postura de Meursault como crítica ao direito de punir; 3 Críticas de Sérgio Paulo Rouanet e Paolo Grossi à ordem jurídica moderna; 4. A pena de prisão em “O Estrangeiro”; Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O Direito surge para ordenar, teoricamente de acordo com a razão, a conduta humana no mundo, já a Literatura, existe para produzir questionamentos acerca da conduta, do homem e do mundo. O saber literário possui, enquanto domínio da arte, capacidade de formar novos conceitos de maneira única, ou seja, desprendida de amarras como a moral, a religião ou até vícios da racionalidade. Assim, o presente trabalho se justifica pois, a Literatura pode servir para refinar o Direito, na medida em que aperfeiçoa e enriquece as ideias sobre as quais o jurista deve pautar a análise da norma. (FREITAS, 2015)

Assim, o objetivo deste artigo é compreender o Direito e a Punição a partir do diálogo entre Direito e Literatura presente na obra “O Estrangeiro”, de Albert Camus. Para tanto, utilizou-se do método bibliográfico. Em um primeiro momento, este trabalho buscará introduzir uma visão reflexiva do Direito, a partir da crítica dos valores Iluministas que ajudaram a moldar o Direito Penal e Processual Penal contemporâneos e que restam ainda na essência de diversos institutos jurídicos. Então, traçar-se-á um paralelo entre essa análise e a

³⁹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Mestrando em Teoria e História do direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Florianópolis-SC, Brasil; raulkuhl@gmail.com

obra “O Estrangeiro” de Albert Camus, numa tentativa de identificar certos processos de controle social perpetuados através da prática judiciária.

Nesse sentido, as obras de Camus ganham destaque, tendo em vista sua capacidade de oferecer uma ótica nua da sociedade e suas instituições. O autor de “O Estrangeiro” desenvolveu uma filosofia que tem como ponto de partida o absurdo, o qual é definido como a contraposição entre o anseio de respostas que o ser humano possui acerca de sua própria existência, frente à ausência de explicações que o universo lhe provê (CAMUS, 1989, p. 22). Partindo desta interpretação, o filósofo nega toda a lógica social, deslegitimando as instituições que nela se ancoram, sendo que, naturalmente, uma delas é a ordem jurídica.

Por fim, este artigo será concluído com o estabelecimento de uma correlação entre os conceitos extraídos da obra camusiana e o contexto da execução penal no Brasil. Sendo assim, realizar-se-á uma análise crítica da ressocialização como finalidade da pena, estabelecendo um paralelo entre a Lei de Execução Penal e o conceito de fracasso da pena de prisão na obra de Michel Foucault.

2. A postura de Meursault como crítica ao direito de punir

A obra “O Estrangeiro” já se inicia ditando o tom de estranhamento que cerca a figura de seu personagem principal, Meursault: “Hoje minha mãe morreu. Ou talvez ontem, não sei bem.” (CAMUS, 2004, p. 7). A partir desta frase, pode-se definir Meursault como sendo um ser desapegado, totalmente estranho às convenções sociais.

Meursault, entretanto, parte para o funeral de sua mãe sentindo-se culpado por ausentar-se do trabalho, ao mesmo tempo em que sabe que seu patrão em nada pode obstar sua ida ao asilo no qual vivia sua mãe, pois, também, o esperado dele era o compadecimento pela dor sofrida por seu funcionário.

Chegando à casa de repouso, Meursault é levado para junto do caixão de sua mãe, e, quando perguntado pelo porteiro se queria que ele abrisse o caixão para que a pudesse ver, diz que não sem declinar o porquê, mas aceita o café oferecido pelo funcionário do asilo.

Cumprir mencionar que apesar de aparentemente banais estas condutas do personagem ganharão relevância na parte final do livro, da mesma forma que todas as nuances de sua personalidade estrangeira.

Na noite da chegada de Meursault à casa de repouso, ocorreu uma vigília para velar o corpo de sua mãe, da qual diversos pensionistas do estabelecimento participaram. Durante o

velório, Meursault, muito cansado e com dores, cochilou; ao despertar, arrumou-se e partiu para o enterro da recém-falecida, que seria feito na aldeia de Marengo, nas proximidades do asilo. Entretanto, os outros idosos não poderiam participar do evento fúnebre por ordem do diretor da instituição, excetuando-se o senhor Thomas Pérez, tido como uma espécie de namorado da mãe de Meursault.

Logo, Meursault, Thomas Pérez, o diretor, um padre, e os funcionários da funerária, rumaram a pé à aldeia. Durante o trajeto um dos funcionários perguntou a Meursault se sua mãe era velha, o personagem, então, respondeu-lhe imprecisamente, uma vez que não sabia ao certo qual era sua idade. (CAMUS, 2004, p. 20)

O incômodo de Meursault durante o cortejo causado pelo intenso calor é visível na narrativa de Camus, uma vez que o momento do enterro é descrito quase que sem importância ou comoção no texto, perdendo relevância para o alívio que o personagem sente ao retornar a sua casa depois da fatigante viagem. (CAMUS, 2004, p. 21)

No terceiro capítulo da obra, fica claro que a dificuldade que Meursault tem com as relações familiares se estende também a suas relações de amizade. Principalmente na passagem em que conversa com seu vizinho, Raymond Sintès, cuja má-fama é conhecida por todos no bairro, mas ignorada por Meursault. (CAMUS, 2004, p. 31)

Ademais, o distanciamento que Meursault estabelece frente às instituições sociais se acentua ao se analisar seu relacionamento amoroso. No dia seguinte à morte de sua mãe, Meursault vai à praia e encontra uma mulher que outrora desejara: Marie Cardona. Os dois vão ao cinema, beijam-se, almoçam juntos, e tudo mais que qualquer romance exige, entretanto, quando apresentado a uma das instituições mais consolidadas da sociedade burguesa, o casamento, Meursault afirma que, para ele, casar-se não tem importância alguma (CAMUS, 2004, p. 45-6).

No quinto capítulo do livro, Meursault é convidado por seu “amigo” Raymond a passar o domingo na casa de um conhecido na praia, e que Marie também deveria comparecer. Ainda, Raymond alerta Meursault que notou estar sendo seguido por um grupo de árabes, entre os quais reconheceu o irmão de uma ex-amante sua, com quem já havia se desentendido anteriormente, por razão de alguns problemas que tivera durante o relacionamento com a mulher.

No domingo, quando Meursault, Marie e Raymond aguardavam para tomar o ônibus em direção à casa na praia, notaram a presença do grupo de árabes, que os observavam em

silêncio de longe. Entretanto, tomaram o ônibus e julgaram não terem sido seguidos; chegando à residência, são bem recebidos pelo amigo de Raymond, chamado Masson. Durante a tarde, os três homens vão caminhar pela praia e percebem que os árabes os haviam seguido até lá. Quando os dois grupos se encontram há uma briga, da qual Raymond sai com uma ferida no braço causada por uma facada, enquanto Masson cuidava dos ferimentos de seu amigo, os árabes fugiram.

Passada toda essa agitação, Raymond foi ao médico, voltou à casa, e deu um revólver para Meursault, o qual partiu para fazer uma caminhada sozinho pela praia. Durante seu passeio, ele encontra o árabe que havia ferido Raymond, e pensa: “fiquei um pouco surpreso. Para mim, era um caso encerrado e viera para cá sem pensar nisso.” (CAMUS, 2004, p. 62) Neste momento, ocorre o ponto alto da obra de Camus, quando Meursault, incomodado com o sol, mata o árabe.

Após o incidente fatal, dá-se início à segunda parte do livro, na qual o escritor tratará do julgamento de Meursault. No início, durante as primeiras orientações dadas pelo advogado de defesa, a personalidade curiosa do personagem começa a ser preenchida com significações jurídico-penais. Um exemplo é o momento em que seu defensor pergunta-lhe a respeito do dia do enterro de sua mãe, uma vez que sua falta de tristeza fora, logicamente, estranhada pelos investigadores, que atuavam em seu processo.

O que se segue na obra é a lenta aceitação de Meursault em relação à sua condição de prisioneiro: recebe a visita de Marie, habitua-se à falta de cigarros, passa a maior parte do dia dormindo, mas, enfim, não se sente infeliz por estar preso. Depois de um ano, dá-se início o seu julgamento. Durante a sessão do júri do caso de Meursault, chamaram as testemunhas, as quais foram inquiridas a respeito das atitudes do réu frente aos recentes acontecimentos de sua vida. Primeiramente, ouviu-se o diretor do asilo, o qual falou sobre a conduta de Meursault no momento do enterro de sua mãe:

A uma outra pergunta respondeu que a minha calma no dia do enterro o surpreendera. Perguntaram-lhe o que entendia por “calma”. O diretor olhou então para as pontas dos sapatos e disse que eu não quisera ver mamãe, que não chorara uma única vez e que partira logo depois do enterro, sem me recolher junto ao túmulo. Ainda outra coisa o surpreendera: a agência funerária lhe dissera que eu não sabia a idade de mamãe. (CAMUS, 2004, p. 65-6)

Quando Marie é chamada para ser ouvida, o promotor lhe pergunta qual era sua ligação com o réu, e de que maneira começara seu relacionamento com ele. Diante de sua resposta, naturalmente a acusação se dirige ao conselho de sentença, dizendo: “Senhores

jurados, no dia seguinte à morte de sua mãe, este homem tomava banho de mar, iniciava um relacionamento irregular e ia rir diante de um filme cômico.” (CAMUS, 2004, p. 98)

Como o julgamento parecia desenrolar-se tendo como base o fato de Meursault não mostrar provas de sensibilidade no enterro de sua mãe, seu defensor pergunta: “Afinal, ele é acusado de ter enterrado a mãe ou de matar um homem?” (CAMUS, 2004, p. 100). A resposta do promotor, entretanto, comove o público.

[O promotor] declarou que era preciso ter a ingenuidade do ilustre defensor para não sentir que entre as duas ordens de fatos havia uma relação profunda, patética, essencial. Exclamou com veemência: acuso este homem de ter enterrado a mãe com um coração de criminoso. (CAMUS, 2004, p. 100).

Após a oitiva das testemunhas, abre-se espaço para as alegações finais, momento que causa um profundo incômodo em Meursault, o qual sentia que “de algum modo, pareciam tratar deste caso à margem de mim” (CAMUS, 2004, p. 102)

Ao fim de sua exposição oral, o promotor direciona-se àquilo que ele chama de “alma” de Meursault, afirmando que “[Meursault] não tinha alma e que nada de humano, nem um único dos princípios morais que protegem o coração dos homens, era-lhe acessível”. Ademais, de acordo com a acusação, era perigosa essa falta de humanidade do réu, “Sobretudo quando o vazio de um coração, assim como descobrimos neste homem, torna-se um abismo onde a sociedade pode sucumbir” (CAMUS, 2004, p. 105).

Finalmente, quando tem a chance de fazer sua própria declaração, Meursault revela a total falta de sentido em seu caso, pois, quando perguntado qual fora a razão de ter cometido o crime de homicídio contra o árabe na praia, responde “misturando um pouco as palavras e consciente do meu ridículo, que fora por causa do sol.” (CAMUS, 2004, p. 107)

Após a exposição da defesa, e da reunião dos jurados, o juiz manda chamar Meursault, e lhe profere sua sentença: “[...] o presidente me disse de um modo estranho que me cortariam a cabeça numa praça pública em nome do povo francês” (CAMUS, 2004, p. 111). O livro acaba com Meursault em sua cela, ainda aguardando o recurso feito contra sua sentença, completamente resignado e nem um pouco infeliz com a certeza de sua morte.

3. Críticas de Sérgio Paulo Rouanet e Paolo Grossi à ordem jurídica moderna

Para compreender as relações entre o filósofo Albert Camus e o Direito Penal brasileiro, deve-se introduzir a análise das influências iluministas nos princípios do Direito Penal.

Na obra “Mitologias Jurídicas da Modernidade”, Paolo Grossi discorre sobre a

passagem da Idade Média para a Moderna, que deu origem a um direito burguês, o qual, juntamente com as mudanças sócio-políticas do período, contribuíram para o estabelecimento de um direito que pretere os grupos individuais em relação à vontade do soberano.

De acordo com Grossi, o próprio conceito de lei se alterou nesse recorte temporal. Uma definição medieval do termo *lex*, por exemplo, é dada por Tomás de Aquino: “um ordenamento da razão voltado ao bem comum, proclamado por aquele que possui o governo de uma comunidade” (TOMÁS DE AQUINO, 2005, P. 527-8). Essa definição expressa uma carga cognitiva, ou seja, o conteúdo normativo já existe na realidade, então a tarefa do jurista seria ordenar, no sentido de pôr em ordem, os fatos da realidade, a partir da razão, em busca de produzir a lei. As tradições seriam observadas e os costumes transformados em norma.

Sendo assim, nesse modelo jurídico, o Direito se posiciona dentro do complexo amálgama social da época, isto é, a ordem jurídica, a religião, as relações sociais e econômicas, juntamente de toda a dimensão coletiva da vivência medieval se retroalimentavam, possibilitando um Direito verdadeiramente adequado para a sociedade da época. Enfim, um Direito que era capaz de compreender o ser humano em toda a complexidade das relações que o circundam.

Já na Idade Moderna, a lei adquire uma nova roupagem, de caráter iluminista, pós-revolução burguesa; é a *loy* francesa. Assim, pode-se destacar o novo caráter formal da lei, o que faz daquele comando uma lei é sua forma e não seu conteúdo. A *loy* é “uma realidade que não encontra em um conteúdo ou em um objetivo nem seu significado e nem a sua legitimação social” (GROSSI, 2004, p. 42). É, basicamente, mais volitiva do que cognitiva.

Ademais, destaca-se a influência dos valores iluministas no Direito ocidental como um todo. Contudo, para os efeitos desta pesquisa, faz-se necessário analisar as promessas feitas por esta corrente filosófica, como elas não foram cumpridas, e, por fim, qual o efeito do fracasso do processo civilizatório iluminista na sociedade contemporânea, notadamente na seara jurídica.

O Iluminismo foi uma síntese dos ideais que começaram a surgir durante a Renascença italiana, a qual produziu de conhecimentos políticos, artísticos e científicos, que, mais tarde, através dos filósofos iluministas, formariam as bases do pensamento moderno no Ocidente. Tendo isso em mente, pode-se dizer que o Iluminismo foi um projeto, que visou à emancipação do homem, na ciência, arte, política, e também nos mais diversos níveis da organização social.

A Ilustração, enquanto movimento histórico tinha como objetivo a substituição da tutela da autoridade e da tirania política por uma regulamentação racional da organização social. Este projeto civilizatório e emancipatório, na visão do autor Sérgio Paulo Rouanet, falhou. (ROUANET, 1993)

O diplomata brasileiro tenta explicar o vazio existencial tratado por Camus, cuja causa seria o fato de que a sociedade burguesa do século XX esperava que fossem cumpridas as promessas de liberdade, igualdade e fraternidade feitas pelo Iluminismo, porém se deparou com a deturpação total desses ideais. Sendo assim, quando se contrapõe o projeto iluminista aos horrores das Grandes Guerras na Europa do século XX, o sujeito, saudoso destas promessas, encontra-se envolto em um profundo vazio existencial, vê-se, enfim, em uma condição absurda. Portanto, o desespero desse indivíduo é muito semelhante ao do homem absurdo camusiano, o qual, pergunta ao mundo, mas dele não obtém respostas.

Neste momento, faz-se necessário entender quais foram essas promessas iluministas e em que medida pode-se afirmar que elas não obtiveram sucesso. Primeiramente, ao se observar o precitado projeto, constata-se que ele se baseia em um eixo central com três categorias: A universalidade, a individualidade e a racionalidade, isto é, em resumo o homem se emanciparia, a sociedade viveria em plena liberdade e ascenderia a um grau civilizatório elevado, se fossem postos em prática os três princípios citados dentro da ordem política, econômica e cultural.

O universalismo, segundo o qual qualquer diferença cultural e nacional deveria ser relativizada diante da igualdade entre os homens, produziu, de fato, a derrubada de algumas barreiras. O resultado, entretanto, não foi uma interação cosmopolita entre nações, e sim, a colonização e a opressão imperialista de países desenvolvidos sobre os subdesenvolvidos, principalmente no continente africano, o que, como se bem sabe, foi causa primária para a eclosão da Primeira Guerra Mundial em 1914.

Ainda tratando do princípio do universalismo, permite-se aqui uma análise mais longa, uma vez que ele é central no ramo jurídico, e também muito criticado tanto na obra de Camus como de Grossi. Esta Universalidade, enquanto princípio iluminista e conceito jusfilosófico, traz em si a ideia de que os homens devem seguir uma justiça que possua uma percepção universal de certo e errado, uma noção absoluta de ética segundo a qual todos devem pautar suas ações. Contudo, quando surge um indivíduo ou um grupo de indivíduos que se desviam desta ética, eles passam a acumular em si as figuras de estrangeiros e inimigos da coletividade, e devem por isso ser eliminados, tal qual no julgamento de Meursault. Em suma,

Meursault se viu, em última instância, refém da moralidade pré-definida do grupo que o julgou.

Esta situação é escancarada durante o processo ao qual é submetido o personagem camusiano, principalmente na conduta do juiz, que ao conversar com ele, indaga-o sobre sua fé em Deus, e fica indignado ao descobrir que Meursault era ateu. (CAMUS, 2004, p. 72-3)

A partir do conflito entre os dois personagens fica muito evidente o conceito metafórico de “estrangeiro”, o qual representa o estranhamento que sente Meursault em relação ao seu processo, mas principalmente à moral que se esperava dele.

Em sequência, faz-se necessário aprofundar-se nas críticas aos valores Iluministas para que se prossiga no presente artigo. Logo, cumpre mencionar que o individualismo foi outra diretriz nos planos da Ilustração para a civilização ocidental, o qual parece, em um primeiro momento, deveras libertador. (ROUANET, 1993, p. 22)

O grande apelo à individualidade gerou, não obstante às promessas precitadas, efeitos como o consumismo desenfreado e um hiperindividualismo o qual: “[...] se manifesta num egocentrismo radical, num frenesi de hedonismo, num delírio consumista, na busca exclusiva da própria vantagem, na apatia mais completa com relação às grandes questões de interesse comum” (ROUANET, 1993, p. 22). Vê-se que, de fato, esse impulso de autonomia individual teve sucesso em descolar o sujeito de um determinismo geográfico, porém, largou-o só diante do mundo.

Por fim, cumpre-se analisar a última categoria: a racionalidade. O apego à razão presente nos escritos iluministas é de fato o traço mais identificável e conhecido deste movimento intelectual. Sendo que, o cientificismo viria para tirar os homens das trevas em que viveram até o fim da Idade Média; o conhecimento emanciparia a humanidade e a libertaria de seus grilhões do obscurantismo e superstição.

De fato, nota-se que a ciência ajudou a desenvolver a civilização em sua eterna luta com a natureza, tornou a população mais longeva e saudável e criou máquinas que tornaram a vida mais confortável. Entretanto, essa mesma ciência, principalmente unida ao militarismo, deu instrumentos às maiores barbáries já desenvolvidas pelos seres humanos.

Concluindo, o projeto de civilização ideal pregado pelos teóricos iluministas ruiu, produzindo tanto as barbáries tecno-científicas que foram as Grandes Guerras do século XX, quanto o homem camusiano, enquanto representação de um sujeito que vê no mundo um constante absurdo.

Neste momento, faz-se necessária uma síntese das ideias apresentadas sobre a obra *O estrangeiro*, e correlacioná-las com conceitos de Grossi. É importante entender como a postura de Meursault representa a veemente negação que Albert Camus faz a esta racionalidade universal, a qual seria, de acordo com o ideário iluminista, capaz de conduzir os homens a um senso moral único e perfeito. Através desta negação, o filósofo franco-argelino apresenta uma visão crítica da atividade jurídica de codificação da realidade, uma vez que esta realidade é capaz de produzir seres complexos como Meursault, mas o Direito é incapaz de codificar sua existência controvertida.

A partir desta crítica, pode-se adentrar novamente na obra de Grossi, para se compreender as diversas facetas do Direito medieval, acerca do qual ele trata em sua obra, traçando um paralelo com o Direito moderno.

Primeiramente, ao esboçar a ordem jurídica na perspectiva medieval, Grossi afirma que o poder político naquele contexto se caracteriza por não se ocupar das zonas que não interferem diretamente no governo da coisa pública. (GROSSI, 2004, p. 28-9)

Diante desta caracterização, surgem três consequências de grande relevância para o Direito. Sendo a primeira delas o fato de que: “[...] o social, fundamentalmente autônomo, sem obrigações vinculantes, vive plenamente a sua história em todas as possíveis riquezas expressivas.” (GROSSI, 2004, p. 29)

O Direito medieval não nasce como fruto da vontade deste ou daquele poder político, deste ou daquele Príncipe, mas como uma realidade historicamente e logicamente antecedente, que nasce nas vastas espirais do social, com esse se mistura, desse se incorpora (GROSSI, 2004, p. 30). O direito medieval só necessita do social para se ordenar, e “não se fundamenta na polis, mas no sangue, na fé religiosa, na profissão, na solidariedade cooperativa, na colaboração econômica” (GROSSI, 2004, p. 31). Desta forma, pode-se dizer que nesse contexto o direito precede o poder político.

A segunda consequência relevante para o presente estudo é a relativa autonomia do ordenamento jurídico da época. (GROSSI, 2004, p. 31-2). A terceira, é que Direito, ao ser encarado como parte do corpo social, se constitui como “realidade que fundamenta todo o edifício de civilização, e, como tal, intimamente ligado com os grandes fatos primordiais que fundamentaram aquele edifício” (GROSSI, 2004, p. 32-3).

Ainda, acerca desta realidade radical, é interessante observar que ela apresenta um Direito ôntico, no sentido de que o Direito teria sua própria razão de ser, sua própria substância, a qual estaria inscrita na natureza e disponível para ser interpretada. Não sendo simplesmente um instrumento institucional para satisfazer as vontades do soberano, como se

verificou posteriormente na Idade Moderna.

Enfim, o que se pretende com essa análise do Direito medieval apresentada por Grossi é, na verdade, chegar a um ponto comum ao relacioná-la com as críticas de Rouanet ao Iluminismo, e por fim, com a crítica às instituições modernas feitas por Camus através do personagem Meursault. Este ponto seria a indagação acerca das formas com que o Estado, manifestado através do Direito Instrumentalizado, impõe de maneira hierárquica certos comandos morais no indivíduo, e desta forma, impõe-lhe um controle social.

Portanto, cumpre mencionar brevemente que o Direito se transfigura durante a lenta passagem da Idade Média para a Moderna, partindo de sua natureza de “realidade radical” em direção ao direito visto no julgamento de Meursault:

[...] lentamente, mas incessantemente, a velha psicologia de indiferença em relação a grandes zonas do jurídico é substituída por uma psicologia extremamente atenta, uma atitude invasiva, um envolvimento sempre maior na produção do direito. Tudo isso, bem inserido no interior de uma visão de poder político como potestade onicompreensiva, potestade sempre mais consumada. Inicia-se uma longa estrada que verá o Príncipe sobre uma trincheira de batalha contra toda e qualquer forma de pluralismo social e jurídico. (GROSSI, 2004, p. 40)

Desta forma, o Direito passa a se constituir sem o diálogo necessário com a realidade que pretende organizar, ou seja, é fusão dos planos de governo de seu soberano e suas próprias razões pessoais, que invadem as searas que o poder político, como dito anteriormente, não se ocupava. (GROSSI, 2004, p. 41-2)

Isto posto, pode-se dizer que ocorre um profundo controle social engendrado por diversas instituições combinadas, entre elas o Direito, o qual colabora, a partir de suas fórmulas de certo/errado, poder/não poder, bom/mau, para o estabelecimento de um controle da vida humana.

Tendo em vista que estas fórmulas jurídicas mencionadas não levam em conta a realidade do ser humano que é afetado por elas, ou seja, são comandos dados de cima para baixo, pode-se concluir, enfim, que se tratam da mais pura manifestação do absurdo camusiano, na medida em que são ditames morais que não levam em conta nenhum aspecto da moral própria do indivíduo que os recebe.

4. A pena de prisão em “O Estrangeiro”

Diante de todo o exposto no decorrer deste artigo, a escolha por sintetizar a figura do personagem Meursault, dentro do tema da punição parece ser a mais interessante para o fechamento deste estudo, visto que mantém íntima relação com os temas já tratados, na

medida em que a punição se mostra um dos instrumentos mais notáveis de controle social perpetuados pelo Estado, e é tema central das obras estudadas nos tópicos anteriores.

Portanto, a partir de uma análise crítica deste fenômeno, isto é, da aplicação da pena e seus efeitos como forma de controle social perpetuado pelo Estado, tentar-se-á compreender neste tópico de que maneira o debate realizado anteriormente é importante para o ordenamento jurídico brasileiro. Verificar-se-á, enfim, quais relações a execução penal mantém com a obra de Albert Camus.

Primeiramente, deve-se fixar de que maneira o fenômeno punitivo se efetua no contexto do Direito Penal brasileiro. Para tanto, deve-se salientar que, apesar de haverem inúmeras teorias que surgem para justificar a pena de prisão, e explicar qual é seu fim, este trabalho se construiu até aqui como uma análise crítica da realidade a partir da visão dos autores Albert Camus, Paolo Grossi e Sérgio Paulo Rouanet, e a fim de se manter coerente seguirá nesta mesma linha. Desta forma, realizar-se-á, nesta parte final uma análise da legislação brasileira e da punição enquanto manifestação jurídica, correlacionando-as com as obras inicialmente comentadas.

Tendo isto em mente, tem-se que a Lei número 7.210 de 1984, chamada Lei de Execução Penal, disciplina o assunto em comento fixando em seu artigo 1º qual é a finalidade da punição no ordenamento jurídico nacional: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (BRASIL, 1984)

O primeiro objetivo, isto é, “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal”, evidencia a finalidade de concretização do poder de punir do Estado, através da constituição da sentença em título executivo, e a este aspecto não se atentará neste projeto, interessando aqui, a segunda parte do comando normativo.

Em sequência, o trecho “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” assinala um alinhamento da legislação à centralidade do elemento ressocializador da pena. Ainda, no item 14 da Exposição de Motivos da lei, nota-se também esse destaque ao elemento da reinserção do preso na sociedade:

Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade. (BRASIL, 1984).

Enfim, a finalidade, não única, mas central da execução penal no sistema jurídico

brasileiro, é ressocializar o condenado. A partir desta constatação, começa propriamente o debate acerca das nuances deste elemento.

Analisando a legislação, verifica-se no artigo 1º da Lei de Execução Penal que o Estado deve “proporcionar condições” para que o apenado, eventualmente retorne à sociedade de maneira “harmônica”, isto é, mais que imposição, este programa acredita no oferecimento do tratamento reeducador, não possibilitando eventuais punições à não aceitação por parte do condenado.

Entretanto, parte das análises críticas da execução penal esbarra em um dilema elementar: ou se buscam as mínimas sutilezas dentro da legislação que indicariam a autorização de um controle social exacerbado exercido pelo Estado; ou se chega à conclusão de que a falência da pena de prisão se dá porque a Lei de Execução Penal não é aplicada corretamente pelos estabelecimentos prisionais. Tal obstáculo se revela, pois as teorias e a legislação encontram-se em completo desacordo com a realidade fática da prisão.

Para a compreensão deste dilema, cumpre salientar que é inegável que as condições nas prisões brasileiras são degradantes, que os índices de reincidência no país são altos, enfim, todos os indícios levam a crer que a prisão brasileira está em crise. (OLIVEIRA; PAULO, 2019) Entretanto não é escopo deste trabalho trazer estatísticas ou relatórios de órgãos internacionais acerca do fracasso da prisão no Brasil. Deve-se, entretanto, simplesmente levar adiante neste artigo a certeza de que a realidade do cárcere no Brasil não é aquela idealizada pela legislação nacional.

Contudo, o referido entrave deve ser resolvido com a análise de dois autores, a saber, Paolo Grossi e Michel Foucault. Sendo que, inclusive, ao se tentar compreender esta aparente aporia, iluminar-se-á o caminho para as análises finais deste estudo.

Primeiramente, cumpre dizer que dificilmente se imaginaria, dentro do contexto do pensamento jurídico contemporâneo, conceber que um jurista, mesmo dotado de um olhar crítico, pudesse encontrar problemas em uma teoria que prevê não somente que o criminoso deve ser reinserido na sociedade em perfeita harmonia, mas ainda que este processo seja feito de maneira respeitosa à sua própria autonomia, preservando seus próprios valores e visões de mundo.

Diante disso, é importante compreender o contexto no qual foram surgindo estas concepções ressocializadoras da pena, para finalmente se estabelecer uma análise interessante para os propósitos desta pesquisa. Assim sendo, conforme observa o jurista espanhol

Francisco Muños Conde, este tipo de teoria humanista ganha destaque após a Segunda Guerra Mundial:

A imposição de horrores durante a Segunda Guerra Mundial e o abuso de castigo no Direito Penal, inclusive na eliminação física de grupos humanos inteiros, contribuíram, sem dúvida, para o renascimento de ideias humanísticas e a configuração de um direito penal mais humano como instrumento a serviço da ressocialização, antes que do castigo dos delinquentes. Por outro lado, o progresso das ciências da conduta e, portanto, das técnicas de manipulação do comportamento humano tampouco foi alheio a esta evolução que se traduziu em sistemas penitenciários e de controle sociais mais sutis e sofisticados que os cárceres tradicionais, mas não menos eficazes. (CONDE, 2005, p. 74)

Entretanto, o problema que surge com a comparação entre a Lei de Execução Penal e as efetivas táticas de controle social perpetuadas pelo Estado em relação ao condenado, vê-se atrelado ao conceito de Mitologia Jurídica desenvolvida por Paolo Grossi:

Mesmo se o historiador libera o seu olhar de vícios apologéticos, essa civilização, que tem a teimosa pretensão de propor-se como desconsagrador e demolidora de mitos, mostra ser uma formidável construtora deles. Para retornar ao nosso campo de investigação, o jurista que tiver os olhos desencantados não poderá deixar de salientar tal fenômeno nas grandes correntes do jusnaturalismo do século XVIII, tão incisivas na modelagem do moderno, que frequentemente qualificamos como o iluminismo jurídico da Europa continental. Aqui talvez se possa chegar à mais inteligente, à mais consciente, à mais hábil fundição de mitos jurídicos da longa história jurídica ocidental; um complexo de mitos organicamente imaginados e sustentados, que dão vida a uma verdadeira mitologia jurídica. (GROSSI, 2004, p. 56)

Então, tanto a aura ressocializadora e humanitária da qual se envolve a Lei de Execução Penal, quanto as teorias que a justificam, podem ser compreendidas como uma mitologia jurídica:

[...] a nova ordem sociopolítica deve ser democrática, em oposição à decrepita ordem classista, exprimindo a vontade geral da nação; a qual tem o seu único e conveniente instrumento de expressão na representação política entendida como representação de vontade; o novo Parlamento é, portanto, o depositário da vontade geral e, a sua voz em nível normativo – a lei – identifica-se com a vontade geral; o princípio da legalidade, ou seja, a conformidade de cada manifestação jurídica com a lei, torna-se a regra fundamental de toda democracia moderna. (GROSSI, 2004, p. 61)

Assim sendo, os diversos ideias dos quais se cerca o Estado burguês tiveram a astúcia de se renovarem através da História, como bem observado por Francisco Muños Conde ao comentar o contexto que sucedeu à Segunda Guerra Mundial, entretanto seu objetivo segue sendo o mesmo, a manutenção do próprio poder da mesma maneira de que o sempre foi.

É evidente que o que se deseja, enquanto plano para uma sociedade mais apaziguada socialmente, seria o tratamento humano destinado aos encarcerados, mas a partir desta crítica,

e a observação da realidade do cárcere, começa a ficar claro o ideal por trás do discurso humanitário da execução penal. Tendo isto em mente, a dificuldade que encontra o jurista para entender como pode a Lei de Execução Penal, à primeira vista humanitária, fracassar no plano da realidade, encontra sua explicação na obra de Grossi, sendo que a impossibilidade de se falsear essas bases, também fora arquitetada pela ordem moderna do poder (GROSSI, 2004, p. 62-63)

A ideia de que o Estado propiciará as condições para que o condenado se ressocialize sem impor-lhe qualquer espécie de valor moral se não for merecedora de total descrença por parte do jurista atento, é pelo menos de uma certa desconfiança.

De acordo com Foucault, o processo de verificação de falência da prisão, juntamente com seus projetos de reforma fazem parte da própria manutenção e legitimação do cárcere:

Pois logo a seguir a prisão, em sua realidade e seus efeitos visíveis, foi denunciada como o grande fracasso da justiça penal. Estranhamente, a história do encarceramento não segue uma cronologia ao longo da qual se sucedessem logicamente: o estabelecimento de uma penalidade de detenção, depois o registro de seu fracasso; depois a lenta subida dos projetos de reforma, que chegariam à definição mais ou menos coerente de técnica penitenciária; depois a implantação desse projeto; enfim a constatação de seus sucessos ou fracassos. Houve na realidade uma superposição ou em todo caso outra distribuição desses elementos. E do mesmo modo que o projeto de uma técnica corretiva acompanhou o princípio de uma detenção punitiva, a crítica da prisão e de seus métodos aparece muito cedo, nesses mesmos anos de 1820-1845; ela, aliás, se fixa num certo número de formulações que — a não ser pelos números — se repetem hoje sem quase mudança nenhuma. (FOUCAULT, 2012, p. 250-1)

Foucault observa que a pena de prisão segue sendo mantida como resposta à criminalidade em quase que a totalidade dos sistemas penais ocidentais, apesar da verificação de que ela não é eficaz. Ademais, a constante elaboração de novos sistemas para se abordar de diferentes maneiras a questão prisional, enfim, o clamor por uma “reforma penitenciária”, é, curiosamente, contemporâneo à própria prisão.

Desta forma, Michel Foucault realiza a constatação histórica de que o surgimento da pena de prisão no século XIX, as críticas feitas a ela devido ao seu fracasso, e, por fim, as propostas de reforma ocorrem todos ao mesmo tempo. Sendo assim, o filósofo levanta a indagação que servirá de ponto de partida para esta análise final: “O pretense fracasso não faria então parte do funcionamento da prisão?” (FOUCAULT, 2012, p. 257)

Diante desta desconfiança, Foucault desloca seu interesse para a elucidação de uma questão muito mais interessante para a compreensão dos problemas envolvendo a Lei de Execução penal e a realidade fática das prisões. Isto é, o filósofo francês buscará compreender a que exatamente se destina o fracasso da prisão. Sendo assim, pouco importa a análise da Lei

de Execução Penal, uma vez que não há legislação no mundo que possa tornar eficaz aquilo que surgiu com a manifesta intenção de falhar (FOUCAULT, 2012, p. 258). Em breve síntese da conclusão a que chega Foucault acerca do fracasso da prisão, pode-se dizer que ele é destinado à elaboração de uma classificação exercida pelo Estado em relação a certas camadas sociais, a fim de se controlar, inclusive, a própria criminalidade, e usá-la, desta forma, em prol do Poder (FOUCAULT, 2012, p. 258).

Assim sendo, a compreensão de que a prisão, em última instância, é um fracasso, deve ser substituída pela ideia antagônica de que a prisão representa um sucesso absoluto, ao menos no que tange os planos do poder soberano. Uma vez que, é dentro da prisão que o simples autor do delito se transforma nessa criatura que é o delinquente, o criminoso, o qual não é simplesmente um sujeito que cometeu um ato típico, ilícito e culpável, mas sim que possui um perfil muito bem definido, que é o estereótipo da classe sobre a qual o Estado deseja exercer seu controle, para se falar em termos foucaultianos. (FOUCAULT, 2012, p. 262)

Desta forma, pode-se dizer que segundo Michel Foucault, a finalidade da prisão é servir de espaço para a criação de um estereótipo de criminoso, e será com esse processo que se relacionará a figura do personagem Meursault da obra “O Estrangeiro.”

Michel Foucault orienta seu pensamento tendo como base duas diretrizes: por um lado, estudo das técnicas políticas (como a ciência do policiamento) com as quais o Estado assume em sua esfera o cuidado da vida natural dos indivíduos; por outro o estudo das tecnologias do eu, pelas quais o cidadão se constitui enquanto sujeito consciente, formando sua própria subjetividade, mas, finalmente, cria um senso de obediência ao poder.. Tendo isto em mente, no processo de Meursault, verifica-se a presença de um fenômeno que engloba estas duas diretrizes, e que está intimamente ligado ao fenômeno de criação do esteriótipo criminoso.

Quando o porteiro do asilo é chamado para depor diante dos jurados, ele afirma que Meursault, no dia do velório, “não tinha querido ver mamãe, que tinha fumado, que tinha dormido e que tinha tomado café com leite”. Após esta declaração, há uma agitação no tribunal, e Meursault afirma que, diante desta manifestação de todos que lá estavam, ele compreendeu, pela primeira vez, que era culpado. Os jurados pedem para que o porteiro repita a história do cigarro e do café com leite, então, enfurecido, o advogado de defesa pergunta se o porteiro havia fumado com o réu naquela ocasião, diante do que o promotor objeta violentamente. Entretanto, o juiz ordenou que a testemunha respondesse, desta forma, o porteiro afirmou, constrangido, “Bem, eu sei que errei. Mas não ousei recusar o cigarro que

ele me ofereceu.” Por fim, o juiz perguntou a Meursault se ele tinha algo a acrescentar, o qual disse que “[...] a testemunha tem razão. É verdade que lhe ofereci um cigarro”. Após essa informação dada pelo réu, o porteiro olhou para Meursault “com um pouco de espanto e uma espécie de gratidão” (CAMUS, 2004, p. 94)

Esta passagem do livro, que poderia muito bem ser inserida no contexto da falta de sentido comum à filosofia absurda, é carregada de um significado muito profundo. O que ocorre com o porteiro é que ele teme, não ser julgado por um crime, mas por algo muito pior, isto é, por ter a mesma conduta que um criminoso, ainda que em nada relacionada com o crime em si. O problema é, enfim, ser identificado com o criminoso, ter algo em comum com ele. Desta forma, quando o réu toma responsabilidade por ele, dizendo que na verdade o influenciou a fumar o cigarro, o alívio com que o porteiro olha para Meursault, representa sua certeza de que não é culpado, ao contrário como se sente o acusado no momento em que os jurados ouvem que ele havia tomado café com leite e fumado um cigarro diante do corpo morto de sua mãe.

Assim sendo, na medida em que se a pena serve de exemplo para que os indivíduos não cometam crimes, a patologização do criminoso, a formação de um perfil de delinquente como fixa Michel Foucault em *Vigiar e Punir*, serve para definir quais são as condutas esperadas de um cidadão saudável. É o controle social em sua maneira mais refinada, que toma o corpo do criminoso, e consegue por meio dele, definir como devem agir os “não-criminosos.”

O estereótipo do criminoso como um indivíduo de alta periculosidade, intratável, mau-caráter, auxilia na caracterização que o indivíduo saudável deve ter para saber como agir quando se defrontar com o mesmo, ao mesmo tempo em que impede a identificação com ele. Quanto mais distintos julgarmos que somos dele, mais protegidos nos sentiremos dos impulsos hostis que nos pertencem (CROCHIK, 1997, p. 22).

Desta forma, o Estado, através do Direito, é capaz, não somente, de controlar a vida biológica dos ditos criminosos, mas também daqueles “não-criminosos”, definindo até que ponto podem ser suas manifestações de subjetividade, impondo-lhes um controle social, uma vez que restringem a vida humana a um rol de condutas aceitáveis, que muitas vezes pouco tem a ver com a delinquência em si.

Conclusão

Conclui-se, portanto que a redução do Direito a um comando normativo, enfim, a um código, representa na verdade uma tentativa de controle social através da padronização dos

indivíduos, os quais, quanto mais previsíveis em suas relações sociais, serão mais facilmente governados. Neste contexto, a atitude de Meursault de negar a ordem jurídico-moral representa um perigo muito maior ao “sistema” do que o homicídio que ele cometeu, e é justamente por isso que seu processo judicial é focado em seu comportamento, em sua existência, e não no delito por ele praticado.

Uma vez que a obra “O Estrangeiro” contém uma tentativa de subversão da ordem na sociedade, ao apresentar um personagem que encara o mundo sem uma série de regras impostas pelas mais variadas instituições (sejam elas de cunho social, comportamental ou até jurídicas), sua importância como ferramenta analítica do Direito enquanto instituição de controle social se revela: O Direito é ao mesmo tempo absurdo e uma ferramenta estatal de controle social.

Entretanto, é evidente que o Direito é uma ferramenta de controle social, mas o que merece destaque é como ele serve para legitimar a figura do Estado, o qual impõe certas regras – principalmente de cunho moral – que claramente extrapolam a função do Direito enquanto apaziguador de conflitos entre pessoas. Esta função extra do Direito, literalmente cria as figuras e instituições que Camus tanto criticou em sua obra, e, ainda, banaliza a complexidade das relações sociais e subjetivas que possui o ser humano, conforme analisa Grossi em sua obra.

Enfim, diz-se que o Direito “cria” estas figuras, tais quais Meursault, pois, ao se estabelecer uma moral padronizada, e sendo as relações humanas tão complexas a ponto de ser impossível o estabelecimento de uma só moral, pode-se afirmar que o Direito cria estes seres desviados.

Desta forma, diante do conceito de absurdo anteriormente apresentado, tem-se no processo de Meursault um exemplo do absurdo institucional, ou seja, perpetuado pelo Direito em face do sujeito. Ora, o ordenamento jurídico, encarnado no processo que enfrenta o personagem, pretende-se objetivo, isto é, alheio aos complexos processos existenciais e de formação de uma moral autônoma. Desta forma é “absurdo” constatar que, na verdade, o julgamento de Meursault é basicamente centrado nestas mesmas características morais do personagem, as quais a ordem jurídica, em teoria, busca ignorar, mas, por conta mais delas do que pelo crime cometido, condena Meursault.

Ainda, o que se deseja, enfim, com a análise do aspecto ressocializador aplicado à ideia de “mitologia jurídica” é constatar a inutilidade do esforço para se encontrar as sutilezas

na lei que autorizam o controle social estatal que de fato ocorre durante a aplicação da pena de prisão. Uma vez que a Lei de execução penal se reveste da proteção destes institutos que são, de acordo com Grossi, fruto do processo histórico que possibilitou o estabelecimento da ordem política moderna.

Por fim, acerca da relação entre a obra de Albert Camus e a finalidade da pena de prisão, pode-se afirmar que o Estado é capaz de banalizar não somente a vida do condenado, expondo-o a condições degradantes na prisão, ou, como fora feito com Meursault, invadindo sua personalidade e contestando-a. O poder soberano, é capaz ainda de banalizar a vida de todos os que se mostram ligados a ele pela mitologia do “pacto” conceituado por Hobbes, na medida em que ao estabelecer o estereótipo de criminoso, determina também, quais devem ser as condutas e a personalidade dos “não-criminosos”.

Referências

- CAMUS, Albert. **O estrangeiro**. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.
- CONDE, Francisco Muños, **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CROCHIK, José L. **Preconceito, Indivíduo e Cultura**. São Paulo: Robe, 1997.
- FREITAS, Lorena Martoni de. **Direito e literatura: o absurdo no direito em “O estrangeiro”, de Albert Camus**. ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 139-156, maio 2015. ISSN 2446-8088. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/14>>. Acesso em: 28 jan. 2019.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- OLIVEIRA, Victória Maria Américo de; PAULO, Alexandre Ribas de. **O cárcere como instrumento de gestão penal da pobreza**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 40, p. 154-175, ago. 2019.
- TOMÁS DE AQUINO, **Suma Teológica**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

O CRIME DE FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO ADMINISTRATIVO PREVISTO NO ART. 337-L DO CÓDIGO PENAL: ANÁLISE SOBRE SUA OBJETIVIDADE JURÍDICA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO SUJEITO PASSIVO DO BEM JURÍDICO-PENAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

THE CRIME OF FRAUD IN BID-RIDDING OR ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN ART. 337-L OF THE PENAL CODE: ANALYSIS OF ITS LEGAL OBJECTIVITY AND THE PUBLIC ADMINISTRATION AS A PASSIVE SUBJECT OF THE LEGAL GOOD OF CONSUMER RELATIONS

Anderson Burke⁴⁰

Resumo: O crime de fraude em licitação ou contrato administrativo previsto no artigo 337-L do Código Penal, que veio em atualização ao revogado artigo 96 da Lei 8.666/93, tipifica cinco condutas comissivas na execução do contrato administrativo, o que acontece no contexto posterior ao procedimento licitatório e, deste modo, é criticável a nomenclatura do tipo penal, haja vista que pode induzir a erro os intérpretes em imaginar que se trata da conduta que se encontra com a atual nomenclatura de “frustração do caráter competitivo da licitação”, esta que era tradicionalmente prevista no artigo 89 da Lei 8666/93 e que foi remetida para o artigo 337-F do Código Penal, tipo penal popularmente conhecido como “fraude à licitação”. Nos cinco incisos previstos no tipo penal, é de se notar que existem semelhanças com condutas típicas dos crimes contra as relações de consumo previstas no rol do artigo 7º da Lei 8.137/90 e na Lei 8.078/90. Ficou constatado que o entendimento tradicional é de que o crime do artigo 337-L do Código Penal tutela majoritariamente o bem jurídico da administração pública na execução do contrato administrativo. Parte da doutrina administrativista, embora resistente em reconhecer a administração pública enquanto “consumidora” para fins do Código de Defesa do Consumidor, a partir das premissas analisadas no presente estudo, foi possível se concluir que em determinadas ocasiões nas quais exista a vulnerabilidade técnica, científica ou fática da administração enquanto destinatária final em face do contratado, ela é consumidora para fins do CDC e, em se tratando dos fins penais, necessita da tutela do bem jurídico das relações de consumo. Portanto, além dos bens jurídicos tradicionais da administração pública e da livre iniciativa (este a depender do caso concreto conforme debatido), o crime de fraude em licitação ou contrato administrativo previsto no artigo 337-L do Código Penal, quando constatada a vulnerabilidade técnica, científica ou fática da administração em determinado caso concreto, tutela o bem jurídico das relações de consumo do Estado na execução do contrato administrativo, concomitantemente ou não com o bem jurídico da administração pública.

Palavras-Chave: Crimes em licitações e contratos administrativos. Crimes licitatórios. Crimes contra a administração pública. Fraude em licitação ou contrato administrativo. Artigo 170, V, da Constituição.

Abstract: The crime of fraud in bid-rigging or administrative contract as stated in art. 337-L of the Penal Code, which updated the revoked art. 96 of Law 8,666/93, criminalizes five commissive conducts in the execution of the administrative contract, which happens in the context after the procedure bid-rigging process and, therefore, the nomenclature of the criminal type is erroneous, given that it can mislead interpreters into imagining that it punishes the conduct that meets the current nomenclature of “frustration of the competitive nature of the bid-

⁴⁰ Doutorando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Ciências Criminais, Direito Tributário e Direito Constitucional. Professor no curso de graduação em Direito e na pós-graduação “lato sensu” em Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Presidente da Comissão da Advocacia Criminal e Política Penitenciária da OAB/ES. Conselheiro Seccional da OAB/ES. Advogado Criminal. burke@burke.com.br

rigging”, which was traditionally provided for in art. 89 of Law 8666/93 and which was referred to art. 337-F of the Penal Code, a crime popularly known as “tender fraud”. In the five sections of the crime, it should be noted that there are similarities with crimes against consumer relations, as stated in art. 7 of Law 8.137/90 and in the crimes of Law 8.078/90. Traditional doctrine understands that the crime of art. 337-L of the Penal Code mainly protects the legal good of the public administration in the execution of the administrative contract. Part of the administrative doctrine, although resistant to recognizing the public administration as a “consumer” for the purposes of the Consumer Protection Code, based on the premises analyzed in the present study, concludes that on certain occasions in which there is technical, scientific or factual vulnerabilities of the administration as the final recipient vis-à-vis the contracted party, the public administration can figure as a consumer for the purposes of the CDC and, when it comes to criminal purposes, it requires protection of the legal goods of consumer relations. Therefore, in addition to the traditional legal goods of public administration and free market (this depending on the specific case as discussed), the crime of fraud in bid-rigging or administrative contracts in article 337-L of the Penal Code, when technical, scientific or factual vulnerability is identified, the Administration, in a given specific case, figures as a consumer, and the crime aims to protect the legal good of the State's consumer relations in the execution of the administrative contract, concomitantly or not with the legal interest of the public administration.

Keywords: Crimes in bid-rigging and administrative contracts. Bid-rigging crimes. Crimes against public administration. Fraud in bid-rigging or administrative contract. Article 170, V, of the Constitution.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fraude em licitação ou contrato administrativo previsto no artigo 337-L do Código Penal. 3. A tradicional objetividade jurídica do crime previsto no artigo 337-L do Código Penal. 4. O bem jurídico das relações de consumo e comparação do artigo 337-L do CP com o artigo 7º da lei 8.137/90 e tipos penais da lei 8.072/90. 5. Administração pública enquanto sujeito passivo do bem jurídico penal das relações de consumo. 6. Conclusões. Referências.

1. Introdução e desenvolvimento

O crime de fraude em licitação ou contrato administrativo positivado no artigo 337-L do Código Penal no Título XII, pertinente aos crimes contra a administração pública que tutelam o regular funcionamento das atividades públicas⁴¹, atualizou o revogado tipo penal previsto então no artigo 96 da antiga Lei de Licitações – a Lei 8.666/93 –, que muitas vezes tem a nomenclatura indevidamente confundida com a conduta incriminada no artigo 337-F do Código Penal, qual seja, a da frustração do caráter competitivo de licitação. São condutas bem distintas e necessitam de melhor explicação.

Em primeiro lugar, o presente estudo busca esclarecer as peculiaridades técnicas pertinentes à tipicidade objetiva e subjetiva do preceito primário do crime previsto no artigo 337-L do CP, bem como as consequências de ordem penal previstas no preceito secundário do tipo. Além destas análises, busca-se esclarecer a ordem e a natureza das alterações promovidas quando da positivação do mencionado tipo penal em comparação com o antigo, com a finalidade de se compreender, a princípio, o que o legislador buscou tutelar ao introduzir o rol de condutas proibidas nos cinco incisos do dispositivo legal em comento.

Num segundo momento, serão desenvolvidas e analisadas as definições tradicionais lançadas sobre a objetividade jurídica do crime de fraude em licitação ou contrato administrativo, tanto as considerações sobre o revogado artigo 96 da Lei 8.666/93 e sobre o

⁴¹ O conceito a que nos filiamos quanto ao bem jurídico que é tutelado pelos crimes contra a administração pública desenvolvido na obra do professor Luciano Anderson de SOUZA (2018).

atual artigo 337-L do Código Penal, com o intuito de se tentar identificar alguma hipótese científica penal que reconheça ou desconsidere as relações de consumo enquanto bem jurídico tutelado pelo tipo penal aqui trabalhado.

Uma terceira e breve análise será feita sobre o instituto do bem jurídico penal das relações de consumo, para que possamos realizar uma comparação com o rol de condutas previstas no rol do artigo 7º da Lei 8.137/90 e no Título II da Lei 8.078/90 e, com isso, colocar à prova, no capítulo seguinte, a possibilidade de as relações de consumo, como previsto no artigo 170, V, da Constituição, serem tuteladas pelo tipo penal previsto no artigo 337-L do Código Penal.

Por fim, a partir das premissas analisadas nos capítulos anteriores em comparação com premissas que foram identificadas nas doutrinas administrativista e consumerista que discutem a possibilidade de a Administração Pública ser consumidora propriamente dita para os fins do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 –, poderemos concluir se, no atual contexto social e dogmático, o bem jurídico penal das relações de consumo, junto aos bens jurídicos tradicionalmente tutelados pelo crime de fraude em licitação ou contrato administrativo previsto no artigo 337-L do Código Penal, integra a objetividade jurídica do referido tipo penal e, portanto, concluir se a administração pode ser sujeito passivo das relações consumeristas para fins penais.

2. Fraude em licitação ou contrato administrativo previsto no art. 337-L do Código Penal

O crime nomeado pelo legislador como “fraude à licitação ou contrato administrativo” está previsto no artigo 337-L do Código Penal e possui cinco incisos com a descrição de condutas incriminatórias⁴². O dispositivo legal veio em atualização ao revogado artigo 96 da Lei 8.666/93, o que resultou em quatro relevantes alterações que comentaremos a seguir.

Antes da análise técnica sobre a tipicidade objetiva e subjetiva do artigo 337-L do CP, cabe apontar o equívoco da nomenclatura atribuída pelo legislador ao tipo penal⁴³. Por uma

⁴² Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais; (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); III - entrega de uma mercadoria por outra; (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)

⁴³ Interessante se notar que no revogado artigo 96 da Lei 8.666/93 também tínhamos no preceito primário a

simples leitura e interpretação literal do seu preceito primário, é possível se observar que as condutas vedadas pelo tipo penal são passíveis de se realizar somente na execução do contrato administrativo que tenha como objeto quaisquer contratações que envolvam a aquisição ou venda de bens ou mercadorias, obras ou serviços (SALGADO, 2023, p. 157), o que somente pode ser formalizado e fraudulentamente descumprido após a realização e conclusão da concorrência mediante procedimento licitatório ou até mesmo com a sua dispensa legal nas hipóteses cabíveis. Caso exista alguma fraude anterior, no curso ou na conclusão do procedimento licitatório que cause danos à livre iniciativa⁴⁴ entre reais ou potenciais licitantes, teremos o crime de “frustração do caráter competitivo da licitação”, que instrumentaliza a administração, previsto no artigo 337-F do CP, o qual inclusive é a “fraude à licitação” propriamente dita, o que se coaduna com a crítica realizada pelo professor REALE JÚNIOR⁴⁵. No caso do crime do artigo 337-L do CP aqui analisado, o correto seria nominá-lo como “fraude ao contrato administrativo”, ou, levando-se em conta as definições trabalhadas pela doutrina, do “crime de estelionato na execução do contrato administrativo”, nomenclatura que é observada por TOJAL (2022, p. 1221)⁴⁶, ARAUJO (2022, p. 246)⁴⁷ e

menção à “fraude à licitação”, o que é uma contradição com os incisos do próprio dispositivo legal, que elenca hipóteses que somente são passíveis de execução no curso contrato administrativo. Veja: Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Tipo penal revogado pela Lei nº 14.133, de 2021).

⁴⁴ A partir de considerações que realizamos em estudo anterior, é possível verificar que a tutela da livre iniciativa está diretamente atrelada à regularidade da concorrência mediante licitação ou até mesmo da regularidade de sua dispensa legal quando cabível. Ou seja, não há o que se falar em tutela da livre iniciativa no inadimplemento fraudulento de um contrato administrativo que foi regularmente celebrado num procedimento licitatório limpo. Caso estejamos falando de fraude no procedimento licitatório, não se trata do crime do artigo 337-L do CP e sim do artigo 337-F do CP. Vejamos: “No que toca ao tipo penal da frustração do caráter competitivo de licitação, diferentemente do crime analisado no parágrafo anterior, neste não temos um procedimento licitatório em potencial que teria sido dispensado ou inexigido [...] é pacífico que estamos diante de um crime pluriofensivo, pois existe a ofensa à administração pública enquanto seu regular funcionamento e, ao mesmo tempo, à livre concorrência pelo prejuízo concreto em face dos concorrentes presentes no certame que potencialmente poderiam vencê-lo (BURKE, 2023, pp. 62-63).

⁴⁵ O tipo penal previsto no artigo 337-L, a despeito do *nomen iuris* “fraude em licitação ou contrato”, não diz respeito à fraude no processo licitatório, mas apenas em um momento alheio e posterior a ele: na execução do contrato administrativo. A fraude à licitação, de seu lado, encontra-se prevista em artigo anterior, art. 337-F, sob a denominação de “frustração do caráter competitivo de licitação”. A conduta prevista no artigo 337-L visa, pois, punir a fraude ocorrida durante a execução do contrato, quando já findos a licitação e o processo de escolha da melhor oferta. Vê-se, portanto, um descolamento e um afastamento dessa figura do que deveria ser o objeto de proteção da lei e dos tipos penais nela insertos: o processo licitatório (REALE JR., 2021, p. 62).

⁴⁶ “O crime de fraude em licitação ou contrato corresponde a uma espécie de estelionato voltado ao contexto licitatório, seja durante o certame, seja ao longo da execução do contrato dele decorrente”.

⁴⁷ “[...] assemelham-se a modalidades de estelionato, como do art. 175 do CP, referindo-se à execução dos contratos (não à formação), e destoa da doutrina majoritária que reputa irrelevante o conhecimento do adquirente. Esse deveria ser enganado. Lembra que, se tais inadimplementos contratuais partirem da Administração, poderia haver infração contra o consumidor”.

MARTINELLI (2023, p. 422)⁴⁸ e que possui coerência com as hipóteses do tipo penal, pois todas elas demandam o elemento fraude na prestação do contrato e a utilização de algum meio ardil para induzir em erro a administração.

Vejam as condutas incriminadas artigo 337-L detalhadas uma a uma, que somente são possíveis de serem praticadas na execução do contrato administrativo.

O *caput* fala em “fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente”. Ratificamos que foi um equívoco do legislador constar a “licitação” como elementar e, por consequência, objeto material do presente dispositivo. Reafirmamos a ideia de que é imprescindível o emprego de algum artifício fraudulento para a tipicidade do presente crime.

O inciso I proíbe a “entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversa das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais”. Portanto, por uma simples interpretação literal pode se entender que a entrega de mercadorias ou prestação de serviços somente pode ser praticada durante a execução do contrato administrativo que já foi celebrado e após consumado procedimento licitatório.

O inciso II proíbe o “fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido”. Logo, visualiza-se que o fornecimento de mercadorias nestas condições se faz durante a execução do contrato administrativo que já foi celebrado e após consumado procedimento licitatório.

O inciso III proíbe a “entrega de uma mercadoria por outra”. Mais uma vez, se entende que a entrega de mercadorias por outra é praticada durante a execução do contrato administrativo que já foi celebrado e após consumado procedimento licitatório.

O inciso IV proíbe a “alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido”. Portanto, entende-se que a alteração nas condições estabelecidas no inciso é feita durante a execução do contrato administrativo que já foi celebrado e após consumado procedimento licitatório.

O inciso V proíbe “qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato”. Daí, raciocina-se que o emprego de meio fraudulento que torne a proposta ou execução do contrato mais onerosos para a administração é efetuado durante a execução do contrato administrativo que já foi

⁴⁸ “Constata-se que o crime em análise é uma espécie de estelionato voltado aos procedimentos licitatórios. O agente ingressa em certame para a aquisição de determinado produto ou prestação de serviço, especificados em edital, compromete-se a fornecer ou prestar se for declarado vencedor, não obstante, no momento do fornecimento ou da prestação, não cumpre sua parte. É daí que vem o prejuízo à Administração Pública: o pagamento realizado ao agente é de valor correspondente ao produto ou serviço que deveria ter entregado, não daquilo que efetivamente entregou, com qualidade inferior”.

celebrado e após consumado procedimento licitatório. Caso o meio fraudulento que torne a proposta mais onerosa para a administração for na deflagração, curso ou conclusão do procedimento licitatório, teremos a o crime previsto no artigo 337-F do CP, ou caso no momento de celebração do contrato administrativo, teremos o crime previsto no artigo 337-H do CP. Caso ocorra a conduta prevista na execução do contrato administrativo, que é a hipótese do inciso aqui analisado, estamos diante da tipicidade do art. 337-L.

Importante frisar que o mero descumprimento contratual é fato atípico para fins penais e terá o seu tratamento pela seara administrativa. Para a configuração típica do artigo 337-L do CP, requer-se o emprego de fraude com o *animus* subjetivo de se ludibriar o Poder Público contratante para fins de locupletamento às custas do dinheiro público (LUCCHESI, 2023, p. 1113). Não há previsão de punição por conduta culposa, é necessário o dolo.

A hipótese acima é reafirmada pela análise de ROCHA (2016, p. 127)⁴⁹, que, ao realizar uma introdução sobre o tipo penal, apenas leva em consideração a discussão quanto ao objeto material do crime quanto às suas espécies de contrato e das formas de pactuação entre o contratante com a administração que seriam possíveis para se verificar a tipicidade objetiva, como, por exemplo, se somente o contrato administrativo ou também a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra, a ordem de execução de serviço.

O presente tipo penal se diferencia do crime de “modificação irregular do contrato administrativo” previsto no artigo 337-H do CP, pois neste é vedado o descumprimento contratual fraudulento conforme pactuado no edital da licitação ou instrumento convocatório que demanda a boa-fé da administração, enquanto naquele não existe o descumprimento propriamente dito do contrato administrativo e, na realidade, a modificação ou qualquer outra alteração dolosa pelo administrador que prejudique a livre concorrência entre reais ou potenciais licitantes, bem como a instrumentalização da administração pública. Não há sobreposição entre tipos penais, pois são condutas bem distintas.

Ainda antes de adentrarmos na tipicidade objetiva e subjetiva do tipo penal, importa a demonstração das principais alterações realizadas pela Lei 14.133/21 em atualização sobre a Lei 8.666/93⁵⁰.

⁴⁹ A Lei de Licitações no artigo 62 distingue o contrato de outros instrumentos jurídicos que podem ser utilizados, também, para formalizar a avença e facilitar sua prova, como a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra, a ordem de execução de serviço que deverão conter naquilo que for possível, as informações previstas no artigo 55 da Lei 8.666/1993. A dúvida que remanesce é se a incriminação recairia apenas quando houvesse a celebração de contrato ou, pelo contrário, os outros modos de formalização da avença poderiam caracterizar o tipo penal. [...]

⁵⁰ Destaca-se que esse verbo nuclear também está presente em outros crimes praticados em licitações e contratos administrativos: para além do art. 337-L do diploma penal, compõe os delitos de frustração do caráter competitivo de licitação (art. 337-F) e perturbação de processo licitatório (art. 337-I) (SALGADO, 2023, p. 165).

Primeiramente, se observa que houve *abolitio criminis* quanto à conduta da elevação arbitrária de preços que era prevista no inciso I do artigo 96 da lei revogada, o que tem coerência, pois a “elevação arbitrária” numa das espécies de concorrência – conduzida de modo honesto – previstas na nova lei, conduz logicamente a uma derrota no certame, ou seja, é hipótese de crime impossível, pois impossibilita a formalização do contrato administrativo, que é o objeto material do presente crime. Após formalizado, caso exista a elevação arbitrária de preços no curso do contrato administrativo, existirá procedimento próprio para avaliar a licitude e viabilidade legal de possível reequilíbrio contratual conforme os instrumentos previstos na própria Lei 14.133/21. Se existir algum ato doloso pelo administrador no sentido de aceitar o valor arbitrário dolosamente para fins de locupletamento do particular em detrimento da Administração, teremos o crime previsto no artigo 337-H do CP, não do 337-L.

Pela leitura do dispositivo penal, o sujeito passivo não mais se restringe à “Fazenda Pública”, o que gerava a interpretação que somente se teria a tipicidade objetiva quando o crime fosse praticado em detrimento da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias (BITENCOURT, 2021, p. 323). Com a supressão do termo “Fazenda Pública” e alteração no preceito primário para o termo “Administração Pública”, agora também é possível se ter como sujeito passivo as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado⁵¹.

Outra mudança significativa foi o alargamento da hipótese do objeto do contrato administrativo passíveis de tipicidade objetiva. Antes no artigo 96 da revogada lei, havia restrição para celebrações que formalizassem a aquisição ou venda de bens ou mercadoria com o Poder Público, pois existia menção expressa no preceito primário do mencionado tipo. A nova redação suprimiu as restrições às hipóteses mencionadas e, deste modo, se possibilita a tutela de outras hipóteses, como a contratação de obras e quaisquer espécies de serviços (SALGADO, 2023, p. 157).

Por fim, pela comparação literal dos tipos penais, constata-se também uma elevação, a nosso ver desproporcional, do *quantum* de pena estabelecido no seu preceito secundário, pois a pena que era de detenção de 3 (três) a 6 (seis) anos foi elevada para o patamar de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, o que inviabiliza a aplicação de institutos despenalizadores que poderiam contribuir de forma mais eficaz para a reparação do dano em favor da administração, bem como para com a prevenção sobre o particular infrator.

⁵¹ “[...] é figura mais abrangente que a previsão anterior, pois se restringia à Fazenda Pública, e agora à Administração pública o que compreende o patrimônio das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado” (SOUZA, 2022, p. 461).

Passaremos agora à leitura e análise da objetividade jurídica tradicionalmente classificada pela doutrina sobre o 337-L do CP que obrigatoriamente necessita ser lido em conjunto com as considerações da doutrina sobre o revogado 96 da 8666/93, este que foi continuamente remetido para aquele.

3. A tradicional objetividade jurídica do crime previsto no art. 337-L do Código Penal

Na perspectiva da função dogmática ou imanente do bem jurídico⁵², para se ter o requisito da tipicidade material para a configuração do crime, é fundamental, conforme o princípio da ofensividade ou lesividade como previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que exista a lesão ou ameaça concreta a um direito essencial ao ser humano⁵³. Nesse sentido, investigamos sob o ponto de vista quantitativo do princípio da lesividade⁵⁴, isto é, segundo a verificação da relevância da extensão da lesão, assim como sobre qual(is) direito(s) do ser humano afetados são significativos para fins de tipicidade material quando praticada algumas das condutas vedadas pelo artigo 337-L do CP.

Sobre a objetividade jurídica do artigo 337-L e do artigo 96 (revogado), não há distinção dogmática relevante a se realizar entre ambos – no caso entre o vigente e o revogado –, haja vista que, embora se tenha realizado três mudanças significativas no preceito primário já demonstradas no capítulo anterior, a substância das incriminações e o objeto material dos tipos penais permaneceram os mesmos.

Acerca da objetividade jurídica propriamente dita, a doutrina de modo uníssono já considerava, ainda no contexto de vigência da Lei 8.666/93 conforme observado por NUCCI (2015, p. 577)⁵⁵, PRADO (2016, p. 96)⁵⁶, que se tratava de um crime que tutelava o bem jurídico da administração pública, o que ficou consagrado pela positivação do tipo penal no Capítulo II-B do Título XI do Código Penal que é o capítulo com os crimes contra a

⁵² “A função dogmática ou imanente do bem jurídico relaciona-se, então, à interpretação das normas penais e a sua construção sistemática. A consequência dogmática principal desse uso intra-sistemático do conceito de bem jurídico é a duplicação da antijuridicidade, entendida nos sentidos formal (violação da norma correspondente ao tipo delitivo) e material (lesão ou colocação em perigo do interesse protegido pela norma)” (BECHARA, 2014, p. 144).

⁵³ “O princípio da lesividade, ou ofensividade, que está consignado no art. 5º, XXXV, da Constituição, dispõe que só poderá ser levado a julgamento perante o Poder Judiciário ato que constitua uma lesão ou ameaça a um direito subjetivo” (TAVARES, 2022, p. 108).

⁵⁴ “Do ponto de vista quantitativo (extensão da lesão do bem jurídico), o princípio da lesividade exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes de bens jurídicos” (SANTOS, 2022, p. 54).

⁵⁵ “O objeto jurídico é a proteção dos interesses da Administração Pública, nos seus aspectos patrimonial e moral”.

⁵⁶ “[...] tutela-se o regular funcionamento da Administração Pública, quanto à lisura e credibilidade dos procedimentos licitatórios e o próprio patrimônio público, uma vez que as condutas tipificadas implicam prejuízo considerável ao erário na aquisição ou venda de bens ou mercadorias”.

administração pública. No mesmo sentido foi o entendimento de estudos realizados por SOUZA (2022, p. 461)⁵⁷, BITENCOURT (2021, p. 323)⁵⁸, MASSON (2021, p. 74)⁵⁹, GRECO FILHO, GRECO e RASSI (2021, p. 156)⁶⁰ e BITTENCOURT (2021, p. 241)⁶¹ sobre a nova tipologia positivada pela Lei 14.133/21, o que assiste razão, haja vista que se praticada alguma das condutas dos cinco incisos do artigo 337-L do CP, existe grande potencialidade de se ter a afetação do regular funcionamento das atividades públicas ou suas funções, assim como danos ao erário público. Portanto, verifica-se a pretensão da tutela do bem jurídico da administração pública.

Entendimento comum constante na doutrina e jurisprudência dos crimes em licitação ou contratos administrativos, conforme até já defendido em pesquisa anterior em que nos debruçamos sobre os tipos penais dos artigos 337-E e 337-F do CP (BURKE, 2023, pp. 51-76), é o de que existe a tutela da livre iniciativa ou livre concorrência consagrada no artigo 170 da Constituição. Porém, entendemos que este bem jurídico tem a particularidade de se aplicar somente a alguns dos crimes positivados pela Lei 14.133/21, não a todos indistintamente. Explicaremos o porquê a seguir.

Especificamente sobre o presente tipo penal em análise, qual seja, o previsto no artigo 337-L do CP, PITOMBO (2021, pp. 173-174) entende que se tutela livre iniciativa, a livre concorrência, assim como danos à propriedade da Administração e à sociedade com fundamento nos incisos II e III do artigo 170, *caput* e inciso V, da Constituição. Especificamente sobre o que considerou por danos à propriedade do Poder Público e à sociedade, acreditamos que os fundamentos expostos pelo autor se coadunam com o regular funcionamento das atividades públicas que se prejudicado, passa a ofender concretamente o patrimônio do órgão estatal afetado e igualmente os direitos sociais, difusos e coletivos. Ou seja, na realidade o autor faz referência ao bem jurídico da administração pública em sua fundamentação, que é uma ideia acompanhada pelos demais autores e pelo legislador na positivação da Lei 14.133/21. Danos à “sociedade” é uma perspectiva vaga e abstrata quando se trata da definição de um bem jurídico ou justificação de algum instituto repressivo, uma

⁵⁷ “O bem jurídico protegido refere-se às funções públicas, afetadas pelo prejuízo ocasionado em face do descumprimento da licitação ou do contrato administrativo dela decorrente”.

⁵⁸ “Garantia da preservação do patrimônio da Administração Pública, bem como valores morais da administração”.

⁵⁹ “O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, no tocante ao seu patrimônio, e também a moralidade administrativa, a integridade e a regularidade do processo licitatório e do contrato dele decorrente. Na seara do contrato administrativo, o tipo penal igualmente protege o princípio da justiça contratual, a cumulatidade e a boa-fé que orientam a execução dos contratos”.

⁶⁰ “O bem jurídico tutelado é o patrimônio público da entidade que sofre o prejuízo resultante das condutas.”

⁶¹ “O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, ameaçada com fraude na licitação ou na contratação para a aquisição de mercadorias ou serviços.”

vez que deve ser identificada qual espécie de direito difuso e coletivo é atingido para se provocar a lesão ou perigo de lesão a uma certa coletividade do corpo social.

Entretanto, especificamente sobre os bens jurídicos da livre iniciativa ou livre concorrência, apesar de existir robusto suporte teórico para tal entendimento, pois respeitados autores entendem que o art. 337-L tem como objeto material o procedimento licitatório. Nesta perspectiva de raciocínio, concordaríamos que o bem jurídico previsto no artigo 170, *caput* e em seu inciso V, da Constituição, seriam objeto de tutela, porém entendemos que o objeto material do 337-L é unicamente o contrato administrativo na sua execução.

A livre iniciativa e a livre concorrência não se aplicam ao artigo 337-L do CP, pois, pela leitura do tipo penal – conforme já debatido e defendido no capítulo anterior –, o objeto material deste tipo penal é somente o contrato administrativo, haja vista que apesar da nomenclatura do tipo penal e do legislador ter positivado o termo “fraudar licitação”, as condutas descritas nos seus cinco incisos representam um descumprimento fraudulento do contrato administrativo que somente pode ter o início da execução em momento posterior à conclusão e ao exaurimento do procedimento licitatório com a celebração do contrato, e, somente e neste momento de execução contratual, é possível se ter a tipicidade objetiva prevista. Esse pensamento vai ao encontro ao que entende ROCHA (2016, p. 126)⁶², uma vez que o autor, quando da leitura do 96 da 8666/93, identificou que o dispositivo não pretendia tutelar o procedimento licitatório, e sim o contrato celebrado com a administração.

Se por acaso existiu alguma fraude no procedimento licitatório, estaremos tratando do crime de frustração do caráter competitivo da licitação do artigo 337-F do CP, que além da administração pública também tutela a livre iniciativa e livre concorrência entre os licitantes. Porém, se a concorrência foi limpa e o vencedor descumprir o contrato fraudulentamente nestas condições, não há como se tutelar este bem jurídico. Pensando ainda na hipótese de que o contratado desde a licitação tinha o dolo de descumprir fraudulentamente o contrato administrativo, o procedimento licitatório e a posterior celebração do contrato são atos preparatórios para o futuro descumprimento contratual mediante fraude, que é a conduta tipificada no 337-L do CP, que é possível de ser cometido no segundo seguinte à vigência do contrato quando publicado no diário oficial. Portanto, o artigo 337-L do CP não tutela a livre iniciativa ou livre concorrência.

⁶² O bem jurídico tutelado não seria exatamente o mesmo dos demais crimes, isto é, a integridade do procedimento licitatório, considerado essencial para assegurar a impessoalidade e a moralidade. O que se busca proteger, em última análise, além dos valores e princípios acima nominados, seria também a comutatividade, a boa-fé e a justiça contratual que devem orientar a execução dos contratos firmados.

ROCHA (2016, p. 128)⁶³ entende que o tipo penal tutela a “justiça contratual”, ao visualizar com nitidez que é violada a boa-fé contratual com a prática de alguma das condutas tipificadas no revogado artigo 96 da Lei 8.666/93, que foi deslocado ao atual 337-L do CP por excelência do princípio da continuidade normativo-típica. Concordamos com a premissa lançada pelo autor de que o dispositivo tutela a justiça contratual, porém ela por si, caso seja um contrato comum sem qualquer especialidade que demonstre alguma vulnerabilidade do contratado, não se sustenta em se tratando do Poder Público, pois neste caso somente teremos a legítima tutela do bem jurídico da administração pública se identificados danos ao regular funcionamento das atividades públicas.

Porém, por uma simples leitura do artigo 337-L do CP em comparação literal com algumas das hipóteses do artigo 7º da Lei 8.137/90 e alguns dos tipos penais da Lei 8.078/90, quais sejam os crimes contra as relações de consumo, há fortes indícios de que podemos estar diante de um contrato especial iluminado pelo direito do consumidor em favor da Administração, o que investigaremos nos capítulos a seguir.

4. O bem jurídico das relações de consumo: comparação do art. 337-L do CP com o art. 7º da Lei n. 8.137/90 e tipos penais da Lei n. 8.078/90

No presente capítulo pretendemos realizar uma comparação literal entre o preceito primário do artigo 337-L do CP com algumas hipóteses do artigo 7º da Lei 8.137/90 e alguns dos tipos penais do Título II da Lei 8.078/90, ambos diplomas legais que tratam dos crimes contra as relações de consumo⁶⁴, bem como conhecer o bem jurídico propriamente dito das relações de consumo, com a finalidade de se verificar possível adequação para ser objeto de proteção do art. 337-L.

Feita a leitura do extenso rol de hipóteses delituosas dispostas no artigo 7º da Lei 8.137/90, foi verificado que é de interesse para o presente estudo as disposições constantes nos incisos II, III, IV, “a” e “d”, VII, VIII e IX⁶⁵. No Título II da Lei 8.078/90⁶⁶, e os tipos

⁶³ O tipo protege a justiça contratual, principalmente porque deve existir boa-fé na sua execução do contrato. A justiça contratual manifesta-se pela equivalência objetiva entre prestação e contraprestação, de modo que ambas tenham valor correspondente, conforme preconizam a exceção do contrato não cumprido, a possibilidade do abatimento do preço vício da coisa ou evicção. Além disso, a justiça contratual encontra amparo na justa distribuição de ônus e risco de contrato, na proibição da lesão e na proibição das cláusulas abusivas.

⁶⁴ “[...] é o ramo do Direito Penal Econômico que, ao sancionar certas condutas praticadas no mercado, visa garantir o respeito aos direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações entre fornecedores e consumidores. Seu objetivo principal, pois, é sancionar, como alavanca instrumental, certas condutas desconformes (não todas) que ocorrem no relacionamento entre o consumidor e o fornecedor” (BENJAMIN; MARQUES; MIRAGEM, 2006, p. 894).

⁶⁵ Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: [...] II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para

penais dos artigos 66 e 70, pois estes se assemelham com as condutas delituosas dispostas nos cinco incisos do artigo 337-L do CP. Todos os dispositivos relacionados buscam evitar que o consumidor, que está em situação de vulnerabilidade pela sua hipossuficiência presumida, seja enganado ou prejudicado fraudulentamente pelo prestador de bens ou serviços com a entrega de produtos ou serviços de má qualidade ou nocivos, ou por manipulações de informações que causem danos pessoais ou patrimoniais.

O bem jurídico das relações de consumo é tutelado por tipos penais previstos nas leis listadas acima e possui seu fundamento constitucional no artigo 170, V, da Constituição, e se qualifica pela violação de interesses sociais de natureza econômica, especificamente os interesses econômicos do consumidor (BITENCOURT, 2016, p. 609), que foram construídos no contexto da pós-modernidade com árduas lutas sociais decorrente de desequilíbrios causados pelo fortalecimento econômico da burguesia e grandes indústrias e perpetuação das necessidades da sociedade capitalista⁶⁷.

O bem jurídico das relações de consumo é de natureza supraindividual⁶⁸, pois tutela a

vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo; IV - fraudar preços por meio de: a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço; [...] d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços; [...] VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros; IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa; Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

⁶⁶ TÍTULO II; Das Infrações Penais; Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes; Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa. § 1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § 2º Se o crime é culposos; Pena Detenção de um a seis meses ou multa; Art. 70. Empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor: Pena Detenção de três meses a um ano e multa;

⁶⁷ Sobre a afirmação histórica realizada, fundamental a leitura do minucioso estudo feito pelo professor Luiz Regis PRADO (2016, p. 81): “A evolução da proteção legal do consumidor passa por etapas de maior realce, como o desenvolvimento da economia de mercado (séculos XIX e XX), a formatação jurídica do princípio da autonomia da vontade e ampliação das leis trabalhistas, muito embora não deixasse de estar presente, de uma forma ou de outra, o desequilíbrio entre fornecedor e consumidor. A evolução da proteção legal a partir da metade do século XX que as relações de consumo emergiram como uma questão socioeconômica, chegando-se a afirmar que o grau de desenvolvimento de uma sociedade está em função da satisfação das necessidades de seus consumidores. De qualquer modo, a proteção jurídica dos consumidores se reveste de grande importância em uma sociedade livre e democrática, e que se apresenta como eminentemente consumista”.

⁶⁸ Sobre os bens jurídicos de natureza supraindividual, esclarecedora a lição dos professores Leonardo Schmitt BEM e João Paulo MARTINELLI (2022, p. 180): “[...] os titulares dos bens jurídicos coletivos são indetermináveis, diversamente dos bens individuais, cujos titulares podem ser determináveis. A proteção penal dos bens coletivos possui especial tratamento porque o consentimento de algum ou alguns de seus titulares é irrelevante para a tipicidade material do fato. Ademais, quando um bem é coletivo, não há de se falar em

colocação em perigo de pessoas não individualizáveis e indistintas, seja em caráter individual ou até mesmo em pequenos, médios ou grandes grupos de pessoas, o que em caráter mediato pode causar a ofensa a bens jurídicos pessoais dos consumidores, como por exemplo o patrimônio, a saúde, a integridade física ou mesmo a vida de um consumidor específico, o que se faz a partir da garantia de higidez ao tráfico econômico que é configurado na regular produção, circulação e distribuição dos bens e serviços, que tem no final de sua cadeia o destinatário final que é o consumidor (NAVES, 2023, p. 562).

Pela semelhança existente entre os preceitos primários dos dispositivos constantes incisos II, III, IV, “a” e “d”, VII, VIII e IX⁶⁹ do artigo 7º da Lei 8.137/90, bem como dos artigos 66 e 70 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), além da compreensão sobre o conteúdo dogmático do bem jurídico das relações de consumo, conclui-se que a tutela do bem jurídico das relações de consumo se aproxima de modo contundente do que pretende proteger o artigo 337-L do CP, que com sua atual redação que suprimiu os termos “aquisição ou venda de bens ou mercadoria com o Poder Público” que já demonstrava certa identidade com o bem jurídico aqui analisado, fica ainda mais evidente com a atual elementar que possibilita a tutela de outras hipóteses como a contratação de obras e quaisquer espécies de serviços, que é o que pretende proteger o CDC quando verificada a vulnerabilidade do consumidor.

A constatação trabalhada acima sobre a forte identidade entre os tipos penais já era identificada por NUCCI (2015, p. 578) desde o estudo do revogado artigo 96 da Lei 8666/93, pois o autor o classificava como um “crime contra as relações de consumo às avessas”, pois se fosse o particular a vítima, se faria a subsunção em figura própria de crime contra o consumidor. Afirmava o autor que somente não era possível essa classificação, pois seria o Estado o receptor das “mercadorias” e, mesmo que não tenha se entrado na discussão que

autolesão, pois o agente que praticar a conduta proibida afeta interesse que não é exclusivamente seu”.

⁶⁹ Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: [...] II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo; IV - fraudar preços por meio de: a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço; [...] d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços; [...] VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros; IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa; Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

entraremos no capítulo seguinte sobre a possibilidade do Poder Público ser consumidor para fins do CDC, deveria o empresário-fornecedor responder pela fraude nos termos do crime previsto na Lei de Licitações. O raciocínio de NUCCI não entra neste mérito, mas é uma premissa importante para se analisar a possibilidade do atual art. 337-L do CP tutelar o bem jurídico das relações de consumo previsto no artigo 170, V, da Constituição.

Sem dúvidas, pelo princípio da especialidade, caso a fraude aqui em estudo seja empregada pelo particular contratado na execução de um contrato administrativo, era correta à época a tipicidade nos termos do revogado artigo 96 da Lei 8.666/93 e, agora, nos ditames do artigo 337-L da Lei 14.133/21. O que é fundamental se esclarecer no próximo capítulo, é se atualmente a Administração pode ser considerada consumidora para fins do Código de Defesa do Consumidor e, com isso, ser objeto de tutela das relações de consumo para fins penais.

5. Administração Pública enquanto sujeito passivo do bem jurídico-penal das relações de consumo

A discussão jurídica sobre a possibilidade de a Administração ser consumidora enquanto destinatária final para fins de aplicação do CDC, é discussão antiga que surge desde anos de 1990 quando da positivação do Código de Defesa do Consumidor, e que vem causando divergências nas doutrinas de ordem administrativista e consumerista, bem como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Na doutrina penal não se verifica algum debate específico sobre este ponto de divergência. O mais perto que chegamos desta discussão entre os penalistas foi uma tímida observação de que, caso não fosse o Poder Público na qualidade de destinatário final da cadeia de fornecimento, se trataria de um crime contra as relações de consumo (NUCCI, 2015, p. 578), porém sem entrar nesta discussão propriamente dita, bem como de modo ainda mais tímido, que o bem jurídico do crime aqui investigado protegeria a “justiça contratual” (ROCHA, 2016, p. 128).

O que se fará, portanto, é se discutir na perspectiva do direito administrativo e do direito do consumidor, para fins da objetividade jurídica do crime previsto no artigo 337-L do Código Penal, se nos tempos atuais a administração pode ser considerada consumidora para fins do CDC e, com isso, ser considerada objeto de tutela do tipo penal aqui investigado.

O entendimento tradicional desenvolvido por CRISTÓFARO⁷⁰ e JUSTEN FILHO⁷¹,

⁷⁰ “Assim, o Estado, quando contrata, como “destinatário final”, o fornecimento de bens ou serviços, o faz mediante normas próprias de Direito Administrativo que lhe outorgam uma proteção específica que não se superpõe, sob pena de implantar-se incontrolável confusão, aquela que a Lei nº 8.078/90 dispensa aos “consumidores”. O Estado adquire bens e serviços das empresas privadas, mas o faz em condições próprias e

que vem no mesmo sentido da jurisprudência do STJ,⁷² num primeiro momento no ano de 2004 e no ano de 2019⁷³, segue no sentido da impossibilidade do Poder Público ser consumidor com enquadramento no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o regime jurídico próprio do Direito Administrativo que lhe é peculiar é composto por um sistema de prerrogativas próprias, o qual é hipertrofiado com cláusulas exorbitantes que desequilibram em favor do Estado a relação contratual com o particular contratado para a satisfação do interesse público e, portanto, retiraria qualquer hipótese de vulnerabilidade do ente estatal contratante e não se poderia ser consumidora para fins do CDC em caso de sofrer alguma violação pelo fornecedor que pratique alguma violação na prestação de bens, serviços ou obras.

Com o entendimento acima, o Poder Público não poderia ser considerado consumidor para fins do CDC. Nesse sentido, *a fortiori*, ou seja, com muito melhor razão, haja vista que os crimes em licitações e contratos administrativos contêm elementos descritivos

peculiares que o protegem – ou devem protegê-lo desde que os administradores sejam diligentes como é seu dever –, melhor do que são protegidos os destinatários do Código de Defesa do Consumidor. O Estado (refiro-me às pessoas jurídicas de Direito Público, não às empresas estatais que se submetem às normas de direito privado – CF de 1988, art. 173, § 1º) pode ser fornecedor (v. arts. 4º, VII, 6º, X e 22 da Lei nº 8.078/90, este último quando o serviço é prestado diretamente pelo Poder Público). Jamais será, porém, “consumidor”, colocado sob a proteção da Lei nº 8.078/90. Aliás, essa proteção certamente desfavoreceria o Estado, limitando-lhe o poder de autotutelar seus interesses” (CRISTÓFARO, , 1993, p. 132).

⁷¹ “O Regime da contratação administrativa é incompatível com a aplicação subsidiária do regime da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Isso é inviável, porquanto a Administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica. Ainda que se pudesse caracterizar a Administração como “consumidor”, não haveria espaço para a incidência das regras do CDC, estando toda a matéria subordinada às regras da Lei de Licitações, do ato convocatório e do contrato. Quando muito, poderia cogitar-se da situação em que a Administração Pública adquirisse produto no mercado, em situação equivalente à de um consumidor” (JUSTEN FILHO, 2023, p. 1327).

⁷² ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA. [...] 2. Pleito recursal visando a aplicação das normas de Direito Privado relativas ao Direito do Consumidor com o objetivo de evitar prática contratual considerada abusiva [...] 4. O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública. 5. A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado. 6. À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão sub judice não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT. 7. Consoante o acórdão a quo, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade cometida pela ECT em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da súmula 07. Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes. 8. Recurso especial desprovido. (REsp n. 527.137/PR, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/5/2004, DJ de 31/5/2004, p. 191.)

⁷³ REsp 1.745.415/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 21/5/2019.

consubstanciados na assessoriedade administrativa, não se poderia por consequência ser objeto de tutela do direito penal no que tange às relações de consumo do Estado, porque até então não se existiria esse direito em favor do Poder Público.

O próprio Superior Tribunal de Justiça⁷⁴ em julgamento realizado no ano de 2010 – embora não reconheça no caso concreto julgado o direito do Estado ser consumidor para fins do Código de Defesa do Consumidor – abre um importante precedente em sua fundamentação ao afirmar que a administração, mesmo com seu sistema de prerrogativas para satisfação do interesse público em detrimento dos interesses do particular, teria esse direito em casos excepcionais nos quais esteja numa de posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor. O caráter de excepcionalidade afirmado neste precedente é reconhecido por JUSTEN FILHO⁷⁵, apesar do seu entendimento firme de que o regime jurídico de cláusulas exorbitantes impossibilita o Poder Público ser consumidor em regra.

Em data mais recente, no mesmo sentido da excepcionalidade desenvolvida acima, mas já em caráter de regra geral para a administração na execução de seus contratos administrativos, o Tribunal de Contas da União,⁷⁶ no ano de 2018, e Superior Tribunal de Justiça,⁷⁷ em 2020, reconhecem o direito de o Poder Público ser consumidor para fins do

⁷⁴ ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRATO ADMINISTRATIVO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO - INCOMPETÊNCIA DO PROCON - NULIDADE DA MULTA APLICADA. 1. Em se tratando de contrato administrativo, em que a Administração é quem detém posição de supremacia justificada pelo interesse público, não incidem as normas contidas no CDC, especialmente quando se trata da aplicação de penalidades. 2. Somente se admite a incidência do CDC nos contratos administrativos em situações excepcionais, em que a Administração assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, o que não ocorre na espécie, por se tratar de simples contrato de prestação de serviço de publicidade. 3. Incompetência do PROCON para atuar em relação que não seja de consumo. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (RMS n. 31.073/TO, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/8/2010, DJe de 8/9/2010.)

⁷⁵ [...] Essa orientação apenas pode ser admitida em hipóteses excepcionais, eis que a Administração Pública é investida de poderes jurídicos que não são reconhecidos ao consumidor. No seu relacionamento concreto com um particular, a Administração Pública não pode invocar sua condição de “representante da sociedade”, argumento que coloca em risco o próprio Estado de Direito. (JUSTEN FILHO, 2023, p. 1327).

⁷⁶ Joga a favor desses fornecedores o fato de que, em muitas ocasiões, os produtos oferecidos suportam serviços públicos críticos e, por essa razão, os órgãos investem elevada parte de seus recursos técnicos e administrativos na adaptação das soluções, bem como na capacitação do quadro de pessoal para o uso da solução contratada. Assim, em grande medida, a estratégia de tecnologia e de negócios das entidades da administração pública é suportada por produtos desses fabricantes, razão pela qual substituições desses softwares, quando possíveis, têm custos elevados. [...] É importante destacar que, nesses casos, o fornecimento de serviços por grandes fabricantes de tecnologia mitiga quase que integralmente a lógica comum das prerrogativas administrativas em nome do serviço público, uma vez que impõe à Administração Pública a assinatura de contratos de adesão, padronizados em todo o mundo, não sendo, portanto, passíveis de adequação às suas necessidades. [...] Assim, quando as prerrogativas da Administração Pública, estabelecidas na legislação de licitações e contratos, são insuficientes para garantir a proteção mínima dos interesses da sociedade, é no Código de Defesa do Consumidor que ela deve buscar socorro. (Relatório de Auditoria (RA), Acórdão 2.569/2018, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, 07/11/2018).

⁷⁷ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. EQUÍVOCO. AÇÃO

Código de Defesa do Consumidor, mesmo que seja detentor do sistema de prerrogativas que lhe conferem supremacia do interesse público em prejuízo aos interesses do particular, em casos concretos nos quais na quais exista vulnerabilidade técnica, científica ou fática sobre o ente estatal em face do empresário-fornecedor nas suas aquisições, contratações de serviços ou obras, teríamos a aplicação do CDC ao Estado que teve violada suas relações de consumo.

Os entendimentos jurisprudenciais acima se consubstanciam em vasta doutrina de ordem administrativista por SZKLAROWSKY (1999, pp. 377-380)⁷⁸, CUNHA (2001, p.

DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO CDC À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOMENTE EM SITUAÇÕES ESPECÍFICAS SE EXISTENTE VULNERABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. [...] 3. Cinge-se a controvérsia a saber se a Administração Pública pode ser considerada consumidora de serviços por ela contratados. 4. O conceito de consumidor consta do art. 2º do CDC, verbis: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final." 5. Não se desconhece a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça afastando a incidência do CDC em contratos em que é parte a Administração Pública (REsp 527.137/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31/5/2004, p. 191; e REsp 1.745.415/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 21/5/2019). Embora exista doutrina que defenda que o conceito de consumidor não abrange o Estado, por entender que não existe desequilíbrio entre o fornecedor e a Administração Pública, em virtude do regime jurídico administrativo, em que há supremacia do interesse público sobre o privado, e pela prestação, objeto e condições contratuais serem definidos pelo Estado, esse não é o entendimento que deve preponderar. 6. A Administração Pública pode ser considerada consumidor de serviços, porque o art. 2º do CDC não restringiu seu conceito a pessoa jurídica de direito privado, bem como por se aplicarem aos contratos administrativos, supletivamente, as normas de direito privado, conforme o art. 54 da Lei 8.666/1993, e, principalmente, porque, mesmo em relações contratuais regidas por normas de direito público preponderantemente, é possível que haja vulnerabilidade da Administração. 7. Apesar de a Administração Pública poder definir o objeto da licitação (bens, serviços e obras), o fato é que serão contratados os disponíveis no mercado, segundo as regras nele praticadas, de modo que o Estado não necessariamente estará em posição privilegiada ou diferente dos demais consumidores, podendo, eventualmente, existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica, por exemplo. 8. A existência das cláusulas exorbitantes que permitem a modificação das cláusulas contratuais e a revisão diante de fatos supervenientes, além das prerrogativas decorrentes do regime jurídico de direito público ? como a possibilidade de aplicar sanções, fiscalizar e rescindir unilateralmente o contrato e recusar o bem ou serviço executado em desacordo com a avença ou fora das especificações técnicas, conferem condição especial à Administração, dispensando-se o uso do CDC, na maior parte dos casos. 9. Contudo, a legislação especial relativa à contratação de bens, obras e serviços públicos não confere proteção direta à Administração Pública na posição de consumidora final ou usuária de serviços, sendo que a própria Lei de Licitações e Contratos prevê a aplicação supletiva das normas de direito privado. 10. Além disso, a Administração Pública celebra contratos regulados predominantemente por regras de direito privado, nos termos do art. 62, § 3º, da Lei 8.666/1993, como os de locação, seguro e mesmo os bancários, como é o caso dos autos. 11. Apesar de não ser o caso em exame, não se podem olvidar, ainda, os pactos feitos pelas pessoas jurídicas de direito privado que exploram atividade econômica: empresas públicas e as sociedades de economia mista. Nessa última situação, tais empresas não celebram contratos administrativos, não incidindo as cláusulas exorbitantes. Por não serem contratos administrativos não se justifica afastar a aplicação do CDC. 12. Portanto, diante de determinadas circunstâncias do caso concreto, quando os instrumentos previstos na legislação própria foram insuficientes ou insatisfatórios, deve ser assegurada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública. Nessa linha já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: RMS 31.073/TO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010. 13. Na hipótese dos autos, a aferição das circunstâncias do caso concreto para apuração da existência de excepcionalidade e vulnerabilidade da Administração demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos, de modo que incide no caso a Súmula 7/STJ. 14. Recurso Especial não conhecido. (REsp n. 1.772.730/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 16/9/2020.)

⁷⁸ "Sem dúvida, aplica-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda que se trate de contrato administrativo, quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei nº 8.666/93, sendo ela consumidora ou usuária porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final. A lei não faz distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CPDC, já que o consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada. [...] Não se alegue que a Administração, gozando das benesses da lei especial, a que se submetem os contratos

34)⁷⁹, CUNHA (2000, p. 660-665)⁸⁰, PIMENTEL (2001, p. 276-282)⁸¹, ARAUJO (2018, p. 890)⁸², COELHO (1995, p. 101)⁸³, LEITÃO (2014, p. 195)⁸⁴ e MARQUES (2002, p. 253-

administrativos, não necessita do agasalho do Código. [...] Realmente, o art. 76 da Lei 8.666/93 dispõe que a Administração rejeitará, no todo ou em parte, a obra, o fornecimento ou o serviço executado contrariamente aos termos do contrato, ensejando a rescisão, com as consequências contratuais, legais e regulamentares. [...] Não obstante, basta cotejar os dois diplomas legislativos para concluir que nem todas as situações previstas no Código estão relacionadas na Lei de Licitações e Contratos e vice-versa. [...] Aliás, o art. 54 expressamente indica, com precisão matemática, que os contratos administrativos regem-se pelas cláusulas e pelos preceitos do direito público e de direito privado e, ainda, pela teoria geral dos contratos, numa harmônica constelação.”

⁷⁹ “[...] é razoável a interpretação de que são aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos, em caráter subsidiário, desde que atendidas as seguintes condições: a) o órgão ou entidade pública estiver em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, visto que a superioridade jurídica do ente público é presumida nos contratos administrativos; b) o órgão ou entidade pública estiver adquirindo o produto ou serviço na condição de destinatário final, ou seja, para o atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial”.

⁸⁰ “A vulnerabilidade científica se configura quando se verifica por parte do contratante a ausência de conhecimentos jurídicos específicos ao objeto do contrato, assim como a ausência de conhecimentos de economia, ou correlatos. Da mesma forma que a anterior, esta vulnerabilidade é entendida, âmbito do CDC, como presumida quando o contraente é não profissional e quando for pessoa física. Os demais contratantes, como as pessoas jurídicas e os profissionais, devem comprovar a sua vulnerabilidade, uma vez que se presume, em princípio que me face da situação peculiar haveriam de deter conhecimentos, ou pelo menos ter acesso a quem detenha conhecimentos específicos. A última forma de vulnerabilidade a ser considerada seria a denominada vulnerabilidade fática. Esta vulnerabilidade se verifica levando-se em conta um dos pólos da relação contratual, qual seja, o fornecedor ou prestador de serviços, que pela sua peculiar situação ao mercado, quer derivada de seu poder econômico, quer em decorrência da necessidade dos serviços ou produtos que disponibiliza, estar-se-ia situado numa posição sobremaneira em face daqueles que necessitam dos produtos ou serviços por ele ofertados. Esta vulnerabilidade é presumida, nos termos do CDC, para o contratante não-profissional e pessoa física. Portanto, os profissionais e pessoas jurídicas haveriam de demonstrar sua vulnerabilidade, naquela situação específica, a fim de se beneficiar da tutela protetiva do CDC”.

⁸¹ “aplicando-se o CDC aos contratos administrativos, a Administração poderia pleitear ao juiz o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da proposta apresentada no procedimento licitatório, através da tutela específica, ou requerer providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento, como preveem os arts. 35 e 84, ao invés de circunscrever sua demanda à indenização por perdas e danos.

A Administração poderia, outrossim, além das sanções previstas na Lei nº 8.666/93, valer-se do CDC para incluir o nome do fornecedor no cadastro de maus fornecedores, ou pleitear ao juiz a imposição de contrapropaganda, na hipótese de se verificar que, através do procedimento licitatório, o fornecedor incorreu na prática de publicidade enganosa ou abusiva. Enfim, concluímos que, dependendo das circunstâncias do caso concreto, a Administração poderá ser considerada vulnerável quando adquirir produtos ou utilizar serviços como destinatária final e, portanto, poderá receber a tutela do CDC.”

⁸² “[...] a aplicabilidade ao Estado, do Código de Defesa do Consumidor em tais hipóteses (inclusive nos aspectos que lhe são favoráveis), em nada conflita com sua condição de Poder Público e com o sistema constitucional da responsabilidade civil objetiva que rege suas relações com o administrado”.

⁸³ “É comum, após a conclusão do certame licitatório e da celebração do contrato de aquisição de mercadorias ou de prestação de serviços, verificar o poder público a presença de vício no fornecimento. Concretamente, a mercadoria ou o serviço adquiridos não atendem por completo às finalidades deles esperadas. [...] Caracteriza-se, pois, inexecução parcial do contrato administrativo, situação para a qual reservou a nova lei de licitações, em princípio, apenas a sanção da rescisão contratual (art. 77). [...] Há, no entanto, situações em que o mais interessante para o poder público não seria, propriamente, a rescisão do contrato, seguida da devolução da mercadoria ou - quando factível - do serviço e indenização por perdas e danos. A demora na conclusão de novo certame licitatório e a reclamação contra o fornecedor podem mostrar-se mais prejudiciais ao interesse público do que algumas outras alternativas que a moderna legislação consumerista contempla. [...] Cogita-se, exatamente, da juridicidade de o poder público, ao invés de rescindir o contrato, optar pela redução proporcional do preço (ação estimatória) ou pela substituição do produto ou reexecução do serviço (ação executória específica). [...] O exercício dessas outras alternativas, diante de fornecimento viciado, é plenamente cabível se há previsão contratual, devidamente fundada em cláusula editalícia da licitação que precedeu à formalização do contrato. Em quaisquer condições, ainda que o sentido econômico do ato administrativo de aquisição, nessa hipótese, não se possa determinar como destinação final, poderá o poder público adotar a ação estimatória ou a

255)⁸⁵ desde a década de 90, ao longo dos anos 2000 e até os dias atuais vêm discutindo este ponto controverso e defendendo a hipótese da administração pública ser consumidora, haja vista que a lei não faz qualquer distinção entre pessoas físicas ou jurídicas enquanto objeto de tutela do CDC, tampouco restringe o direito das relações de consumo ao Estado, o qual pode ficar em estado de vulnerabilidade técnica, científica ou fática perante seu contratado.

Com a vigência da Lei 14.133/21, temos novas modalidades e ferramentas dinâmicas e desburocratizadas que ainda não estão consolidadas diante da ainda recente vigência da nova lei, como por exemplo os de aquisição de bens e produtos por plataformas de “E-Marketplace”, além da grande dominação da tecnologia praticamente em todas as searas da estrutura da administração pública, situações estas criadas pela globalização da pós-modernidade nas quais o Poder Público e seus agentes estão e ficarão cada vez mais vulneráveis nas relações de consumo do Estado, seja no viés técnico, científico ou fático.

Por tudo o que discutimos, neste contexto da execução do contrato administrativo, são objeto de tutela do artigo 337-L do CP os bens jurídicos da administração pública e das relações e consumo, o que deve ser analisado criteriosamente em cada caso concreto com a devida distinção pelo Poder Judiciário, uma vez que não necessariamente ambos bens

executória específica para solucionar o viciamento do objeto. Já, por outro lado, se inexistente previsão contratual, o exercício dessas ações contra o fornecimento viciado, somente se revela cabível, mediante a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.666/93, art. 54, in fine). E, assim sendo, é indispensável que o sentido econômico do ato administrativo de aquisição se revista de natureza de destinação final, inclusive no tocante à qualificação de fornecedor do contratante.”

⁸⁴ “Nos procedimentos licitatórios também há espaço suficiente para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, num verdadeiro diálogo das fontes, o qual permite a aplicação coerente e coordenada das duas fontes normativas, as Leis n.ºs 8.078/90 e 8.666/93. O diálogo das fontes constitui um modo de compreensão do sistema jurídico, permitindo uma aplicação simultânea das fontes normativas, como alternativa para a forma tradicional de substituição de uma fonte do sistema normativo por outra. [...] Por esse diálogo, pode se concluir ser razoável a aplicação da Lei Consumerista aos contratos administrativos, em caráter subsidiário e complementar, quando o Estado adquirir produtos ou serviços na condição de destinatário final, para o atendimento de uma necessidade própria, como o aparelhamento dos órgãos estatais, e estiver em posição de vulnerabilidade técnica e informacional perante o fornecedor.”

⁸⁵ “Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Essa tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão destinatário final do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º. [...] Já os maximalistas vêm nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. (...) Destinatário final seria o destinatário físico do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra o algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e é, claro, a dona-de-casa que adquire produtos alimentícios para a família.”

jurídicos são atingidos em caráter obrigatório, haja vista a possibilidade de tipicidade formal e ausência de tipicidade material.

A Administração Pública, quando na execução do contrato administrativo, for vítima de fraude por parte do fornecedor contratado em qualquer modalidade de aquisição de bens, prestação de serviços ou obras, é vítima do crime que deveria ser nomeado como “fraude ao contrato administrativo” ou de “crime de estelionato no contrato administrativo”, este previsto no artigo 337-L do Código Penal, o qual tutela os bens jurídicos da administração pública e das relações de consumo do Poder Público.

6. Conclusão

As alterações promovidas no art. 337-L do Código Penal em atualização ao revogado art. 96 da Lei 8.666/93 significaram em I) alargamento das espécies de contratos administrativos que agora, além da aquisição ou venda de bens ou mercadorias, também considera quaisquer prestação de serviços ou obras; II) ampliação do sujeito passivo do delito, pois não mais se restringe à Fazenda Pública; III) abolição da incriminação de elevação arbitrária de preços; e, por fim, IV) significativo e desproporcional aumento de pena no seu preceito secundário.

Ressalta-se a crítica a ser realizada sobre a nomenclatura do tipo penal, haja vista que as condutas positivadas no dispositivo legal são passíveis de se operacionalizar somente na execução do contrato administrativo, seja qual for a prestação pactuada com a administração. O correto seria se chamar “fraude ao contrato administrativo” ou “crime de estelionato no contrato administrativo”.

Entendemos numa primeira leitura, alheio ao debate quanto à legitimidade do tipo penal em análise e partindo-se do pressuposto de que possui lesividade, que pode ocorrer a afetação ao regular funcionamento das atividades públicas, ou seja, ao bem jurídico da administração pública. Porém, quanto ao bem jurídico da livre iniciativa, não é possível a sua lesão pelo presente dispositivo legal, haja vista que a ação delituosa somente é passível de ser operacionalizada na execução do contrato administrativo em momento posterior à concorrência ou escolha legal que, se por acaso for objeto de fraude, se terá a tipicidade do artigo 337-F do Código Penal. Pensando ainda na hipótese de que o contratado desde a licitação tinha o dolo de descumprir fraudulentamente o contrato administrativo, o procedimento licitatório e a posterior celebração do contrato são atos preparatórios para o futuro descumprimento contratual mediante fraude, esta que é a conduta tipificada no 337-L do CP.

Realizada a comparação do tipo penal do artigo 337-L do Código Penal com o rol de condutas penais previstas no rol do artigo 7º da Lei 8.137/90 e no Título II da Lei 8.078/90, foi possível se constatar semelhanças quanto ao conteúdo de incriminação dos referidos tipos penais, no sentido de que todos os dispositivos legais analisados possuem potencialidade de se tutelar o bem jurídico das relações de consumo prevista no artigo 170, V, da Constituição. Se não fosse a controvérsia existente quanto à possibilidade de a administração ser consumidoras para fins do CDC – argumento que se ampara na existência da exorbitância de suas prerrogativas frente ao particular contratado e com regime próprio para sanar perdas e danos por descumprimento contratual –, pacificamente se teria o entendimento de que se trata de uma norma penal adequada à proteção das relações de consumo concomitantemente à tutela da administração pública, quando for o caso.

Analisados os argumentos favoráveis e contrários à possibilidade de a administração ser consumidora para fins do CDC constantes na doutrina administrativista e consumerista, assim como na jurisprudência não pacífica do Superior Tribunal de Justiça em julgamentos de casos concretos que envolvem o Poder Público enquanto consumidor, é razoável se entender que mesmo quando existente o regime jurídico de supremacia do interesse público sobre o particular e mecanismos próprios de prerrogativas para a solução do contrato administrativo não cumprido mediante fraude, quando se ficar evidenciada a vulnerabilidade técnica, científica ou fática do Poder Público em face do contratado seja qual for a modalidade de concorrência ou escolha legal e, além disso, quando praticada alguma das condutas previstas nos incisos do art. 337-L do CP, existe a violação ao bem jurídico das relações de consumo concomitantemente – ou não – ao regular funcionamento das atividades públicas.

7. Referências

ARAUJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ARAUJO, Glaucio Roberto Brittes de. *Crimes contra as licitações no código penal: atualizado com a Lei 14.133/21 (nova lei de licitações e contratos administrativos)*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2022.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Direitos penal: lições fundamentais – parte geral*. 7ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. 2ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal econômico*. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTENCOURT, Sidney. *Infrações e Crimes Licitatórios na Nova Lei de Licitações*. 2ª ed. Curitiba, Íthala, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 527.137/PR (2003/0047959-4), 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.05.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 31.073/TO, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/8/2010, DJe de 8/9/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.772.730/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 16/9/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria (RA), Acórdão 2.569/2018, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, 07/11/2018.

BURKE, Anderson. *Crimes licitatórios e teoria da graxa sobre rodas*. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. Ano 4. n. 15. jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 51-76.

COELHO, Fábio Ulhôa. *A nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor: o poder público como consumidor de bens e serviços*. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, São Paulo, Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR)*, nº 1, p. 101, 1995.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. *Limites do campo de incidência da Lei nº 8.078, de 11.09.90: o Código de Defesa do Consumidor e os investidores ou poupadores*. *Revista Forense, Rio de Janeiro*, v. 89, n. 323, p. 132, jul./set. 1993.

CUNHA, Eunice Leonel. *Aplicabilidade das disposições constantes do código de defesa do consumidor à Administração Pública*. In: *Boletim de Direito Administrativo*, p. 660-665, set. 2000.

CUNHA, Jatir Batista da. *Aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos administrativos*. *Revista do TCU, Brasília*, p. 30-34, jan./mar. 2001.

GRECO FILHO, Vicente; GRECO, Ana Marcia; RASSI, João Daniel. *Dos crimes em*

licitações e contratos administrativos: de acordo com a Lei n. 14.133/2021. São Paulo: Revista do Tribunais, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

LEITÃO, Carmen Cecília Codorniz Prado. *O Estado contrante-consumidor e a aplicação do CDC.* Revista Da Procuradoria Geral Do Estado De São Paulo. ISSN: 0102-8065. v. 79. 167-197. Edição Semestral, jun, 2014.

LUCCHESI, Guilherme. *Dos crimes em licitações e contratos administrativos (arts. 337-E a 337-P).* In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Código Penal Comentado.* 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2023, pp. 1108-1148.

MARQUES, Cláudia Lim,a. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINELLI, João Paulo. *Crimes da lei de licitações.* In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: leis penais especiais.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 387-436.

MASSON, Cleber. *Crimes em licitações e contratos administrativos.* 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021.

NAVES, José Paulo Micheletto. *Crimes contra as relações de consumo.* In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: leis penais especiais.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 551-732.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* vol 1. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. *A administração pública como consumidora nas relações de consumo.* Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica (NDJ), v. 17, nº 4, p. 276-282, abr. 2001.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PARZIALE, Aniello. *Comentários à nova lei de licitações públicas e contratos administrativos: lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.* São Paulo: Almedina, 2022.

PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. *Fraude em licitação ou contrato.* In: BRENDA, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas.* 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pp. 173-177.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico.* 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Incongruências e insegurança*. In: BREDA, Juliano (Coord.). Crimes de licitação e contratações públicas. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pp. 53-78.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Crimes na licitação*. São Paulo: Contracorrente, 2016.

SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux. *Fraude em licitação ou contrato*. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). Crimes em licitações e contratos administrativos. São Paulo: Quartier Latin, 2023, pp. 155-170.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2022.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes Contra a Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: parte especial – arts 312 a 359-H do CP*. 3ª ed. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos*. Boletim de Licitações e Contratos, agosto, p. 377/380, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 1999.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. 4ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

TOJAL, Tarsila Fonseca. *Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos*. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). Código Penal comentado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, pp. 1153-1256.

A UTILIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO FACIAL NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA

THE USE OF FACIAL RECOGNITION IN BRAZILIAN PUBLIC SECURITY

Maria Eugênia Fachone Soares ⁸⁶

Bruna Beatriz Dutra Ferreira ⁸⁷

Ana Maria Molinari ⁸⁸

Resumo: As tecnologias de reconhecimento facial e de vigilância estão cada vez mais sendo implementadas hodiernamente, principalmente, nos âmbitos da segurança pública. Apesar da sua crescente utilização, não há no Brasil uma regulamentação específica que possa ser aplicada, e, considerando as taxas de erro e de discriminação, a problemática da violação de garantias fundamentais se mostra presente, ainda mais no que tange ao desrespeito dos princípios constitucionais, necessitando de uma normativa que atenda as demandas e as especificidades de tal tecnologia. O presente trabalho buscou, ao tratar da problemática, a revisão bibliográfica, utilizando-se de artigos e reportagens sobre o tema.

Palavras-Chave: Vigilância Pública; Regulamentação; Viés algoritmo; Armazenamento de dados.

Abstract: Facial Recognition and surveillance technologies are increasingly being implemented nowadays, mainly, in public security areas. Despite its increasing use, in Brazil, so far, there is no regulation that can be applied to, considering the possibilities of error and discrimination rates. Therefore, violation of fundamental guarantees is present, even more when there is constitutional principles disrespect. For instance, it's required to have a specific regulation about the subject involving new technologies. The themes discussed in this paper is going to talk about how it's possible to solve this problem, by a bibliographical review, using articles, academic papers and reports on the topic;

Keywords: Public surveillance; Regulation; Algorithm bias; Database.

Sumário: 1. Introdução; 2. O reconhecimento facial na segurança pública brasileira; 3. Como tem sido usada na segurança pública; 4. Regulamentação do reconhecimento facial; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

⁸⁶ Graduanda de Direito na Universidade Estadual de Maringá; estudante do segundo ano de Direito; Maringá, Paraná, Brasil; eugeniafachone@gmail.com.

⁸⁷ Graduanda de Direito na Universidade Estadual de Maringá; estudante do segundo ano de Direito; Cianorte, Paraná, Brasil; ra128780@uem.br.

⁸⁸ Graduanda de Direito na Universidade Estadual de Maringá; estudante do segundo ano de Direito; Paiçandu, Paraná, Brasil; anam.molinari02@gmail.com.

A insegurança pública é uma pauta que o Brasil reconhece enquanto uma de suas grandes falhas. Anualmente, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) efetua um documento contendo dados de diversos aspectos do conteúdo de segurança pública no país, o Atlas da Violência, e os dados prosseguem alarmantes. Dentre os dados, destaca-se a desproporção da quantidade elevada de delitos existentes para com as soluções de casos; prova disso são as taxas baixas em relação aos homicídios no país, contabiliza-se 37% de resolução (Estadão Conteúdo, 2022). Assim, os motivos para a pouca efetividade podem ser variados, desde formulação e composição das polícias à falta de instrumentos que potencializem a dinâmica investigativa.

Em diversos casos em que problemas complexos surgem, é frequente a generalização nas decisões, por vezes sem muito critério e escolha, compreendendo as suas nuances. E no presente da segurança pública brasileira, seria possível um paralelo com a crescente implementação de uso desgovernado de inteligências artificiais para identificação de faces com objetivos gerais como o de prevenir incidentes, encontrar foragidos e pessoas desaparecidas. Dessa maneira, as tecnologias de reconhecimento facial (RF) “têm sido objeto de promessas tentadoras do setor privado e da Administração Pública, especialmente quando adotadas para fins de policiamento e segurança pública, ao argumento de mitigação da impunidade e aumento da eficiência do trabalho policial” (Costa, Kremer, 2022, p. 162). No entanto, apesar de crescentemente ser utilizada, ela pode porventura ser usada para outros fins não democráticos e, ainda, não ter tamanha aferência entre o identificado e a face base para identificação, demonstrando falhas que podem gerar consequências drásticas e violação de princípios basilares de nossa Constituição Federal e os direitos fundamentais, tais como o direito à imagem e à proteção de dados sensíveis que serão abordados no presente artigo.

O presente trabalho, então, a partir de revisão de literatura, pesquisa bibliográfica e consulta de notícias e reportagens, buscou traçar as principais questões que recaem na problemática da utilização das ferramentas de reconhecimento facial e de tecnologias de vigilância. Nesse sentido, buscou-se entender o que é e como pode ser aplicada, se há regulamentação, quais os riscos de sua implementação e como ela está sendo utilizada pela segurança pública.

2. O reconhecimento facial na segurança pública brasileira

A tecnologia de reconhecimento facial se baseia na utilização de algoritmos e aprendizado de máquinas que, juntos, buscam identificar um indivíduo, a partir de imagens, vídeos e fotos, coletadas simultaneamente à sua análise, com base em padrões de sua fisionomia (Almeida, 2022, p. 267). Inicialmente, a tecnologia pormenoriza os dados coletados para *templates* (reduções das características à ordem de representação matemática) para que elas sejam colocadas em comparação a outros *templates* presentes no banco de dados ao qual está sendo embasado. Para isso, a técnica de verificação busca na face humana os dados considerados relevantes e únicos, como a distância entre os olhos ou o formato do queixo” (Almeida, 2022, p. 267).

Após essa comparação, é possível ter como resultado a sua identificação de maneira precisa ou não. Assim, quando há imprecisão, a tecnologia de reconhecimento facial diferenciará a situação entre aquele que resulta como falso negativo (quando ocorre indeterminação na correlação entre dado e rosto de modo que não se identifica o indivíduo que estaria no banco de dados) e o falso positivo (incongruência na correspondência, identificando erroneamente a pessoa, afirmando que seria alguém que não é) (Almeida 2022, p. 268).

Ou seja, pode ocorrer não só a inferência na identificação, como pode-se deixar de verificar alguém que deveria ser identificado. Por isso, apesar da tecnologia via de regra ser analisada exclusivamente enquanto positiva, muitas das vezes por se tratar de uma ferramenta objetiva e mais precisa que o ser humano, os algoritmos inseridos na funcionalidade de identificação facial não são precisos; pelo contrário, são capazes de iniciar inferências complexas e perigosas.

Ainda por conta desse reconhecimento, essas tecnologias podem ser utilizadas tanto no âmbito público como em áreas da segurança privada. Essa aplicabilidade é notável em aplicativos de celular que precisam identificar, via dispositivo móvel, determinado sujeito que está usufruindo dos serviços daquele aplicativo, como é o caso da Latam, que executa a verificação de identidade com base no reconhecimento facial, que é utilizado através de dispositivos com acesso à câmera e *internet* (Tonetti, 2023). Tal perspectiva tem sido bem acolhida pelo público, uma vez que, por conta de a máquina efetivar análise de aspectos objetivos sem grandes possibilidades de subjugamento e baixos índices de imprecisão, ao menos do ponto de vista comum.

Assim, com a visão positiva dessa via possível, o Brasil tem explorado o uso do reconhecimento facial em esferas como a segurança pública. No entanto, uma vez que tal

ferramenta se utiliza de dados sensíveis para a efetivação de seu trabalho, é necessário maior cautela com a abrangência de sua atividade, de modo que a regulamentação acerca do tema seria de significativa relevância para que não fossem feitas exacerbações com as relações feitas pela máquina, bem como nas consequências práticas que podem ser geradas a partir do seu uso, como uso indevido de dados sensíveis e até predatismo criminal.

No entanto, a realidade prática é de que os estados e municípios brasileiros têm buscado providenciar a novidade às pressas, tanto que, “elas vêm sendo implementadas desde 2019 por vinte estados das cinco regiões do país” (Ventura, 2021 apud Costa, Kremer, 2022, p. 162)), isso, mesmo com a ausência de legislação específica que delimite os parâmetros de uso e de finalidade dessa tecnologia dentro do contexto da segurança pública. Por isso, em vista do uso desregulado, muitas das vezes, a sua utilização não permanece a par da transparência e pode infringir diretamente com questões de cunho ético, a depender de como sua utilização é verificada.

Um dos primeiros estados a mostrar interesse na implementação dessa tecnologia foi o Rio de Janeiro, que, a partir da Lei nº 7.123/2015, teve como objetivo a “intenção expressa de um banco de dados a fim de identificar pessoas e controlar acesso a determinados lugares” (Francisco, 2020, p. 13 apud Junior, 2021, p. 161). Diante disso, outros estados das demais localidades do país começaram a demonstrar interesse nessa ferramenta. Outro exemplo que é possível citar é o do Rio Grande do Sul, em que o deputado federal Bibó Nunes propôs um Projeto de Lei que buscou implementar o reconhecimento facial e tecnologias afins, na identificação de indivíduos e análise de comportamentos, e que, se for aprovada, servirá de base para os demais projetos (Brasil, 2019 apud Junior, 2021, p.162).

No Paraná, a tecnologia de reconhecimento facial tem sido recentemente implementada dentro do âmbito de segurança pública. Em 2022, foi autorizado projeto que viabiliza a utilização de câmeras com tecnologia de identificação de pessoas e placas de veículos em viaturas policiais, chamadas de “viaturas inteligentes” e que compõem o projeto intitulado “Olho Vivo” (Paraná, 2023). No entanto, em vista de diversas problemáticas, dezoito projetos que envolvem o reconhecimento facial no Paraná estão em debate na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) na Assembleia Legislativa do Estado (Garcia, 2023).

A utilização do reconhecimento facial, apesar de em um primeiro momento apresentar grande avanço na área da tecnologia, pode aumentar a capacidade preventiva e punitiva do Estado, principalmente no que diz respeito a criação de um padrão e de perfis criminosos a

partir de características físicas, emocionais e sociais, podendo ter um aumento ainda maior na discriminação de grupos já estigmatizados (Steffen, 2023, p. 113). Nesse sentido, segundo estudos de Babuta e Oswald (2019), foi possível perceber que a discriminação geográfica já é uma realidade, uma vez que a inteligência artificial colabora para que pessoas que moram em certas regiões sejam mais revistadas e paradas, além do aumento de prisões em determinadas localidades que são mais monitoradas e controladas (Babuta, Oswald, 2029 apud Steffen, 2023, p. 115). Em vista desse entendimento de que a tecnologia de reconhecimento facial pode ser prejudicial, movimentos político-sociais têm instigado o debate acerca da temática, de modo que, como um dos destaques, o movimento #TireMeuRostoDaSuaMira defende que, uma vez que o viés algoritmo é um fator prevalente nessa espécie de tecnologia, a utilização do reconhecimento facial na segurança pública deveria ser reduzida completamente.

Isso porque, em uma sociedade com uma quantidade de compartilhamento de dados intensa, em que não há transparência sobre o seu armazenamento, somado às tecnologias de vigilância e de reconhecimento facial, observa-se que a utilização dessas ferramentas pode gerar um controle massivo da população (Camara, 2021, p.66).

3. Aplicações concretas na segurança pública

O *machine learning* é um campo da IA que se aprimora de forma automática, conforme as respostas são processadas por meio de uma experiência, podendo envolver tanto imagens quanto modelos matemáticos. Quando se trata de desenvolver um sistema de aprendizado de máquina, o método empregado é a indução – *inputs* –, no qual hipóteses são geradas a partir de dados, independentemente de serem corretos ou incorretos. Dessa forma, o objetivo final desse sistema é criar suas próprias regras ou questões. Isso possibilita que *softwares* executem tarefas sem a intervenção do homem, se baseando em algoritmos para tomar decisões apenas se norteando pelos modelos gerados e não por instruções previamente programadas (Crippa, 2021, p. 162).

No entanto, a aplicação do reconhecimento facial no contexto da segurança pública no Brasil enfrenta desafios significativos. Um dos principais problemas destacados por cientistas sociais e juristas é a preocupação de que essa tecnologia possa reforçar a seletividade do sistema penal brasileiro, introduzindo vieses étnicos e de gênero que comprometem a confiabilidade dos resultados (Crippa, 2021, p. 167). Isso porque a ferramenta de reconhecimento facial tem levado diversas pessoas inocentes à prisão desde sua implementação. Especialistas apontam que o sistema se baseia em catálogos informais e é

fundamentado no racismo algorítmico, visto que estudos mostram que o índice de erro chega a quase 40% para mulheres negras e pessoas trans, enquanto para homens brancos o índice de erro é de 0.3% (Bragado, 2023.)

A correção dos vieses nas máquinas que utilizam *machine learning* é um desafio crucial. Como apontado por Vieira (2019, p. 3), esses vieses podem surgir em diferentes estágios do processo de *machine learning*. O primeiro ponto crítico é a função do programa e seu objetivo. O segundo ponto é a coleta de dados e seus bancos de dados originários a serem usados ou não por algoritmos treinados tendenciosos. O terceiro ponto refere-se à manipulação dos dados, especialmente se informações sensíveis, como raça, cor e gênero.

Assim, entendendo que a tecnologia de conferência facial necessita, como predisposição, de um banco de dados em que possa embasar e comparar *templates*, é preciso compreender a origem dos dados coletados. Diante disso, no que tange ao armazenamento e os locais em que são armazenados os dados utilizados pela segurança pública, em sua maioria estão sendo alimentados e alocados pelos álbuns de fotografia das delegacias de polícia e, ressalta-se novamente, sem uma normativa que regulamente quanto ao seu uso. Essa problemática pode ter consequências dentro da condução do processo criminal “em decorrência da ausência de cautela no momento do recebimento de uma denúncia ou condenação, fato que corrobora para que pessoas inocentes sejam presas” (Soares, 2020, p. 24).

Para além disso, é possível perceber a divergência e a dificuldade de comunicação e interligação das diversas polícias e suas instâncias no Brasil. Essa complicação resulta na troca de informações ou até na efetividade de resultados. Por isso, na prática, a busca em identificar criminosos, tanto com a utilização de reconhecimento facial, ou não, faz com que cada instância policial gere “seu próprio conjunto de dados, atuando de forma distinta e perdendo, muitas vezes, a eficiência por falta de uma comunicação efetiva”. (OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA, *s.d* apud Soares, 2020, p. 10).

Por isso, dentro Judiciário, em mais de dez anos foi desenvolvido e implementação o “Banco Nacional de Mandados de Prisão” pelo Conselho Nacional de Justiça, já integrado em todos os tribunais, passando a ser uma ferramenta que possibilita o registro e a consulta sobre a existência de mandados de prisão contra determinados cidadãos” (BRASIL, 2018a apud Soares, 2020, p.10). Essa coleta de imagens dentro do “contexto de implementação de RF,

esse banco de dados se assemelha ao modelo do Reino Unido, no qual, a fim de reconhecer o indivíduo que passa por câmeras de vigilância, essa pessoa tem seu *template* comparado com o de uma pessoa que teve prisão determinada” (ALMEIDA, 2022, p. 272-273).

Destaca-se nesse cenário, como menciona Almeida (2022), que as imagens dos presos de custódia também são compiladas no banco de dados, mesmo que, nesse cenário, não sejam, obrigatoriamente, indivíduos que cometeram crimes. Por isso, também deve-se ser levado em consideração o teor racista que muitas das vezes os presos cautelares sofrem e que o Brasil perpetua. Assim, apesar da tecnologia ser uma ferramenta na sociedade moderna de grande credibilidade e que atrai entendimentos positivos, em detrimento de sua alta eficácia, baixo nível de erros e imprecisões, existem setores em que atua que ainda não foram desenvolvidos de maneira a serem irrevogáveis. Isso, levando-se em consideração que dentro do contexto do reconhecimento facial que, como descrito anteriormente, trabalha com reduções matemáticas denominadas *templates* e que se baseiam na distância entre pontos estratégicos do rosto - não exclusivos de cada indivíduo - e que sua identificação é afetada diretamente por condições de luminosidade adequadas e similares, de uma perspectiva frontal, e, fotos com diferenças significativas, podem aumentar as taxas de erro de maneira significativa (Lynch, 2018 apud Oliveira et al, 2022, p. 118).

Na prática, o reconhecimento e a comparação de imagens de humanos assumem dificuldades diversas, como é descrito por Timnit Gebru, à época um dos gestores técnicos de equipe ética da Google, em pesquisa realizada junto a Joy Buolamwini verifica que há maiores erros de identificação de gênero e raça no caso de mulheres de pele mais escura, ratificando estereótipos, principalmente quando se analisa o perfil da população carcerária, que é constituído em 60% por mulheres negras, mesmo sem o uso do Reconhecimento Facial e sua implementação (Buolamwini, Gebru, 2018 apud Silva, Silva, 2019 p. 13-14).

Ainda assim, diante de circunstâncias preocupantes que poderiam revelar o grande risco de sua utilização, a ferramenta tem sido exponencialmente exaltada e utilizada, como exemplo de comparação, dentro do contexto paulista, em estudo feito pela rede Observatório da Segurança, acerca das referências realizadas acerca da temática de reconhecimento facial na segurança pública, foi verificado que, “entre 2015 e 2018, o termo foi mencionado nos documentos 312 vezes, enquanto em 2019 foi mencionado 514 vezes e em 2020 foram 638 menções, mais que o dobro do intervalo entre 2015 e 2018” (Sousa, 2021, online).

Não à toa, em vista dos pontos falhos destacados e o crescente uso dessa inovação inserida no contexto público, são relatados casos de injustiças decorrentes de reconhecimentos

errôneos. Um caso emblemático que ilustra essa falha significativa ocorreu na cidade do Rio de Janeiro, onde o sistema de reconhecimento facial em uso pela Polícia Militar falhou de forma alarmante, levando à detenção equivocada de uma mulher. Após ser identificada pelas câmeras de reconhecimento facial instaladas em Copacabana, a mulher foi conduzida à delegacia, onde ficou evidente que ela não correspondia à pessoa procurada. Os policiais, equivocadamente, a abordaram acreditando que estavam detendo uma foragida da justiça, acusada de homicídio e ocultação de cadáver. No entanto, ao ser levada à 12ª delegacia de Copacabana, a identidade da mulher detida por engano foi minuciosamente verificada e os agentes constataram que ela não era a pessoa procurada, explicitando de maneira incontestável as sérias deficiências e riscos associados à utilização dessa tecnologia. (Camara, 2021, p.70-71)

Embora o reconhecimento facial possa parecer uma tecnologia indubitavelmente eficaz, esses recorrentes incidentes destacam a crucial necessidade de reconhecer suas falhas e limitações, além de assegurar a proteção dos direitos individuais e a equidade em sua aplicação. A excessiva dependência no reconhecimento facial pode conduzir a injustiças e discriminação, ressaltando a imperatividade de regulamentações e abordagens responsáveis para sua utilização.

Para além dos falsos positivos, a tecnologia pode ser utilizada para viabilizar o poder político. Isso porque, em sua essência, essa é uma ferramenta que os governos utilizam para administrar suas nações, garantindo a segurança e o bem-estar de seus cidadãos. Em um contexto globalizado, o poder político tem se manifestado de maneira cada vez mais intrusiva e abrangente. Conforme Mbembe (apud Soares, 2020), o Estado utiliza a tecnologia como instrumento de controle, frequentemente justificando essa ação como uma forma de proteger a sociedade. No entanto, o resultado desse uso excessivo de tecnologia muitas vezes é a submissão do povo diante do poder estatal visto que, o Estado, por meio de suas leis e regras, detém o poder de decidir quem vive e quem morre, quem é preso e quem mantém sua liberdade.

Tem-se como exemplo um caso ocorrido em Hong Kong, onde o reconhecimento facial foi extensivamente utilizado para reprimir manifestantes e controlar protestos contra o governo em 2019 (Pichonelli, 2021 apud Silva; Clemente, 2021, p.152). Isso levanta preocupações significativas sobre o abuso de poder por parte das autoridades, que usam essa tecnologia para sufocar a liberdade de expressão e o direito de protestar. A manipulação desse sistema deve ser motivo de contínua polêmica em países democráticos. A vigilância em massa

pode minar os direitos civis e individuais, ameaçando os alicerces da democracia (Lavado, 2020 apud Silva; Clemente, 2021, p.152).

Portanto, à medida que se navega por esse território incerto onde o poder político e a tecnologia se encontram, deve-se manter um olhar vigilante sobre as mudanças em curso e suas ramificações. Os desafios que se apresentam são complexos e multifacetados sendo crucial continuar a explorar e discutir essas questões em busca de soluções que equilibrem as necessidades da sociedade com a preservação dos valores democráticos.

Nos Estados Unidos, a utilização de tecnologia dentro da segurança pública também é controversa. O algoritmo COMPAS (Perfil de Gerenciamento Corretivo de Infratores para Sanções Alternativas), por exemplo, é uma ferramenta desenvolvida pela empresa Northpointe, hoje conhecida como Equivant, que tem como objetivo principal realizar avaliações de risco sobre pessoas que voltam a praticar crimes. Seu propósito é auxiliar na tomada de decisões judiciais e mitigar riscos futuros, fornecendo orientação aos juízes nos tribunais dos Estados Unidos, a fim de aprimorar o sistema de justiça penal (Vieira, 2019, p 01). No entanto, o uso do COMPAS foi objeto de controvérsias, sobretudo após um estudo da ProPublica, jornal investigativo estadunidense, que levantou questões preocupantes sobre sua eficácia e imparcialidade.

O estudo da ProPublica, baseado na análise de dados de mais de 7 mil pessoas presas no condado de Broward, Flórida, nos anos de 2013 e 2014, trouxe à tona sérias preocupações. O algoritmo COMPAS, quando avaliava o risco de reincidência, apresentou viés racial evidente. Segundo a pesquisa, as pessoas negras eram rotineiramente classificadas como de alto risco, enquanto as pessoas brancas eram designadas como de baixo risco. Esse viés racial é uma questão alarmante, pois pode agravar as disparidades raciais já existentes no sistema de justiça criminal. A principal constatação do estudo da ProPublica foi que, na prática, as previsões do COMPAS eram frequentemente equivocadas. Muitos indivíduos negros classificados como de alto risco não voltavam a cometer crimes, enquanto alguns brancos identificados como de baixo risco, na realidade, reincidiam. Esse descompasso entre as previsões do algoritmo e a realidade das reincidências demonstra que o COMPAS, apesar de sua pretensão de aprimorar a justiça criminal, pode, na verdade, agravar a desigualdade racial no sistema penal (Vieira, 2019, p.1).

No contexto brasileiro, as controvérsias em torno do algoritmo COMPAS ressaltam preocupações relevantes relacionadas ao uso de tecnologias de análise de dados e, por extensão, ao reconhecimento facial na segurança pública do Brasil. Como o estudo do

COMPAS revelou um viés racial, no Brasil, onde as disparidades raciais são igualmente uma questão premente, a aplicação do reconhecimento facial continua a levantar questões similares de viés racial, ameaçando a equidade no sistema de justiça.

As preocupações levantadas pelo estudo do COMPAS nos Estados Unidos sobre a eficácia e imparcialidade de algoritmos de avaliação de risco são especialmente relevantes em um cenário em que o sistema de justiça brasileiro também enfrenta desafios significativos. Segundo Alcântara (2021), dados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) indicam que, em 2021, 78 pessoas que haviam sido presas com base em procedimentos de reconhecimento pessoal ou identificação por foto foram inocentadas, tiveram seus processos suspensos ou a prisão relaxada devido a irregularidades nesses procedimentos. Isso porque o STJ tem observado irregularidades em diversas ações judiciais com provas baseadas apenas nesse tipo de procedimento de identificação. A pesquisa realizada pelo tribunal teve como foco o método de reconhecimento pessoal após uma mudança na jurisprudência do STJ, conhecida como o "*leading case*". Os resultados dessa pesquisa resultaram em decisões favoráveis aos acusados, incluindo sentenças que afastaram prisões preventivas, suspenderam o andamento de processos ou inocentaram os indiciados.

Embora os dados e análises específicos sobre o uso do reconhecimento facial no Brasil ainda sejam limitados, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reconheceu a necessidade de abordar essas preocupações. O CNJ constituiu um grupo de trabalho para reduzir o número de prisões de inocentes, estabelecendo regras e procedimentos claramente definidos para o reconhecimento pessoal de criminosos.

É crucial destacar que, de maneira semelhante ao que ocorreu nos Estados Unidos com o COMPAS, no Brasil, o viés racial também se faz presente. Uma pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ) concluiu que em 83% dos casos de erro em reconhecimentos, as pessoas eram negras. Isso sublinha a importância de abordar as questões relacionadas à equidade e ao viés racial na aplicação da justiça, especialmente no contexto do reconhecimento facial (Alcântara, 2021, *online*).

Assim, ao passo que o CNJ busca aprimorar os procedimentos de reconhecimento pessoal e o uso de tecnologias de análise de dados na segurança pública no Brasil, a discussão sobre a equidade, a imparcialidade e a confiabilidade das provas no sistema de justiça ganha destaque, refletindo as preocupações já observadas no contexto do COMPAS nos Estados Unidos. A esperança é que essas iniciativas contribuam para um sistema de justiça mais justo

e preciso no Brasil, evitando prisões injustas e garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos.

4. Regulamentação do Reconhecimento Facial

A discussão do uso de inteligências de reconhecimento facial tem desenvolvido críticas quanto ao seu uso, mesmo quando inexistente regulação específica no território brasileiro. Recentemente, no Brasil, em vista da ampla crítica que pesquisadores e movimentos sociais têm feito acerca do uso do reconhecimento facial na segurança pública nacional, foi indicado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.392 de 2022, que tem como demanda a proibição do uso dessas tecnologias na esfera penal. O PL, em seu artigo 3º, trata de propor o não uso dessa espécie de tecnologia para reconhecimento do indivíduo sem que antes seja realizado relatório de impacto à privacidade, com base na defesa da Lei Geral de Proteção de Dados. Ademais, o projeto legislativo prevê que o resultado de suposta aferência entre *templates* não deverá ser utilizado unicamente para identificação (artigo 4º). E, ainda, no artigo 2º do PL, avalia-se que os dados provenientes de bancos de dados dessas ferramentas não poderão ser terceirizados, esclarecendo que, em caso de existir cláusula em contrato permitindo essa terceirização, ela será nula (CAMARA DOS DEPUTADOS, 2023).

Até porque, como é possível de verificação do ordenamento jurídico brasileiro, o direito à imagem se trata de direito fundamental, tal como descreve o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, sendo ele, portanto, um direito inviolável (BRASIL, 1988 apud Soares, 2020, p. 14). Além disso, a Lei Geral de Proteção de Dados vigente no país trata de maneira indireta alguns assuntos e temáticas de grande relevância para essa tecnologia, como a definição de dados sensíveis. Sendo válido ressaltar que os dados biométricos, enquanto dados sensíveis, possuem definição no artigo 5º, II, da referida lei.

Também dentro do contexto da LGPD, em relação aos direitos da personalidade, enquanto essenciais na era da informação, envolvem o dado pessoal como pertencente aos direitos individuais, podendo eles serem fornecidos exclusivamente por meio de autorização do titular ao adquirente (Pereira, 2022, p. 3). De maneira inicial, a LGPD, no caso brasileiro, permite que, de antemão, haja um direcionamento do que é possível incrementar dentro do sistema de reconhecimento facial e aquilo que não o é. Até porque, em vista da complexidade que os cruzamentos de dados disponíveis na somatória dos bancos de dados interligados, pode invadir de diversas maneiras a privacidade do indivíduo que tem suas informações armazenadas, de modo que “o perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados

que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento” (SILVA, 2015, p. 211- 212 apud Soares, 2020, p. 14). A realidade de uso de dados sem o consentimento, inclusive, é, ao contrário do que se define ético e coerente com normas de privacidade, uma atividade relativamente comum entre *big techs*. Isso, em vista de que algumas delas estariam usando “fotografias, existentes numa base de dados da IBM, sem a sua permissão” (Musil, 2020 apud Melo e Serra, 2022, p. 210).

Diante disso, alguns projetos de lei sobre o tema buscaram uma efetiva implementação da LGPD, como o Projeto de lei nº 1.515/22, do deputado Coronel Armando. Neste Projeto, visa-se, sendo respeitadas as garantias dos indivíduos, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, como disposto no art. 4º, inciso III, para fins de investigação e repressão de infrações penais, como uma política de segurança e defesa nacional (De Castro, De Paula, 2022). Além deste, o Projeto de Lei nº 9.736/2018 busca propor um acréscimo à Lei de Execuções Penais, no qual seria feito um banco de dados daqueles que integram o sistema prisional, para manter um controle e identificação daqueles que já estiveram nas condições de detido em algum momento. Como consequência desse projeto se tem “a criação de um banco de dados de ex-detentos, sem que haja, entretanto, qualquer menção sobre o tratamento e o armazenamento desses dados” (De Castro, De Paula, 2022, p. 344).

Dessa maneira, entendemos que os dados analisados pela inteligência de reconhecimento facial são sensíveis e que, portanto, precisam ser tratados com demasiada cautela e especialidade. Tanto que o Conselho Nacional de Justiça compreende que “para o direito, essas inovações trazem desafios para a efetividade de normas e princípios que podem evitar a incidência de condutas que vão de encontro ao interesse coletivo, como a salvaguarda da igualdade de direitos, sem discriminação de raça, cor ou etnia” (CNJ, 2023, online). Ou seja, sem regulamentação específica em vigência, os avanços da tecnologia que poderia ser aprimorada, melhor estudada e adequadamente utilizada passam a apresentar sinais de possíveis avanços perigosos, contrários a diversas diretrizes que preconizam a segurança individual e coletiva dentro de uma sociedade democrática.

Em vista de tal importância, a União Europeia, em debates legais, estabeleceu a necessidade inclusive de determinação de principiologias acerca da temática, justamente por compreender que os algoritmos aplicados nessa tecnologia, uma vez que em contato com dados sensíveis, devem estar de acordo com o princípio da transparência, com possibilidade de rastreamento e verificação com avaliações periódicas analisando seu funcionamento e resultados. Ainda, o debate foi ampliado para as tecnologias em geral que se utilizam de

Inteligência Artificial (IA). Destacando-se a necessidade de regular auditoria desses sistemas de modo recorrente e impositivo (Steffen, 2023, p.117).

No entanto, ainda se trata de discussão com amplo ambiente de debate, uma vez que não basta identificar a principiologia, mas também “os momentos em que esses princípios devem ser implementados por regras jurídicas, bem como os instrumentos legais mais adequados para essa regulação” (Maranhão, Florêncio, Lasmar Almada, 2021, p. 162). Isso porque, por vezes, “o melhor caminho para discussões éticas que pretendam aplicabilidade seja por meio da análise “*bottom-up*”, buscando equilíbrio reflexivo entre princípios gerais e casos concretos em setores específicos” (Maranhão, Florêncio, Lasmar Almada, 2021, p. 162). Nesse sentido, prever o que uma tecnologia emergente pode atingir em questões principiológicas e práticas depende das experiências empíricas, para então, poder ter a regulamentação, de modo a proteger os direitos civis individuais e, ao mesmo tempo, usufruir dos aspectos positivos e benéficos da novidade tecnológica (Francisco, Hurel, Rielli, 2020 apud Oliveira et al, 2022, p.126).

A União Europeia (UE), na tentativa de desenvolver regulamentação geral sobre o uso da IA em diversos setores da sociedade, tem desenvolvido o *AI Act*. A expectativa é que haja também delimitação da utilização de ferramentas como reconhecimento facial, em especial no uso da Administração Pública. Além disso, também será regulada a definição de grau de risco que a tecnologia utilizada aferirá, desde o risco mínimo ao inaceitável. Em paralelo, “no Brasil, ao menos quatro projetos de lei que procuram criar regras sobre o desenvolvimento, a implementação e o uso de sistemas de IA tramitam no Congresso Nacional e devem ser discutidos ainda em 2023” (Schmidt, 2023). De modo a espelhar o despoite europeu, o Brasil tem o PL 2.338 de 2023, o qual dispõe de similaridade à lei sendo desenvolvida pela UE, uma vez que também determina os níveis de risco que a tecnologia analisada dispõe. Ademais, “para evitar que o sistema de classificação fique engessado e possa acompanhar um ambiente tecnológico dinâmico, uma futura autoridade fiscalizadora, prevista no projeto, poderá reavaliar o risco de determinada aplicação” (Schmidt, 2023).

Ainda que com perspectivas de melhoramento e regulamentação, a atual ausência de regulação específica, as questões violadas pelo uso da tecnologia de reconhecimento facial permanecem atuando na realidade diária em vista de não existir controle sobre a utilização dessas ferramentas pelo Poder Público, gerando não só insegurança jurídica, mas violação de princípios básicos constitucionais e processuais.

Sob esse viés, é preciso que esses serviços atuem de modo ético e respeitem diretrizes legislativas, mas também questões principiológicas e éticas (Amaral, 2023, p. 121-141). Uma das consequências diretas dessa inexistência, geradora de disparidades entre o Estado e indivíduos, é a ausência de transparência em sua atuação, principalmente na persecução criminal, no que tange as novas técnicas de vigilância e monitoramento implementadas (Oliveira et al, 2022, p.125). Sendo a transparência um princípio da Administração Pública predisposta pelo artigo 5º, inciso LX, artigo 216-A, inciso IX, artigo 37, §1º, artigo 225, inciso IV e artigo 93, IX, 1.ª parte, da Constituição Federal, além do artigo 792, *caput*, do Código de Processo Penal.

Ainda, destaca-se a Lei da Transparência de 2011 que visou regular a relação jurídica que o cidadão tem para com o direito à informação e de ser informado pelo Poder Público em sentido bem amplo. O princípio, também chamado de princípio da publicidade, é aquele que determina que a relação estatal deve estabelecer “transparência aos seus atos, reforçando, com isso, as garantias da independência, imparcialidade e responsabilidade do juiz. Além disso, consagra-se como uma garantia para o acusado, que, em público, estará menos suscetível a eventuais pressões, violências ou arbitrariedades” (Avena, 2023, p.23). Com relação à ligação que o princípio tem para com o reconhecimento facial, as questões concernentes à transparência são apontadas como: “(i) qual o banco de dados está sendo explorado pela polícia; (ii) o que o responsável pelo tratamento deve informar e registrar; e (iii) qual a necessidade de desenvolvimento de um relatório de impacto pelo uso da tecnologia de RF” (Almeida, 2022, p. 271).

Com base no que foi exposto anteriormente, é possível verificar que o banco de dados brasileiro se baseia especialmente na coleta de imagens proveniente do sistema dos estabelecimentos reunidos pelo CNJ em seu Banco Nacional de Monitoramento de Prisões e que são incluídos os presos sob prisão cautelar no banco de dados. A autora comentada afirma que se deve levar em consideração a Diretiva 2016/680 da UE para se comparar como o uso de dados poderiam ser lidados diante da efetivação do princípio da transparência. Para isso, seria preciso que fossem previstas avaliações da utilização da tecnologia que se apossa de dados sensíveis para seu funcionamento, com base em legislações vigentes que determinem a proteção de dados de modo periódico. Isso levando-se em conta, como determinou a diretiva e destacou Almeida (2022, p. 273):

- i. os riscos para os direitos e para as liberdades dos titulares dos dados;
- ii. as medidas previstas para fazer face a esses riscos;

- iii. as garantias dos sujeitos previstas em lei;
- iv. as medidas de segurança; e
- v. os mecanismos para assegurar a proteção dos dados pessoais (art. 27º)

A análise de riscos desempenha um papel central na prestação de contas (*accountability*), permitindo a avaliação de questões de justiça e direitos humanos. Os relatórios de impacto, como destaca Silva (2022, p.55), são ferramentas fundamentais para documentar a transparência, auxiliar reguladores e indivíduos, além de possibilitar o controle de qualidade e a análise de eficiência da tecnologia.

O princípio da finalidade, previsto pelo art. 4º, 1, b, da Diretiva 2016/680 da EU e, como define Almeida (2022, p. 269) “as finalidades de tratamento de dados pessoais autorizadas pela diretiva para se atingir a segurança pública são: prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública” tal como também prevê o art. 1º, nº 1 da mesma Diretiva. E, como destaca Melo (2020, p.20), o princípio determina a necessidade de informar de maneira clara e específica a finalidade para a qual os dados serão utilizados, visando proteger o titular dos dados, assegurando que suas informações não sejam usadas de forma incompatível com o propósito original. Esse princípio é especialmente relevante no contexto do compartilhamento de dados entre órgãos da Administração Pública, que deve ser feito de forma transparente e restrito à finalidade original da coleta, como previsto na LGPD (Silva, 2022, p.42). Essa delimitação de finalidade é importante no armazenamento dos dados uma vez que, conseqüentemente, guardar o *template* facial de alguém que cometeu um crime só faz sentido enquanto a pessoa está cumprindo a pena, depois disso não se torna útil e gera alto risco de uso indevido dos dados (Almeida, 2022, p. 271).

E ainda, levando-se em consideração a limitada visualização dos indivíduos presentes nos bancos de dados dispostos, já comentada, e a evidente seletividade daqueles que são direcionados o reconhecimento facial, a finalidade de segurança pública geral é substituída por uma busca de indivíduos que as autoridades policiais e Estado estão interessados em identificar e que são suscetíveis a enfrentar provável processo judicial diante do devido processo legal (Almeida, 2022, p. 270).

Destarte, também deve ser analisado o subprincípio constitucional da necessidade em vista do todo desta temática, que está englobado no princípio da proporcionalidade, nele,

“preza-se pela limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades” (Gov.br, 2020, p. 14 apud Almeida, 2022, p. 271). Na lógica do subprincípio, aqueles dados que não estiverem de acordo com a finalidade do que o projeto se propõe, devem, necessariamente, ser excluídos, sendo essa também é uma das orientações presentes na Diretiva 2016/680. Dessa maneira:

“compreende-se que manter o *template* do rosto de uma pessoa que cometeu crime só é relevante para fins de reconhecimento facial até o momento em que essa pessoa está cumprindo sanção penal, já que após esse período, armazenar o *template* não é mais útil ou necessário e o risco de vazamento, compartilhamento ou uso indevido do dado é alto” (Almeida, 2022, p. 271)

Portanto, a regulamentação e aplicação dos princípios da transparência, a restrição ao compartilhamento de dados e a adoção de medidas de segurança são medidas que contribuem para a preservação da privacidade e a mitigação de riscos, especialmente em um cenário de avanço tecnológico e coleta massiva de informações. A *accountability*, aliada à análise de riscos, desempenha um papel fundamental nesse contexto, promovendo a proteção dos direitos individuais e a segurança da sociedade como um todo. Já os princípios da finalidade, segurança e precaução são fundamentais para garantir a proteção dos dados pessoais em posse das entidades públicas.

5. Conclusão

Portanto, conclui-se que, ainda que com alta receptividade na Administração Pública, as tecnologias de reconhecimento facial, dentro do contexto de segurança pública, são complexas e, em vista da não regulamentação específica no legislativo brasileiro, acabam por ferir princípios constitucionais e processuais, tais como o da transparência, da finalidade, da necessidade, da segurança e da precaução.

A regulamentação é essencial para lidar com os desafios éticos e práticos apresentados pelo uso do reconhecimento facial. A ausência de regras claras expõe a sociedade a riscos, como o uso indevido de dados e a possibilidade de discriminação, principalmente considerando que o direito à imagem é um direito fundamental e inviolável. Por isso, é de tal importância a regulamentação de sua utilização, principalmente para garantir os direitos fundamentais dos indivíduos e, também, para combater a discriminação e os estereótipos que podem ser alimentados, a partir, do viés algoritmo. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece diretrizes importantes para a proteção de dados, mas a regulamentação específica do reconhecimento facial se faz necessária.

Ademais, foi possível observar o panorama em que se encontra o cenário brasileiro, com as diversas propostas de leis tanto no que tange a implementação das tecnologias, quanto nas normativas que regulamentem e limitem a atuação do Poder Público.

6. Referências bibliográficas

ALENCAR, I. Com mais de mil prisões na BA, sistema de reconhecimento facial é criticado por “racismo algorítmico”; inocente ficou preso por 26 dias. **G1**: Salvador, 1 set. 2023. Disponível em: <<http://bit.ly/3Q8JUTG>>. Acesso em: 29 out. 2023.

ALCÂNTARA, Manoela. Em um ano, STJ cassou 78 decisões baseadas em reconhecimento facial. **Metrópoles**. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/49fUjpk>>. Acesso em: 26 out. 2023.

ALMEIDA, Eduarda Costa. Os grandes irmãos: O uso de tecnologias de reconhecimento facial para persecução penal. **Revista brasileira de segurança pública**. São Paulo, v. 16, n. 2, 264-283, fev/mar de 2022. DOI: <<https://doi.org/10.31060/rbsp.2022.v16.n2.1377>>. Acesso em: 19 jun. 2023.

AMARAL, Ana Luiza Lacerda. Entre a utopia e a distopia tecnológica no direito – Análises e previsões do sistema judiciário brasileiro. **Revista dos Tribunais**. vol. 1050. ano 112. p. 121-141. São Paulo: Ed. RT, abril 2023. Acesso em: 29 jul. 2023.

ARTICLE 29. Parecer sobre algumas questões importantes da Diretiva relativa à proteção de dados na aplicação da lei (Diretiva [UE] 2016/680). **European Commission**: [S. l], 7 dez. 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=610178>. Acesso em: 5 maio 2023.

BAX, Sophia Gianturco. **A implementação e utilização dos sistemas de reconhecimento facial (“facial recognition technology”) no Brasil: uma análise crítica no âmbito da segurança pública e da persecução penal**. 2023. 33-55 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2023. Disponível em: <<https://bit.ly/3se2iCY>> Acesso em: 28 out. 2023.

BRAGADO, Louise. Algoritmos têm vieses, e primeiro passo é admitir este problema, defende a pesquisadora Meredith Broussard. **Época – Negócios**: São Paulo, 10 jul. 2023. Disponível em: <<https://bit.ly/3QaK0KG>>. Acesso em: 24 out. 2023.

CAMIMURA, Lenir. Direito precisa dar diretrizes para a produção e uso de reconhecimento facial sem distorções raciais. **Agência CNJ de Notícias**: Brasília, 16 ago. 2023. Disponível em: <<https://bit.ly/3FDKbcK>>. Acesso em: 29 out. 2023.

CAMARA, Geysa. **Do reconhecimento facial**. 2022. Tese (Mestrado em Direito e Segurança) - Nova School Of Law. Lisboa, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10362/141162> Acesso em: 29 out. 2023.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 2.392/2022. **Câmara dos Deputados**: Brasília, 2023. Disponível em: <<https://bit.ly/46Pj1vm>>. Acesso em: 29 out. 2023.

COSTA, R. S.; KREMER, B. Inteligência artificial e discriminação: desafios e perspectivas para a proteção de grupos vulneráveis frente às tecnologias de reconhecimento facial. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 16, n. 1, 2022. DOI: 10.30899/dfj.v16i1.1316. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1316>. Acesso em: 29 out. 2023.

CRIPPA, Margarete Esteves Nunes et al. Uso do reconhecimento facial aplicado à segurança pública no Brasil. **Controversias y Concurrencias Latinoamericanas**. v. 12, n. 22, p. 159-173, Abr.-Set. 2021. Disponível em: <<https://ojs.sociologia-alas.org/index.php/CyC/article/view/248>>. Acesso em: 20 out. 2023.

ARAÚJO, Romulo de Aguiar,; Naiara Deperon; PAULA, Amanda Marcélia de. Regulação e uso do reconhecimento facial na segurança pública do Brasil. **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, DF, v. 112, n. 00, p. e021009, 2021. DOI: 10.22477/rdj.v112i00.734. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdf.tjus.br/index.php/rdj/article/view/734>>. Acesso em: 30 out. 2023.

CASTRO, Kátia Shimizu de; PAULA, Luciana Veiga de. O reconhecimento biométrico facial e a utilização pelo Poder Público. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, São Paulo, v. 9, n. 9, p. 339-354, 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.23925/2526-6284/2022.v9n9.60092>>. Acesso em: 25 out. 2023.

DUARTE, Renata et al. Aplicação dos Sistemas Biométricos de Reconhecimento Facial na Segurança Pública. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 1–21, 2021. Disponível em: <<https://www.bjfs.org/bjfs/bjfs/article/view/848>>. Acesso em: 30 oct. 2023.

GARCIA, Pedritta Marihá. CCJ retoma debate sobre tecnologia de reconhecimento facial. **Câmara municipal de Curitiba**: Curitiba, 4 set. 2023. Disponível em: <<https://bit.ly/47aBke9>>. Acesso em: 25 out. 2023.

ESTADÃO CONTEÚDO. Estudo mostra que Brasil esclarece só 37% dos homicídios. **Mobilidade Estadão: Na perifa**: São Paulo, 3 ago. 2022. Disponível em: <<https://bit.ly/40g4TZs>>. Acesso em: 29 out. 2023.

JUNIOR, Ilberto da Silva. Reconhecimento facial como prova fundamental nos processos penais. In: Congresso internacional de direito e inteligência artificial, 2., 2021, Belo Horizonte, **Anais [...]**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), 2021. Disponível em: <site.conpedi.org.br/publicacoes/b3vv7r7g/760jvn58>. Acesso em: 13 jun. 2023.

MAGNO, M. E. da S. P.; BEZERRA, J. S. Vigilância negra: O dispositivo de reconhecimento facial e a disciplinaridade dos corpos. **Novos Olhares**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 45-52, 2020. DOI: 10.11606/issn.2238-7714.no.2020.165698. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/novosolhares/article/view/165698>. Acesso em: 29 out. 2023.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque, FLORENCIO, Juliana Abrusio, LASMAR ALMADA, Marco Antonio, Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial, **Suprema: revista de estudos constitucionais**, 2021, Vol. 1, No. 1, pp. 154-180. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/1814/71840>>. Acesso em: 24 out. 2023.

MELO, J. S. S.; NEVES, T. A.; SANTOS, L. E. SAREF: Sistema de Apresentação Remota por Reconhecimento Facial. **Revista CNJ, Brasília**, v. 6, n. 2, p. 77–92, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/389>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

MELO, Paulo Victor; SERRA, Paulo. Tecnologia de Reconhecimento Facial e Segurança Pública nas Capitais Brasileiras: Apontamentos e Problematizações. **Comunicação e sociedade**, [S. l], n. 42, p. 205-220, 2022. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/cs/8111>>. Acesso em: 25 out. 2023.

MELO, Pedro Raphael Vieira. **Reconhecimento facial automatizado para fins de segurança pública e seus riscos aos titulares dos dados biométricos**. 2020. 31 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

NIC.BR. [FIB13] #TireMeuRostoDaSuaMira: debate sobre banimento do reconhecimento facial na segurança pública. **Nic.br vídeos**: Belo horizonte, 2023. 1 vídeo (1 h., 38 min., 56s.). disponível em: <<https://bit.ly/47a0jhD>>. Acesso em: 25 ago. 2023.

OLIVEIRA, Loryne Viana et al. Aspectos ético-jurídicos e tecnológicos do emprego de reconhecimento facial na segurança pública no Brasil. **Revista Tecnologia e Sociedade**, Curitiba, v. 18, n. 50, p. 114-135, 2022. Disponível em: <<https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/12968>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

PARANÁ. Tecnologia de reconhecimento facial na chamada chega a 1,6 mil colégios da rede estadual. **Agência Estadual de Notícias**: Curitiba, 17 maio 2023. Disponível em: <<https://bit.ly/3tSzNLq>>. Acesso em: 25 out. 2023.

PARANÁ. PM utiliza “viatura inteligente” com quatro câmeras para identificar placas e pessoas. **Agência Estadual de Notícias**: Curitiba, 21 dez. 2022. Disponível em: <<https://bit.ly/40fQOv3>>. Acesso em: 25 out. 2023.

PEREIRA, Débora Freitas Mendes. O uso de câmeras de reconhecimento facial em contexto de pós democracia – uma ferramenta contra o inimigo no direito penal. **ADPEB**, Salvador, v. 28, p. 12, 2022. Disponível em: <<https://bit.ly/40gsCJ6>>. Acesso em 28 out. 2023.

PIRES, Ana Beatriz Santos; et al. Alvos Predeterminados: Um estudo de caso sobre a implementação da tecnologia de reconhecimento facial na Bahia, p. 18-59, 2022 In: ALMEIDA, Eloísa Machado de et al. **Dados, privacidade e perseguição penal: cinco estudos**. 2022. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31784>>. Acesso em: 29 out. 2023.

RIBEIRO, Zeca. Projeto condiciona uso de reconhecimento facial a inviabilidade de outros meios de identificação. **Agência Câmara de Notícias**: Brasília, 6 out. 2022. Disponível em: <<https://bit.ly/3QifMoZ>>. Acesso em: 29 out. 2023.

SANTOS, Jéssica Guedes. Reconhecimento facial: entre a criminologia, a mídia e a LGPD penal. **Revista Internetlab**, v. 2, n. 1, jun. 2021, p. 214-232. Disponível em: <<https://bit.ly/3QgMiYH>>. Acesso em: 24 out. 2023.

SCHMIDT, Sarah. Os desafios para regulamentar o uso da inteligência artificial. **Nexo Jornal**: São Paulo, 09 set. 2023. Disponível em: <<https://bit.ly/47egc6Z>>. Acesso em: 29 out. 2023.

SILVA, João Paulo Terra; CLEMENTE, Leticia Rodrigues. O uso de algoritmos de reconhecimento facial como auxiliar na segurança pública. In: Congresso internacional de direito e inteligência artificial, 2., 2021, Belo Horizonte, **Anais** [...]. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), 2021. Disponível em: <site.conpedi.org.br/publicacoes/b3vv7r7g/760jvn58>. Acesso em: 13 jun. 2023.

SILVA, Maria Luiza Sousa. **As tecnologias de reconhecimento facial para Segurança Pública no Brasil: perspectivas regulatórias e a garantia de Direitos Fundamentais**. 2022. 87f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2022.

SILVA, Rosane Leal da; Fernanda dos Santos Rodrigues da. Reconhecimento facial e segurança pública: os perigos do uso da tecnologia no sistema penal seletivo brasileiro SILVA,. In: **Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**, Santa Maria, Anais [...], 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/46MhsOT>>. Acesso em: 15 jul. 2023.

SILBERG, Jake; MANYIKA, James. Como lidar com vieses na inteligência artificial (e nos seres humanos). **McKinsey & Company**: [S. l], 6 jun. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3Mj5zra>>. Acesso em: 24 out. 2023.

SOARES, Everson Rangel. **Reconhecimento facial e política criminal: da segurança pública às garantias fundamentais**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Antonio Meneghetti Faculdade, Restinga Sêca, RS, 2020.

SOUSA, Bruno. Panóptico: reconhecimento facial renova velhas táticas racistas de encarceramento. **Rede de observatórios da segurança**: São Paulo, 22 abr. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/40eCwLo>>. Acesso em 29 out. 2023.

STEFFEN, Catiane. A Inteligência Artificial e o Processo Penal: A Utilização da Técnica na violação de Direitos. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 105-129, Jan.-Abr. 2023. Disponível em: <<https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/arti>>. Acesso em: 08 maio 2023.

TONETTI, Igor. LATAM passa a utilizar reconhecimento facial na recuperação de conta. **Passageiro de primeira**, São Paulo, 30 jan. 2023. Disponível em: <<https://bit.ly/3QLvL0B>>. Acesso em: 26 out. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. **Jornal Oficial da União Europeia**, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN>. Acesso em: 6 maio 2023.

VIEIRA, Leonardo Marques. A problemática da inteligência artificial e dos vieses algorítmicos: caso COMPAS. In: **Brazilian Technology Symposium**, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/45KQLZq>>. Acesso em: 24 out. 2023.

WALL, M. Inteligência Artificial: Por que as tecnologias de reconhecimento facial são tão contestadas. **BBC News Brasil**, 5 jul. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48889883> Acesso em: 29 out. 2023.

PRISÃO *EX LEGE*: UMA ANÁLISE SOBRE SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

EX LEGE PRISON: AN ANALYSIS OF ITS (IN)CONSTITUTIONALITY

Vitória Piffer Colombo⁸⁹

Resumo: Devido a uma série de princípios constitucionais e processuais penais muito caros ao Estado de Direito, a prisão preventiva deve ser utilizada de forma excepcional, podendo ser decretada apenas pelo juiz, de forma fundamentada e com respeito à presunção de inocência. A Lei nº 13.964/2019 estabeleceu duas hipóteses de prisão obrigatória, colocando em dúvida se tais postulados foram de fato respeitados. Destarte, o presente trabalho pretende analisar a compatibilidade dos novos dispositivos com a Constituição Federal e com outras normas presentes no próprio Código de Processo Penal.

Palavras-Chave: Processo Penal. Prisão obrigatória. Lei Anticrime

Abstract: *Due to several constitutional and procedure principles that are very important to the rule of law, preventive detention should be used exceptionally, and may be ordered only by the judge, in a reasoned manner, respecting the presumption of innocence. Law No. 13,964/2019 established two cases of mandatory detention, putting in doubt if those postulates were observed. Thus, this paper analyzes the compatibility of the new provisions with the Federal Constitution and other rules present in the Code of Criminal Procedure itself.*

Keywords: *Criminal Procedure. Mandatory Arrest. Anticrime Law.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico do regime de prisões cautelares “automáticas”. 3. Principiologia das prisões cautelares. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho busca examinar a compatibilidade das hipóteses de prisão preventiva obrigatória introduzidas pela Lei 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) com a Constituição Federal e os princípios que regem as medidas cautelares de natureza pessoal dentro do processo penal brasileiro.

Como é sabido, na ADPF 347 o Supremo Tribunal Federal declarou a situação carcerária do Brasil como um “estado de coisas inconstitucionais”, com violações constantes a direitos fundamentais, inclusive por culpa e omissão do Estado. Segundo dados do Infopen (2019), em dezembro de 2019 cerca de 29,75% da população carcerária brasileira era composta por presos que aguardam julgamento, o que revela que a prisão preventiva é um fator de peso nos índices do encarceramento.

As mazelas de nosso sistema prisional certamente não distinguem entre presos provisórios e definitivos, e é pensando no fenômeno do superencarceramento e nas possíveis

⁸⁹ Bacharela em Direito (UEM); Assistente de Juiz (TJPR); Maringá, Paraná, Brasil; vitoriapiffercolombo@gmail.com

violações a princípios basilares do processo penal que a popularização das prisões preventivas *ex lege* acende um alerta.

Sendo assim, abordar-se-á a evolução histórica do regime de prisões cautelares, analisando como o instituto se comportou ao longo do tempo e qual era o momento político que influenciou as diversas alterações legislativas relacionadas ao tema.

Verificado este panorama histórico-político, passar-se-á ao exame dos princípios constitucionais e processuais penais que refletem na esfera das prisões processuais, chamando-se a atenção ao dever que cada um deles impõe.

Em seguida, analisar-se-á a interação entre discurso político e as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019, bem como o relacionamento destas com a trama principiológica que norteia o cárcere provisório.

2. Histórico do Regime de Prisões Cautelares “Automáticas”

Nesta parte inicial, realizar-se-á um tracejado histórico da evolução do regime de medidas cautelares de natureza pessoal, a fim de se compreender a ascensão, a decadência e o ressurgimento constante da prisão preventiva “automática”, ou, em outros termos, os fundamentos das pretensões legislativas de se criar hipóteses de liberdade provisória proibida. As limitações próprias deste trabalho não permitem, no entanto, colecionar todas as alterações ocorridas em matéria de prisão cautelar; todavia, selecionar-se-ão as mais relevantes para a compreensão da evolução do instituto.

De um modo geral, o cenário político que circunda a trajetória da promulgação do Código de Processo Penal de 1941 guarda muita similaridade com aquela trilhada pelo Código de Processo Penal italiano de 1930, o *Codice Rocco*. Ambos os diplomas legais foram desenvolvidos no momento em que regimes totalitários ascendiam pelo mundo, à margem do Estado de Direito, num contexto marcado pela crise do pensamento liberal e pela rejeição aos ideais democráticos. Na ideologia fascista, valorizava-se um eficientismo estatal, materializado por meio da concentração de poderes, com o pretexto de se combater as adversidades naturalmente decorrentes do jogo democrático, as quais, ao ver de seus defensores, atrasariam a prosperidade da nação, sendo certo que este protagonismo do Estado influenciou a atividade legiferante da época.

No Brasil, o CPP nasce durante o Estado Novo, sob a égide da Constituição Federal de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, na qual havia a previsão de que o processo legislativo se daria por iniciativa do Executivo (NUNES, 2016). Aproveitando-se da “facilidade” decorrente

da quase nula interferência do Parlamento, a formulação de leis ficou concentrada em comissões de juristas capitaneadas pelo Ministério da Justiça (assim como ocorreu na Itália com Rocco e Manzini), o que acabou por imprimir a personalidade do governo às leis, de modo que “o ato de legislar era, portanto, sinônimo de reforço da autoridade do regime” (NUNES, 2016, p. 168).

Dentro do ideário totalitarista, um Estado forte era aquele que dispunha de mecanismos de controle social, sendo a lei um deles, já que valeria tanto para a imposição de ordem e disciplina, como para a manutenção do poder, sem olvidar que a afirmação da lei funcionava como a afirmação do próprio sistema (GIACOMOLLI, 2015). À vista de tais objetivos, nada mais conveniente do que moldar à própria maneira o sistema criminal, e é nesta linha que se naturalizaram no processo penal constantes subversões de direitos e garantias individuais – notadamente, a liberdade – em nome do bem comum ou da segurança coletiva.

Percebia-se desde a gênese da persecução penal uma tendência de neutralização do acusado, compreendido como um inimigo público, cuja única forma de correção seria a intervenção brusca do Estado, conforme a convicção de que aos agentes públicos caberia fazer o bem e a justiça por meio da punição, numa acepção educativa do totalitarismo (GIACOMOLLI, 2015).

O tratamento dado pela redação original do CPP às medidas cautelares de natureza pessoal não escapa dessa lógica: a dinâmica cautelar se resumia à concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, esta última em escassas situações, ou à permanência do acusado no cárcere durante todo o processo, inclusive podendo ter sua prisão decretada de ofício pelo juiz. Aqui surge o que se convencionou chamar de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro (CRUZ, 2011).

Especificamente sobre a prisão preventiva, quando promulgado, o art. 312 do CPP previa sua obrigatoriedade nos crimes apenados com pena máxima igual ou superior a dez anos de reclusão, sem dar qualquer margem de discricionariedade ao magistrado, cujo único exercício de cognição seria a verificação dos indícios do crime, pois, havendo a presença destes, não existiria espaço para qualquer análise sobre a conveniência ou necessidade da medida (NORONHA, 1966, apud GLOECKNER, 2018).

O cárcere provisório também era consequência da prolação de sentença condenatória recorrível e da decisão de pronúncia, conforme redação original dos arts. 313, I e 408, §1º, do CPP, respectivamente. Não suficiente, o sistema recursal igualmente estava impregnado de comandos de segregação “automática”: o art. 594 previa que o réu não poderia apelar sem

recolher-se à prisão; por sua vez, o art. 585 enunciava que o réu não poderia recorrer da pronúncia senão depois de preso, salvo se prestasse fiança, quando cabível; por fim, o art. 596 anunciava que a apelação da absolvição não impediria que o réu fosse colocado imediatamente em liberdade, mas apenas quando fosse absolvido de delitos apenados com pena inferior a oito anos de reclusão. Como se vê, na grande maioria dos casos o direito de recorrer era condicionado ao recolhimento à prisão, em nítida supressão ao efeito suspensivo dos recursos e aniquilação da presunção de inocência.

O alargamento do uso da prisão cautelar veio escancarado na Exposição de Motivos do CPP. Francisco Campos, então Ministro da Justiça do Governo Vargas, consignou, no capítulo referente às prisões, que:

O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este. (CAMPOS, 1941, p. 4)

Ainda, como bem relembra Gloeckner (2018), parcela da doutrina da época considerava a prisão preventiva benéfica ao acusado, uma vez que garantiria a presença em todos os atos do processo para se defender, ou então, serviria para resguardar sua integridade física, eis que evitaria o linchamento público. Segundo o mesmo autor, esses argumentos estão inseridos em uma inversão retórica característica dos regimes autoritários, em que o Estado dissimula sua sobrepujança com um discurso de proteção universal.

Avançando na história, o regime cautelar permaneceu praticamente intocado até a vinda da Lei 5.349 de 1967, que revogou a prisão obrigatória do art. 312 e acrescentou ao referido dispositivo os elementos de cautelaridade antes previstos na redação original do art. 313 do CPP, que tratavam das situações de prisão preventiva facultativa.

Mais adiante no regime militar, se nota um paulatino afrouxamento da rigidez outrora estabelecida pelo Código: a Lei 5.941/73 alterou os arts. 408 e 594, passando a prever a possibilidade de o réu recorrer em liberdade, se primário e de bons antecedentes. Em respeito à concretização do direito à memória, acredita-se ser pertinente ressaltar que, apesar de ter sido considerada um avanço, a referida lei foi aprovada a toque de caixa pelo Congresso Nacional que, alinhado ao regime, tinha o intuito único de evitar que Sérgio Paranhos Fleury, delegado encarregado pelo DOPS paulista, fosse recolhido à prisão após condenação no caso “Esquadrão da Morte” (MEMORIAL DA DEMOCRACIA, s. d.).

No ano de 1990, já na vigência da CF/88 e em tendência contrária à flexibilização que

até então se observava, foi promulgada a Lei nº 8.072, que, além de dar vida ao comando constitucional de criação dos crimes hediondos, também vedava em seu art. 2º, inciso II, a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança aos delitos desta espécie.

No mesmo ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a resolução Nº 45/110, conhecida como Regras de Tóquio, na qual, objetivando arrefecer a dinâmica do encarceramento, congregaram-se disposições mínimas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Na seção referente à fase que antecede o julgamento, mais precisamente nos itens 6.1 e 6.2, se recomendou a utilização da prisão preventiva como último recurso e somente enquanto subsistirem os motivos que a ensejaram. Apesar de não ter força de lei, as Regras de Tóquio influenciaram diversas produções legislativas nacionais de tendência descarcerizadora, como a Lei nº 9.099/1995 (GOMES, 2000).

Malgrado a década de 1990 e o início dos anos 2000 no Brasil sejam marcados pela edição de importantes leis penais especiais que revelaram um expansionismo do direito penal, vale observar que se nota a ocorrência paralela de um movimento pela valorização das medidas alternativas ao cárcere e a limitação da incidência da prisão preventiva, não sendo incoerente, portanto, reconhecer a concorrência dos dois fenômenos (LOBO; LIMA, 2018).

Prosseguindo, a reforma operada no CPP pelas Leis 11.719/2008 e 11.689/2008 extinguiu as hipóteses remanescentes de prisão cautelar decorrente da pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, além de estabelecer que o juiz decidirá, fundamentadamente, na sentença, sobre a imposição ou manutenção da prisão. Posteriormente, a Lei 12.403/2011 trouxe ao bojo do diploma processual penal ao menos nove medidas cautelares diversas da prisão (art. 319), conferindo mais opções ao magistrado e superando a escolha maniqueísta entre o cárcere e a liberdade provisória. Não obstante, inseriu-se a expressão “medidas cautelares” ao título IX do CPP, que passou a ser denominado como “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”.

Com a Lei 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), foram introduzidas diversas reformas em matéria de medidas cautelares pessoais, muitas delas consideradas progressistas, como a adição de novos parágrafos aos arts. 312 e 315 do CPP e a obrigatoriedade de revisão periódica da prisão preventiva (art. 316, parágrafo único). Contudo, ao mesmo tempo que trouxe importantes avanços, houve o restabelecimento de ao menos duas hipóteses de prisão decorrente da lei: o §2º do art. 310 do CPP passou a prever que o juiz deve denegar a liberdade provisória, análise da prisão em flagrante, se o agente for reincidente, integrar organização criminosa armada ou milícia, ou se portar arma de uso restrito; por sua vez, o art. 492, I, ‘e’, tornou obrigatório o recolhimento à prisão do réu condenado em primeira instância

a pena igual ou superior a quinze anos nos crimes de competência do Tribunal do Júri.

Em conclusão, vê-se que a redação original do CPP cultivava uma tendência forte de combate ao acusado por meio da privação provisória da liberdade. A breve exposição histórica apresentada demonstrou que tal disposição autoritária se flexibilizou e se modernizou ao longo do tempo, mas aparenta ter retornado com a nova redação do art. 310, §2º do CPP, a qual se crê ser uma expressão de um “ambíguo garantismo inquisitório” (GIACOMOLLI, 2015, p. 164) que, na verdade, não quer se descolar das raízes ideológicas cravadas em 1941.

3. Princiologia das Prisões Cautelares

Vale esclarecer, desde já, que este tópico não se presta a exaurir a análise de todos os princípios referentes às prisões cautelares. Buscar-se-á, entretanto, elucidar os mais importantes para a compreensão da crítica a ser tecida, mormente aqueles relativos à atividade do magistrado no momento em que decreta a prisão.

Iniciamos a exposição com o princípio da presunção de inocência, fundamental em qualquer sistema processual que se defina como acusatório. Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da presunção de inocência está consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, quando este prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Referido princípio também encontra substrato convencional, estando previsto no art. 11, da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, bem como no art. 8º, §2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

É importante mencionar que pelo fato de a Constituição Federal utilizar o termo “culpado” enquanto os documentos internacionais, em sua maioria, usam a palavra “inocente”, há quem faça a distinção entre presunção de não culpabilidade e presunção de inocência. Todavia, para os fins deste artigo, as duas expressões serão utilizadas de forma sinônima, seguindo a posição que diz se tratar de mera diferença terminológica (BADARÓ, 2003).

A presunção de inocência pode ser analisada sob quatro aspectos: como garantia política, como regra de juízo, como regra probatória e como regra de tratamento. Visto como garantia política, o referido princípio é uma das vias pelas quais se protege o direito fundamental à liberdade, pois, no mesmo instante que se comina um estado geral de inocência, é imposto o dever de se passar pelo devido processo para ver aquela liberdade limitada (BADARÓ, 2003). Esta limitação, via de regra, só decorre da condenação definitiva,

que nada mais é do que a perda legítima do *status* de inocente. Sendo assim, ousamos dizer que a presunção de inocência se trata também de uma garantia existencial, visto que em último grau busca preservar a liberdade, condição inerente à vida humana.

Como regra de juízo, estabelece o *in dubio pro reo*, que confere ao acusado o benefício da dúvida nas situações de incerteza judicial, além de tecer critérios de suficiência e qualidade probatória (*standards*), impondo que uma condenação só é válida quando subsidiada por provas que ultrapassem a dúvida razoável. Autores como Lopes Jr. (2021) entendem que, de forma antecedente e destacada da regra de julgamento, o mencionado princípio opera como norma probatória, pois, devido ao prévio estado de inocência, faz incumbir à acusação o ônus de comprovar a prática do crime em todas as suas circunstâncias, não sendo tarefa do réu fazer o oposto.

Esclarece-se que embora em muitas ocasiões a regra de juízo e a regra probatória sejam tratadas de forma conjunta pela doutrina, compartilhamos o entendimento de que a primeira se difere da última devido à sua natureza subjetiva, pois se relaciona com a atividade de apreciação e valoração da prova, ao passo que a segunda prescreve um modelo de construção de prova, processo de ordem objetiva.

Mais importante para o tema aqui abordado é a presunção de inocência enquanto regra de tratamento. Nessa faceta, é dever do juiz garantir que o acusado não seja tratado como culpado até eventual condenação definitiva, o que abrange desde a parcimônia no uso dos mecanismos processuais de coerção até a proteção da imagem e vida privada do acusado a fim de se evitar excessiva exploração midiática, em uma verdadeira função extraprocessual (LOPES JR., 2021).

Esta garantia de tratamento redonda em outra de igual importância, a excepcionalidade do cárcere provisório, que está insculpida tanto na Constituição Federal (art. 5º, LXVI) como no CPP (art. 282, §6º). O caráter de *ultima ratio* obriga que a decretação de toda prisão processual esteja “fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero” (BADARÓ, 2015, p. 58).

Impossível não questionar de que modo a prisão cautelar, ainda que excepcional, é compatível com a presunção de inocência, especialmente ao se pensar que, na prática, o acusado segregado vivencia na pele os mesmos efeitos de uma condenação em regime fechado. No entanto, reunimos aqui três argumentos que buscam reforçar a coexistência dos dois institutos.

Primeiramente, a presunção de inocência, como os demais princípios, não é absoluta.

Ela admite relativizações excepcionais, desde que presente uma necessidade cautelar (LOPES JR, 2021). Em segundo lugar, advoga-se que tanto a presunção de não culpabilidade como as prisões cautelares gozam de previsão constitucional, e, sendo normas de mesmo nível hierárquico, podem conviver harmonicamente dentro do mesmo complexo normativo (LIMA, 2020).

O último argumento, ao qual queremos conferir especial relevância, trata da primazia do panorama político da presunção de inocência. Valendo-se de uma ótica estritamente lógica, parece mesmo incoerente sustentar que a prisão preventiva respeita o dever de tratamento, sobretudo porque para a deflagração da ação penal é imprescindível a presença da justa causa, que nada mais é do que a existência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, categorias que inevitavelmente traduzem um juízo de possível responsabilidade penal daquele que será submetido ao devido processo.

Todavia, objetivando superar a controvérsia, grifamos as palavras de Cruz (2011, p. 73), para quem “a presunção de não-culpabilidade deve ser vista como uma presunção de natureza política, e não meramente jurídica e muito menos lógica”, pois o cerne do princípio é a garantia de um direito individual, que deve ser assimilado e reafirmado de forma despreendida do eventual resultado do processo. Deste modo, pouco importa se o acusado foi considerado culpado ou inocente ao final, mas é substancial que ele tenha sido tratado como inocente até a superveniência da decisão judicial definitiva.

Em síntese, no que se relaciona às prisões cautelares, a presunção de inocência é referencial limitador de seu uso, pois ordena um dever de tratamento que impõe que a prisão deve ser usada de forma excepcional, quando existirem fundamentos concretos e contemporâneos que a justifique. Esta exigência de concretude da necessidade cautelar se relaciona a duas outras normas: o princípio da jurisdicionalidade e o dever de fundamentação.

Em matéria de prisão cautelar, a Constituição Federal positivou o princípio da jurisdicionalidade por meio do art. 5º, LXI, que expressa que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”. Significa dizer que toda e qualquer medida que tenha o condão de privar a liberdade do indivíduo, em maior ou menor grau, deverá passar pelo crivo do Poder Judiciário, que, na figura do juiz, analisará se estão presentes os requisitos e os fundamentos para tanto.

A lei delegou exclusivamente ao magistrado o poder de limitar certas garantias individuais, como a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações telefônicas. A fixação de tais cláusulas de reserva de jurisdição constitui uma manifestação típica do Estado Democrático de Direito, o qual, ao atribuir à figura do juiz a

tutela das liberdades públicas, objetiva preservar os direitos do indivíduo em face de seu próprio poder (LIMA, 2020).

A exigência de intervenção do Poder Judiciário remete mais uma vez à acepção política da presunção de inocência, no sentido de que o uso de medidas restritivas aos referidos direitos deve operar sob a perspectiva da exceção e em atenção ao devido processo legal, visto que o exercício pleno daqueles é a regra. À vista disso, entendemos que a jurisdiicionalidade funciona como uma barreira ao arbítrio, já que dificulta a restrição da liberdade por meios que não a via judicial, sem esquecer que as manifestações do Poder Judiciário, ao menos em tese, são acompanhadas pelas garantias da imparcialidade e do juiz natural.

A jurisdiicionalidade está umbilicalmente ligada ao dever de fundamentação, que, por sua vez, está consignado no art. 93, IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. A razão de ser da fundamentação das decisões judiciais se divide em dois aspectos: um endoprocessual e outro extraprocessual.

Sob o enfoque endoprocessual, a motivação atua como uma garantia para as partes, eis que as permite compreender de forma adequada as razões de decidir do magistrado, tornando-lhes possível substrato suficiente para impugnar a solução judicial adotada – o que, aliado ao duplo grau de jurisdição, expressa-se como o controle do Estado sobre sua própria atividade (BADARÓ, 2015).

Conforme uma perspectiva extraprocessual, a exigência de fundamentação ocupa uma função eminentemente política, pois, junto com o princípio da publicidade, possibilita o controle social – e, portanto, democrático – da forma que o juiz administra a justiça (GOMES FILHO, 2013; BADARÓ, 2015). Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 492 apud CRUZ, 2011, p. 86), funciona como uma “garantia de segundo grau” ou “garantia das garantias”.

Num recorte específico sobre a prisão cautelar, a necessidade de fundamentação é reforçada pelos arts. 283, *caput* e 315, *caput*, do CPP, que utilizam as expressões “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária” (reprodução literal do art. 5º, LXI, CF) e “decisão [...] sempre motivada”, respectivamente. A decisão que decreta a prisão cautelar deve apontar a existência dos requisitos do *carcer ad custodiam*, quais sejam, a prova da materialidade e os indícios de autoria, além de expor as premissas fáticas das quais decorre a necessidade cautelar, que deve ser concreta, conforme exige o §2º do art. 312, CPP, instituído pela Lei 13.964/2019.

Apesar de já estar previsto com amplitude no CPP, a Lei 13.964/2019 reforçou o dever

de motivação ao acrescentar o §2º ao art. 315 do CPP, que, valendo-se da redação do art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, enumera as hipóteses em que não se considera fundamentada a decisão judicial.

Ao apontar na letra da lei os vícios que tornam inidônea a fundamentação de uma decisão, entendemos que o legislador buscou fortalecer o dever de a prisão cautelar de fato possuir caráter cautelar, pois não raro são decretadas com o emprego de conceitos vagos como a “garantia da ordem pública” que, por vezes, camuflam uma ordem de segregação baseada em temores abstratamente presumidos.

Para encerrar a exposição feita acima e facilitar a compreensão da crítica que será tecida às prisões “automáticas”, concluímos que o dever decorrente de cada princípio abordado pode ser representado pela seguinte proposição: a prisão cautelar é medida excepcional que só pode ser decretada, de forma fundamentada, pelo magistrado, quando presente uma situação concreta e contemporânea de perigo processual.

4. Crítica do Ressurgimento da Prisão *Ex Lege* no CPP

De início, ressaltamos que a análise crítica obedecerá a sequência das considerações apresentadas nos tópicos acima, se iniciando com uma reflexão de ordem histórica e política e sendo finalizada com outra de cunho principiológico e constitucional.

Iniciamos a exposição reconhecendo que a Lei 13.964/2019 trouxe importantes avanços, a exemplo da consagração, no CPP, do sistema acusatório (art. 3º-A), antes implícito na Constituição Federal, a instituição do juiz das garantias e a vedação da decretação de ofício da prisão preventiva em qualquer fase da persecução penal (nova redação do art. 311, CPP). Embora a referida lei, em linhas gerais, tenha reverberado de forma oposta ao que foi originalmente pretendido pelo Executivo, parece ter destoado deste espírito “contestador” a aprovação dos arts. 310, §2 e 492, I, ‘e’, do CPP da forma como estavam previstos no projeto original.

O restabelecimento de novas hipóteses de prisão cautelar *ex lege*, guarda similaridade com o discurso político de combate ao acusado que inspirou a gênese do CPP em 1941. Como exposto no primeiro capítulo, a ideologia totalitária buscava submeter o homem às vontades do Estado – ente capaz de ditar em absoluto os caminhos para se atingir o bem comum –, funcionando o processo penal como um mecanismo de controle, punição e educação de quem se desviasse deste caminho.

Para além desta compreensão educativa do totalitarismo, justificou-se a supressão de

toda sorte de direitos individuais na esfera criminal por uma necessidade de reafirmação da lei e da ordem, e a primeira, quando aplicada exemplarmente, representaria o triunfo do Estado sobre um inimigo público. Desta forma, a detenção provisória era um meio quase instantâneo de reafirmar o controle estatal e de oferecer uma resposta punitiva à sociedade.

O discurso da lei e da ordem se modernizou e atualmente passou a ter a segurança pública e o combate à impunidade no eixo central das justificativas para o recrudescimento de institutos como a prisão preventiva, em prejuízo do *status* de liberdade do cidadão. Basta ver a exposição de motivos da Lei 13.964/2019, em que o Executivo, representado por seu autor, o então Ministro da Justiça Sérgio Moro, justifica as alterações propostas em um suposto fenômeno designado como “a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública” (MORO, 2019).

O emprego de uma emergência pública como subterfúgio para o “endurecimento” das leis penais é uma típica expressão de Estados que agem sob influência do populismo penal, em que o direito e o processo penal são acionados para tranquilizar aqueles que se sentem afoitos por conta de tal emergência, além de ser uma forma do Poder Público demonstrar que está engendrando esforços para remediar a situação, o que, muitas vezes, está atrelado a pautas eleitoreiras. Nesta linha, o alargamento do uso da prisão preventiva se mostra muito conveniente, já que é uma forma rápida de atender ao clamor público e mostrar que a ordem social está sendo restabelecida.

Todavia, esse movimento de adotar a punição como primeira estratégia para o enfrentamento dos mais diversos problemas é ineficaz e imediatista, já que ignora a busca por soluções a longo prazo, as quais certamente não estão atreladas ao uso do direito penal. Não obstante o fracasso a curto e a longo prazo, as prisões “automáticas” suprimem uma série de garantias muito caras ao processo penal e à ordem constitucional, como a presunção de inocência, a jurisdicionalidade e o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Como dito no segundo capítulo, a presunção de inocência enuncia que o acusado não deve ser tratado como culpado até ser definitivamente condenado e, admitindo-se válida a coexistência com as prisões cautelares, a regra de tratamento dela decorrente impõe o uso moderado de qualquer medida processual de coerção.

Fixada a premissa de que da presunção de inocência emana o princípio da excepcionalidade, fica claro que a prisão preventiva somente deve ser manejada quando as demais medidas previstas no CPP se mostrarem insuficientes e em casos que conclamem extrema necessidade de segregação, desde que baseados em indícios concretos de risco ao processo. Esta é a primeira barreira para a existência de prisões obrigatórias, pois, como

estabelecer como regra uma providência que deve ser pautada pela exceção?

Por muito tempo a prisão *ex lege* era aceita pelos tribunais superiores com base no próprio art. 5º, LXVI, da CF, uma vez que se ninguém seria preso quando a lei admitisse a liberdade provisória, poderia, por outro lado, ser recolhido ao cárcere quando esta mesma lei vedasse a concessão da contracautela (LIMA, 2020). Entretanto, entendemos que o inciso LXVI deve ser interpretado sistematicamente, em atenção ao teor dos demais dispositivos constitucionais que regulam a matéria – especialmente os incisos LVII e LXI do art. 5º –, pois, do contrário, a prisão preventiva se desvincularia de seu objetivo exclusivamente processual.

Ao prever situações de cárcere automático, a mensagem transmitida pelo legislador é quase que a de uma presunção de culpa do imputado, pois ele será segregado ainda que inexista uma hipótese indicando a necessidade da medida. E assim, qualquer espécie de prisão *ante tempum* que se encontre afastada desta finalidade cautelar ensejará indevida execução antecipada da pena (PENTEADO, 2021). Inclusive, o legislador confessou tal intenção na nova redação do art. 492, I, ‘e’, do CPP, ao tentar encaixar como prisão cautelar uma forma de se executar provisoriamente a pena nos crimes sujeitos ao rito do Tribunal do Júri.

Sendo assim, as inovações dos arts. 492, I, ‘e’ e 310, §2º, do CPP, bem como a instituição de qualquer outra forma de prisão preventiva obrigatória, padecem de flagrante inconstitucionalidade porque infligem ao acusado um tratamento como se condenado fosse, sem haver, necessariamente, uma situação de cautelaridade justificando este tratamento, o que ofende diretamente a presunção de não culpabilidade.

No caso específico do art. 492, I, ‘e’, listamos que a inconstitucionalidade também ocorre porque, ao autorizar o recolhimento à prisão após decisão do plenário, sem prejuízo da interposição de eventuais recursos, se criou implicitamente uma gradação ao princípio da presunção de inocência, que tem um marco muito bem delimitado pela CF – até o trânsito em julgado, não admitindo, portanto, mitigações ao longo das fases do processo.

Em relação à jurisdicionalidade, rememoramos a proposição formulada no final do segundo capítulo, segundo a qual a prisão cautelar “só pode ser decretada, de forma fundamentada, pelo magistrado, quando presente uma situação concreta e contemporânea de perigo processual”. Na posição de único legitimado a emitir uma ordem prisional, cabe ao juiz analisar se naquele caso concreto estão presentes os requisitos e os fundamentos da custódia cautelar.

Ao estabelecer condicionantes como reincidência e *quantum* de condenação para vedar a concessão de liberdade provisória, o Poder Legislativo comete uma verdadeira “usurpação

de competência”, pois retira do magistrado o poder de dizer o direito no caso concreto (jurisdição), ensejando assim o esvaziamento da atividade judicial, pois reduz o juiz ao papel de mero executor de um comando legislativo que, prévia e abstratamente, sugere um suposto risco ao processo que, por imposição legal, deve ser concreto e contemporâneo.

Por fim, no que se relaciona ao dever de fundamentação, se o conteúdo da nova redação dos arts. 310, §2º e 492, I, ‘e’, for seguido à risca, seria possível sustentar, sem maiores problemas, decisões denegatórias da liberdade fundamentadas com a simples remissão aos referidos dispositivos legais.

Contudo, o art. 315, §2º, do CPP – frise-se, também acrescentado pela Lei 13.964/2019 –, estipula que não se consideram fundamentadas as decisões que se limitem “à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”. Ou seja, as decisões que decretam a prisão preventiva devem demonstrar com concretude os motivos que a subsidiam, daí se notando mais uma inconsistência na tentativa de se restabelecer as prisões “automáticas”.

Segundo Badaró (2015, p. 61), o conteúdo da fundamentação compreende “(1) o enunciado das escolhas do juiz relativamente; (1.1) à individualização das normas aplicáveis; (1.2) à análise dos fatos; (1.3) à qualificação jurídica dos fatos; (1.4) às consequências jurídicas desta qualificação; (2) aos nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados”.

Com as prisões obrigatórias, a atividade cognitivo-judicial seria paralisada já no início, prejudicando o avanço para as etapas seguintes, visto que, para a emissão do título prisional, se dispensaria o exame dos fatos dos quais decorreria a necessidade de segregação, restando apenas “o enunciado das escolhas do juiz”. O cotejo fático ficaria restrito tão somente à verificação da prova da materialidade e dos indícios de autoria.

Deste modo, considerando que (i) a fundamentação contendo a simples indicação dos dispositivos que autorizam a prisão não é considerada idônea pelo art. 315, §2º, CPP, e que (ii) as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas (art. 93, IX, CF), sobretudo aquelas que decretam a prisão preventiva (art. 5º, LXI, CF e art. 283, *caput*, CPP), que (iii) devem indicar concretamente os fatos que justifiquem sua adoção (art. 312, §2º, CPP), difícil não concluir pela inconstitucionalidade das novas hipóteses de prisão *ex lege*, por afronta à garantia da motivação.

5. Considerações Finais

Da exposição realizada, percebe-se que os motivos por trás do ressurgimento das

prisões *ex lege* conservam a essência do discurso inquisitorial que dominava a produção legislativo-criminal do Brasil na década 1940. Apesar desse discurso ter se atualizado e flexibilizado na medida em que o Estado de Direito foi se reerguendo, ainda se nota uma preocupação de mostrar à sociedade que a lei está “valendo”. A fórmula constantemente se repete: usa-se um problema de ordem pública para autorizar o aumento do âmbito de incidência de alguns institutos, especialmente a prisão preventiva.

Ao reviver a prisão obrigatória, o legislador parece ter esquecido que o Estado de Direito e, principalmente, a aceção política da presunção de inocência, cominam que a liberdade é a regra, de modo que nem mesmo um processo criminal justifica a supressão desarrazoada deste direito. Assim sendo, elenca-se ao menos três aspectos em que os arts. 310, §2º e 492, I, ‘e’ do CPP parecem atentar contra a presunção de não culpabilidade: (i) há violação ao dever de tratamento; (ii) torna-se regra uma medida que deve ser excepcional e (iii) o caráter instrumental é substituído pela antecipação da pena.

No que concerne à jurisdicionalidade, os referidos artigos furtam do juiz a verificação da conveniência e da necessidade da medida, aparentando ter ocorrido uma confusão entre as atribuições constitucionais dos poderes Legislativo e Judiciário. Esta troca de papéis gera uma série de prejuízos ao jurisdicionado, pois o juiz assume uma função meramente homologatória, sem margem de discricionariedade para decidir em sentido oposto quando assim entender.

Por derradeiro, a prisão “automática” também se revela inconstitucional por afronta ao dever de motivação contido no art. 93, IX, CF, já que as decisões lastreadas unicamente nas hipóteses que o legislador veda a concessão da liberdade provisória não seriam consideradas fundamentadas segundo os critérios tecidos tanto pela própria CF como pelo CPP. A consequência direta da decisão carente de fundamentação é o reconhecimento de sua nulidade, conforme art. 564, V, do CPP.

6. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 dez. 2021.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 07 dez. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Publicação Original.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111689.htm>. Acesso em: 05 dez. 2021.

_____. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111719.htm>. Acesso em: 05 dez. 2021.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 06 dez. 2021.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. **Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5349-3-novembro-1967-59044-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. **Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/l5941.html>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), 2019.** Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 20 jan 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ADPF 347. ADPF nº 347.**

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015. Disponível

em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>.

Acesso em: 20 jan. 2022.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1941.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar-Dramas, Princípios e Alternativas-Com a Lei 12.403/11**. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOBO, Júlio César Matias; LIMA, Renata Albuquerque. **A prisão cautelar no direito brasileiro: uma ampliação ope iudicis a partir de uma visão da nova hermenêutica constitucional**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 142, p. 209-239, abr. 2018. Disponível em:

<http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143497>. Acesso em: 3 out. 2021.

LOPES JR., Aury Lopes. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MEMORIAL DA DEMOCRACIA. **Nova Lei Penal Salva O Delegado Fleury**. s. d., s.l. Disponível em: <<http://memorialdademocracia.com.br/card/nova-lei-penal-salva-o-delegado-fleury>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

MORO, Sergio Fernando. Subchefia de assuntos parlamentares. **EM nº 00014/2019 MJSP**. Brasília, 2019. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm> Acesso em: 17 jan. 2022.

NUNES, Diego. **Processo legislativo para além do parlamento em Estados**

autoritários: uma análise comparada entre os códigos penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. Sequência (UFSC), v. 37, p. 153-180, 2016.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Regras de Tóquio, 1990.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 07 dez. 2021.

PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. **A Lei 13.964/2019 e a prisão processual ex lege no Tribunal do Júri.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 29, n. 343, p. 13-15, jun. 2021.