



**UNIANCHIETA**

Revista de

# DIRRETTO PENNAL E PROCCESSO PENNAL

ISSN \_\_\_\_\_

## **FICHA TÉCNICA**

**Revista de Direito Penal e Processo Penal ISSN aguardando, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019**

**Capa:** Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

**Editoração e Diagramação:** Gláucia Satsala

**Revisão:** Isabel Cristina Alvares de Souza

**Editora:** UNIANCHIETA

**Prof. Me. João Antonio de Vasconcellos**

*Diretor Acadêmico*

**Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada**

*Coordenador do Curso de Direito*

**Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo**

*Coordenador-adjunto do Curso de Direito*

**Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova**

*Coordenador-Geral das Revistas Temáticas*

*FADIPA – UNIANCHIETA*

**Prof. Me. Sebastião Augusto de Camargo Pujol**

*Coordenador da Revista de Direito Penal e Processo Penal*

## **CONSELHO EDITORIAL**

**Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada** (FADIPA, TJSP)

**Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. \_\_\_ Jefferson Barbin Torelli** (Curso de Direito da FADIPA, Juiz de Direito)

**Prof. Me. João Carlos José Martinelli** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. Dr. João Paulo Orsini Martinelli** (Instituto de Direito Público de São Paulo  
IDP/SP e IBCCRIM)

**Prof. Me. Juliana Caramigo Gennarini** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. Me. Luiz Gustavo Fernandes** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova** (PUC/SP, USF e FADIPA)

**Prof. Me. Sebastião Augusto de Camargo Pujol** (Curso de Direito da FADIPA)

## SUMÁRIO

<b>Apresentação.....</b>	<b>3</b>
	<i>Sebastião Augusto de Camargo Pujol</i>
<b>Efetivação de direitos e audiências de custódia: um olhar convencional sobre efetividade de garantias constitucionais.....</b>	<b>6</b>
	<i>Daiane Moura de Aguiar e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth</i>
<b>Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual.....</b>	<b>31</b>
	<i>João Paulo Orsini Martinelli</i>
<b>Colaboração premiada ou delação premiada?.....</b>	<b>53</b>
	<i>Juliana Caramigo Gennarini</i>
<b>Prisões cautelares.....</b>	<b>66</b>
	<i>Luiz Gustavo Fernandes</i>
<b>O caso do homem que ejaculou em mulher dentro do ônibus e a nova figura penal de Importunação sexual.....</b>	<b>79</b>
	<i>Luiz Gustavo Fernandes</i>
<b>Cooperação jurídica internacional: atribuições legais.....</b>	<b>88</b>
	<i>Milton Fornazari Junior</i>
<b>O incidente processual de insanidade mental do acusado e a imputabilidade penal na perspectiva integrada do direito processual penal, do direito penal e da medicina forense.....</b>	<b>102</b>
	<i>Sebastião Augusto de Camargo Pujol</i>

## APRESENTAÇÃO

Esta é a primeira edição da Revista de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí-SP – FADIPA, que neste ano completa meio século de existência. O crescimento da cidade – que desde 2011 centraliza o Aglomerado Urbano de Jundiaí-AUJ – desnudou a carência de profissionais das mais diversas áreas científicas, o que fez com que os dirigentes da mantenedora Escolas Padre Anchieta, em seus mais de 60 (sessenta) anos de atividade, fossem criando inúmeros cursos superiores de acordo com os parâmetros curriculares nacionais estabelecidos pelo MEC.

Em 2004 a instituição foi elevada ao *status* de organização acadêmica de Centro Universitário, Centro Universitário Padre Anchieta – UNIANCHIETA, com maior autonomia de gestão e responsabilidade para formar bacharéis qualificados ao cada vez mais disputado mercado de trabalho jurídico. E foi assim que esta respeitada Instituição de Ensino Superior a que me vinculo há 11 (onze) anos me honorificou com a incumbência de apresentar a primeira edição desta Revista.

O escopo desta edição é o fomento de discussões sobre as relações entre o Direito Processual Penal, o Direito Penal, o Direito Constitucional e o Direito Internacional, com os olhos voltados para a realidade que nos circunda na perspectiva do Direito como razão prática, como tecnologia voltada à solução de problemas práticos.

Nas palavras de Lourival Vilanova, “o jurista é o ponto de intersecção entre a teoria e a prática, entre a ciência e a experiência”. A capacitação acadêmica e experiência profissional dos autores dos artigos publicados nesta revista faz com que o leitor possa navegar entre o laboratório da teoria e a oficina da prática, robustecendo a lição do citado jusfilósofo. E isso é o que emerge sinteticamente da leitura dos artigos, como os leitores poderão comprovar oportunamente.

A programação da Revista é de que esta tenha edições semestrais, com novos textos produzidos pelos operadores do Direito Penal e do Direito Processual Penal. E para viabilizar esse objetivo, reuniram-se no Corpo Editorial juristas de escol, de variadas formações, todos titulados e focados na produção científica do Direito, refletindo verdadeiro pluralismo jurídico de ideias e de concepções pedagógicas, em obediência ao preceito constitucional positivado no artigo 206, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Esta primeira edição conta com 07 (sete) artigos, versando sobre Direito Processual Penal e Direito Penal, que complementam temáticas de sala de aula em busca da melhor capacitação discente, tendo como fio condutor a categoria lógica e metodológica fundamental de estudo do processo penal e do direito penal à luz da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

Os artigos foram organizados por ordem alfabética dos autores.

O primeiro artigo, intitulado *Efetivação de direitos e audiências de custódia: um olhar convencional sobre efetividade de garantias constitucionais*, discute o controle de convencionalidade cujo marco inicial foi o *leading case* oriundo da decisão do STF no RE 466.343, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 05.06.2009, com voto majoritário conduzido pelo Ministro Gilmar Mendes, que atribuiu aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados *status* normativo supralegal, de modo que existem dois parâmetros de controle das leis ordinárias, a dizer, o controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) e o controle de convencionalidade do direito supralegal (controle difuso), ressaltando-se que esse debate foi impulsionado no direito processual penal brasileiro por conta da Audiência de Custódia prevista como garantia processual na Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (promulgada pelo Decreto Federal n.678 de 25.09.1992), no artigo 8.º, item 7.5, textualmente:

*“Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”*

O segundo artigo, intitulado *Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual*, de autoria de jovem penalista de escol, desenvolve o denominado direito penal sexual sob o prisma de importante alteração legislativa do Código Penal Brasileiro levada a efeito pela Lei n. 13.718 de 24.09.2018, escrevendo ainda sobre casos pontuais, com teoria e prática num só corpo, fazendo – nas palavras de Roberto Lyra – a dogmática jurídico-penal penetrar o abstrato no concreto.

O terceiro artigo, intitulado *Colaboração premiada ou delação premiada?*, debate a significação de disposições da Lei Federal n. 12.850 de 02.08.2013 que *define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações*

*penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, que utiliza a expressão colaboração premiada, sendo a expressão delação premiada uma expressão coloquial com o significado de chamamento de corrêu.*

Essa temática ganha contornos de maior relevância porque se trata de uma das questões de fundo da Operação Lava Jato, com aplausos e críticas oriundas das mais diversas camadas da sociedade brasileira.

O quarto artigo, sobre prisões cautelares, pontua que de acordo com o Estado Constitucional de Direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988, a liberdade é a regra e a prisão cautelar é a exceção.

O quinto artigo versa sobre *O caso do homem que ejaculou em mulher dentro do ônibus e a nova figura penal de Importunação sexual* e discute pragmaticamente recente alteração do Código Penal Brasileiro no Título dos crimes contra a dignidade sexual, impulsionada por caso recente de repercussão nacional.

O sexto artigo, sobre *Cooperação Jurídica Internacional*, desvela uma das ferramentas mais importantes de combate ao crime organizado, com explanação de como se concretiza o auxílio direto pelas Autoridades incumbidas da persecução penal.

E o sétimo artigo, sobre *O incidente processual de insanidade mental do acusado e a imputabilidade penal na perspectiva integrada do direito processual penal, do direito penal e da medicina forense*, sublinha questões teóricas e práticas sobre inimputabilidade na teoria geral do crime e sua dinâmica do processo condenatório e de execução.

Alfim, registramos nosso agradecimento aos autores dos artigos, que se dedicaram para escrever, formatar, corrigir e participar desta edição, a qual robustece ainda mais o caráter institucional da FADIPA como Instituição de Ensino Superior – IES vinculada à organização acadêmica de Centro Universitário.

Maio de 2019

***Prof. Me. Sebastião Augusto de Camargo Pujol***

Coordenador da Revista de Direito Penal e de Direito Processual Penal

**EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E  
AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: UM  
OLHAR CONVENCIONAL SOBRE  
EFETIVIDADE DE GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS**

*Daiane MOURA DE AGUIAR<sup>1</sup>*

*Maiquel Ângelo DEZORDI WERMUTH<sup>2</sup>*

**Resumo:** A atuação violenta é marca indelével das instituições que integram o sistema penal brasileiro. A consolidação do modelo de processo penal de índole garantista instituído no país a partir da abertura democrática, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda encontra resistência na cultura autoritária arraigada nas instituições que integram o sistema punitivo. Nesse ambiente, as audiências de custódia, previstas no art. 7º, apartado 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos – ratificada pelo Brasil em 1992, por meio do Decreto nº 678 –, apenas começaram a ser implementadas nas capitais brasileiras no ano de 2015, por força da edição da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Essas audiências visam à apresentação do indivíduo preso em flagrante à autoridade judiciária dentro do prazo de vinte e quatro horas a contar da lavratura do auto de prisão com a finalidade de aferir a (i)legalidade da

<sup>1</sup> Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora do curso de Graduação em Direito da Universidade Anhembi Morumbi e Pós-Graduação da Trevisan Escola de Negócios. E-mail: daianemouradeaguiar@gmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Coordenador e Professor-pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direitos Humanos – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNIJUÍ e da UNISINOS. E-mail: madwermuth@gmail.com

construção e averiguar a prática de tortura/maus-tratos. O presente artigo tem por objetivo analisar a importância do controle de convencionalidade e, reflexamente, das audiências de custódia no Processo Penal brasileiro. Para tanto, o texto encontra-se estruturado em duas partes: na primeira, busca-se apresentar o panorama atual de violação de direitos humanos no cárcere no Brasil, dando ênfase à atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que se refere ao assunto; no segundo, empreende-se uma análise do controle de convencionalidade e da audiência de custódia como condição de possibilidade para a melhoria das condições penitenciárias e humanização do processo penal no país.

**Palavras-chave:** Controle de convencionalidade; Audiência de Custódia; Garantias Constitucionais

**EFFECTIVENESS OF CUSTODIAL  
RIGHTS AND HEARINGS: A  
CONVENTIONAL LOOK AT THE  
EFFECTIVENESS OF  
CONSTITUTIONAL GUARANTEES**

**Abstract:** Violent behavior is an indelible mark of the institutions that integrate the Brazilian penal system. The consolidation of the model of criminal procedure of a guarantor nature instituted in the country after the democratic opening, with the promulgation of the Federal Constitution of 1988, still finds resistance in the authoritarian culture rooted in the institutions that integrate the punitive system. In this environment, the custody hearings, provided for in art. 7, paragraph 5, of the American Convention on Human Rights - ratified by Brazil in 1992, through Decree No. 678 - only began to be implemented in Brazilian capitals in 2015, pursuant to Resolution No. 213 of the National Council Of Justice (CNJ). These hearings are intended to present the individual arrested in flagrante to the judicial authority within a period of twenty-four hours from the drawing up of the arrest warrant in order to



assess the legality of the constriction and to investigate the practice of torture/treatment. The present article aims to analyze the importance of the control of conventionality and, reflexively, custody hearings in the Brazilian Criminal Procedure. For this, the text is structured in two parts: in the first, it seeks to present the current panorama of human rights violations in the prison in Brazil, emphasizing the performance of the Inter-American System of Human Rights with regard to the subject; In the second, an analysis of the control of conventionality and custody hearing is undertaken as a condition of possibility for the improvement of the prison conditions and humanization of the criminal process in the country.

**Keywords:** Conventionality control; Custody Hearing; Constitutional Guarantees

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A atuação violenta é marca indelével das instituições que integram o sistema penal brasileiro – como dos demais países latino-americanos<sup>3</sup>. Herança da colonização ibérica, reforçada pelo longo período em que o país viveu sob regime ditatorial, a inquisitorialidade do processo penal é evidenciada na perpetuação de um *modus operandi* orientado pela busca da “verdade real” e pela objetificação do acusado<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Uma análise clássica sobre o assunto pode ser buscada em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>4</sup> Sobre o tema consultar: WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal: reflexos**

A consolidação do modelo de processo penal de índole garantista instituído no país a partir da abertura democrática, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda encontra resistência na cultura autoritária arraigada nas instituições que integram o sistema punitivo. Prova disso é que as audiências de custódia, previstas no art. 7º, apartado 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>5</sup>, apenas começaram a ser implementadas nas capitais brasileiras no ano de 2015, por força da edição da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>6</sup> – em que pese o Brasil ter ratificado a Convenção em 1992, por meio do Decreto nº 678<sup>7</sup>.

De acordo com a Resolução do CNJ, as audiências de custódia visam à apresentação do indivíduo preso em

---

*da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.*

<sup>5</sup> CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Proclamada em 1969. Disponível em:

<[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2017.

<sup>6</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

<sup>7</sup> BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2017.

flagrante à autoridade judiciária dentro do prazo de vinte e quatro horas a contar da lavratura do auto de prisão com a finalidade de aferir a (i)legalidade da constrição e averiguar a prática de tortura/maus-tratos. O tema já foi objeto de vários pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH), podendo-se citar, como exemplos paradigmáticos, os seguintes julgados:

- a) Caso “Acosta Calderón Vs. Equador”, julgado em 2005, no qual a Corte-IDH entendeu que a audiência de custódia é um meio efetivo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, uma vez que ao julgador compete “garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessária, e procurar, em geral, que se trate o cidadão de maneira coerente com a presunção de inocência”<sup>8</sup>;
- b) Caso “Bayarri Vs. Argentina”, sentenciado em 2008, no qual a Corte afirmou que “o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas

---

<sup>8</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Acosta Calderón Vs. Equador**. Sentença de 24.06.2005. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/s\\_eriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/s_eriec_129_esp1.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou manutenção da privação da liberdade”, sob pena de “despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5 da Convenção”<sup>9</sup>;

c) Caso “Chaparro Alvarez y Lapo Íñiguez Vs. Equador”, julgado em 2008, no qual a Corte entendeu que houve violação à garantia do art. 7.5 da Convenção quando o detido foi apresentado quatro dias após a prisão<sup>10</sup>;

d) Caso “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”, julgado em 2010, no qual a Corte entendeu que houve violação à garantia do art. 7.5 da Convenção quando o detido foi apresentado cinco dias após a prisão<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Bayarri Vs. Argentina**. Sentença de 30.10.2008. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/s\\_eriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/s_eriec_187_esp.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

<sup>10</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador**. Sentença de 21.11.2007. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/s\\_eriec\\_189\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/s_eriec_189_esp.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

<sup>11</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México**. Sentença de 26.11.2010. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.doc)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

Em face do exposto, o presente artigo tem por objetivo analisar a importância do controle de convencionalidade e, reflexamente, das audiências de custódia no Processo Penal brasileiro, buscando responder ao seguinte problema de pesquisa: as audiências de custódia podem ser consideradas condição de possibilidade para a humanização do sistema penitenciário e do processo penal brasileiros, na medida em que contribuirão para a detecção imediata de prisões ilegais e permitirão controlar a prática da tortura e maus-tratos pelos agentes policiais?

Para responder ao problema de pesquisa, o texto encontra-se estruturado em duas partes: na primeira, busca-se apresentar o panorama atual de violação de direitos humanos no cárcere no Brasil, dando ênfase à atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que se refere ao assunto (em especial nos casos envolvendo o Complexo Penitenciário de Pedrinhas – MA e o Presídio Central de Porto Alegre – RS); na segunda, empreende-se uma análise do controle de convencionalidade e da audiência de custódia como condição de possibilidade para a melhoria das condições penitenciárias e humanização do processo penal no país.

## **BREVE PANORAMA DO COLAPSO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

## **BRASILEIRO E DA ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

A edição da Resolução nº 213/2015 pelo CNJ – que dispõe acerca da apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de vinte e quatro horas a contar da constrição – ocorreu na esteira de uma série de relatórios nacionais e internacionais sobre situações de superpopulação, tortura e maus-tratos envolvendo a população penitenciária brasileira. Dentre estes relatórios, cumpre ressaltar, no plano internacional: a) Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU<sup>12</sup>; b) Relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU<sup>13</sup>; c) Relatório sobre o uso da prisão

<sup>12</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU*. Disponível em: <[http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio\\_SPT\\_2012.pdf](http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

<sup>13</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/grupo-de-trabalho-sobre-detencao-arbitraria-declaracao-apos-a-conclusao-de-sua-visita-ao-brasil-18-a-28-marco-de-2013/>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos<sup>14</sup>.

Já no plano nacional, foram levados em consideração os dados revelados pelos relatórios elaborados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça (Mutirão Carcerário<sup>15</sup>, Diagnóstico de Pessoas Presas<sup>16</sup>), assim como o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça<sup>17</sup> (DEPEN/MJ), que revelaram o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente no país – alçando-o à terceira posição no *ranking* mundial no que se refere ao número de pessoas encarceradas.

---

<sup>14</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

<sup>15</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário**. Raio X do Sistema Penitenciário Brasileiro. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

<sup>16</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico de pessoas presas**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

<sup>17</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN 2015**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terceira-relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

A gravidade do problema é tamanha, que o Brasil foi recentemente reconhecido como um país violador de Direitos Humanos da população carcerária perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) – nos casos envolvendo o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Estado do Maranhão, e o Presídio Central de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul.

O caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas foi levado ao SIDH em razão dos fatos ocorridos em outubro de 2013: no dia 1º daquele mês, três detentos foram assassinados na Penitenciária de São Luís e outros dois no Centro de Detenção Provisória em virtude de enfrentamentos entre facções criminosas; em 9 de outubro, dez apenados foram assassinados durante uma rebelião que ocorreu na Casa de Detenção; no dia 25 de outubro, um detento foi assassinado na Casa de Detenção Provisória e no dia 27 do mesmo mês, outro preso foi morto na Central de Custódia. Em síntese, somente no mês de outubro de 2013, dezessete apenados foram mortos no Complexo.

Em face do ocorrido, a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos (SMDH), a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Maranhão (OAB/MA), e as instituições “Conectas Direitos Humanos” e “Justiça Global” realizaram,

nos dias 9 e 10 de junho de 2015, uma inspeção no Complexo Penitenciário. Esta inspeção foi documentada em um relatório, no qual ficou consignado que em todas as unidades prisionais havia superlotação, o que levava ao compartilhamento de celas entre presos provisórios e condenados. Ainda, foi relatado que não havia, entre os segundos, qualquer tipo de classificação quanto ao tipo de pena e ao regime de cumprimento aplicado<sup>18</sup>. O relatado apresenta-se como uma total afronta ao disposto no capítulo I do Título II da Lei de Execução Penal, que trata da classificação dos apenados com a finalidade de “orientar a individualização da execução penal” (art. 5º).

A Sociedade Maranhense de Direitos Humanos também referiu, no relatório em questão, que são frequentes as reclamações de agressões físicas sofridas pelos encarcerados, além da superlotação. De acordo com o relatório da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>19</sup>, na

---

<sup>18</sup> SOCIEDADE MARANHENSE DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório de Inspeção em unidades prisionais*. Disponível em: <<https://smdhvida.files.wordpress.com/2015/09/relatc3b3rio-de-inspec3a7c3a3o-a-unidades-prisionais-junho-2015.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

<sup>19</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Medidas provisórias a respeito do Brasil*. Assunto: Complexo Penitenciário de Pedrinhas, 2014. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2017.

Resolução de 14 de novembro de 2014, havia, na época: “i) 600 pessoas privadas de liberdade no Centro de Detenção Provisória, que tem 392 vagas; ii) 300 presos na Central de Custódia dos Presos de Justiça, que tem 160 vagas; e iii) 1.350 presos na Penitenciária de São Luís II, centro penitenciário com capacidade para 108 pessoas.” Em 2015, a situação persistia: em visita ao Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em agosto daquele ano, Juan Ernesto Méndez (relator especial sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU) referiu que “os internos que nós visitamos passam vinte e três horas numa cela. Em uma cela coletiva, é verdade, mas uma cela para quatro pessoas tem oito, dez, onze pessoas”<sup>20</sup>.

Nas conclusões do relatório elaborado pela Sociedade Maranhense de Direitos Humanos após a intervenção da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos no caso Pedrinhas, restou consignado que as medidas determinadas pouco impacto surtiram na realidade do Complexo Penitenciário:

---

<sup>20</sup> Referida notícia, com declarações de Méndez sobre outras unidades prisionais visitadas, pode ser consultada em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/relator-da-onu-diz-haver-alto-grau-de-tortura-presos-interrogados-no-brasil1.html>>. Acesso em: 21 jan. 2017.



*(...) superlotação, práticas abusivas de autoridade, maus tratos, castigos, desrespeito aos familiares, condições insalubres e indignas continuam presente no cotidiano das unidades. Persiste, assim, um conjunto de situações e práticas que degradam a dignidade e violam o direito humano das pessoas privadas de liberdade, caracterizando tratamento cruel e degradante<sup>21</sup>.*

O caso do Presídio Central de Porto Alegre (PCPA), no Rio Grande do Sul, também foi alvo de posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, diante das constantes violações perpetradas naquela instituição prisional. Em Representação realizada pela Associação dos Juizes, pela Associação dos Defensores Públicos e pela Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, dentre outras entidades, foram denunciadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos as precárias condições do PCPA, principalmente no que se refere à superlotação, à perda do controle da situação envolvendo as facções criminosas, à estrutura precária das instalações, à ausência das mínimas condições de higiene, à ausência de assistência à saúde, etc. Sobre o tema da assistência à saúde,

<sup>21</sup> SOCIEDADE MARANHENSE DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório de Inspeção em unidades prisionais*. Disponível em: <<https://smdhvida.files.wordpress.com/2015/09/re-latc3b3rio-de-inspec3a7c3a3o-a-unidades-prisionais-junho-2015.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

em especial, a Representação refere que “como o Estado não tem controle sobre o que se passa no interior das galerias, quando um apenado fica doente, os próprios presos, sem qualquer espécie de preparo ou equipamento, é que prestam o atendimento”<sup>22</sup>. Esse descaso com a saúde dos apenados repercute em altos índices de mortalidade, em virtude de doenças infectocontagiosas no estabelecimento:

*Como é presumível em circunstâncias tais, as causas de morte na referida unidade penal, em sua maioria, derivam de problemas nas vias respiratórias. Conforme levantamento realizado até 31/10/2011, no universo de 229 mortes (sendo 72% dentre indivíduos com até 40 anos), a **broncopneumonia** lidera, representando 53,23% dos casos; em seguida, a **pneumonia** e a **tuberculose**, em 39,17% e 33,14%, respectivamente (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p. 30).*

No mérito, a Representação em comento buscava que fosse recomendado ao Estado brasileiro, dentre outras medidas, a adoção daquelas que fossem necessárias para que o PCPA “obedeça aos padrões interamericanos de tratamento de pessoas privadas de liberdade, garantindo a vida, a integridade pessoal, o acesso à

<sup>22</sup> ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL E OUTROS. *Representação pela violação dos direitos humanos no presídio central de Porto Alegre (PCPA) com pedido de medidas cautelares*, 2013. Disponível em: <[http://www.ajuris.org.br/images/banners/representacao\\_oea.pdf](http://www.ajuris.org.br/images/banners/representacao_oea.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

justiça, à saúde, ao bem-estar, à educação, à alimentação, e ao tratamento humano aos detentos” (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p. 98).

A Comissão Interamericana recebeu a denúncia apresentada, solicitando ao Governo brasileiro, por meio da Resolução nº 14, de dezembro de 2013, a adoção de “medidas necessárias para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do Presídio Central de Porto Alegre”, além de assegurar “condições de higiene no recinto” e proporcionar “tratamentos médicos adequados para os internos, de acordo com as patologias que estes apresentem”. Também foi recomendado que o Estado “implemente medidas a fim de recuperar o controle de segurança em todas as áreas do PCPA, seguindo padrões internacionais de direitos humanos e resguardando a vida e integridade pessoal de todos os internos”, com ênfase ao fato de que se deve garantir “que sejam os agentes das forças de segurança do Estado os encarregados das funções de segurança interna e assegurando que não sejam conferidas funções disciplinares, de controle ou de segurança dos internos”. Por fim, restou determinado que o Brasil “implemente um plano de contingência e disponibilize extintores de incêndio e outras ferramentas necessárias” e “tome ações imediatas para

reduzir substancialmente a lotação no interior do PCPA”<sup>23</sup>.

Em que pese alguns esforços para a transferência dos presos do PCPA para outras instituições prisionais da região metropolitana de Porto Alegre – RS, as medidas determinadas pela Comissão Interamericana seguem desatendidas. Mesmo diante das transferências, o Presídio Central de Porto Alegre hoje alberga 4.683 presos, em um complexo que foi projetado para atender o número máximo de 1.905 detentos. A situação caótica do instituto recentemente foi alvo de notícia por ocasião da “visita surpresa” realizada pela Ministra Cármen Lúcia, Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 18 de novembro de 2016. Após a visita de inspeção ao PCPA, a Ministra se utilizou do superlativo “precaríssimas” para definir as condições dos apenados, ressaltando a necessidade de medidas urgentes para que os direitos humanos dos detentos sejam efetivamente observados<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 14/2013**. Medida Cautelar nº 8-13. Assunto: Pessoas Privadas de Liberdade no “Presídio Central de Porto Alegre”, Brasil. 30 de Dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/01/Medida-Cautelar-Pres%C3%ADdio-Central-30-12-2013.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

<sup>24</sup> Notícia sobre a visita da Ministra Cármen Lúcia ao PCPA pode ser assistida em:

Mesmo diante desses casos, levados ao conhecimento do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, a situação penitenciária no país segue marcada pela superlotação e pela violência extrema, conforme evidenciaram as rebeliões ocorridas em penitenciárias do Norte do país, no início de 2017, que deixaram um saldo de mais de 120 detentos mortos.

Essas rebeliões servem para demonstrar que nada – ou muito pouco – foi feito de concreto para modificar a situação caótica do sistema penitenciário brasileiro, mesmo após as intervenções do Sistema Interamericano. Ao contrário, evidencia-se que a tortura se consolidou como um elemento estrutural da gestão prisional brasileira, e não como um resultado de más práticas ou da perversão de determinados indivíduos, estando estreitamente vinculada com o processo massivo de encarceramento em curso, arquitetado para vitimar jovens, negros, pobres e os habitantes de periferias urbanas e existenciais do País<sup>25</sup>.

Com efeito, a situação dos apenados no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, no Amazonas, e na

Penitenciária Estadual de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte, repristina o quadro caótico de completo desrespeito aos mais comezinhos direitos previstos na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

No relatório intitulado “Mutirão Carcerário: um Raio X do Sistema Penitenciário Brasileiro”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2012, várias dessas situações de extrema violação de direitos humanos em penitenciárias do norte do país já haviam sido trazidas a lume. No documento restou consignado que nos presídios de Rondônia, por exemplo, a média de ocupação chega a dois presos por vaga, sendo que em alguns estabelecimentos quatro homens vivem em um espaço que só deveria abrigar um. O mesmo se evidenciou no Pará: lá, em 2012, o déficit de vagas correspondia a 75% da capacidade do sistema<sup>26</sup>.

No Nordeste, o Conselho Nacional de Justiça constatou que edifícios históricos abrigam detentos em condições subumanas, com escassez de água, sujeira e esgoto a céu aberto, além da superlotação, que impõe aos reclusos a necessidade de criação de

---

<<https://www.youtube.com/watch?v=qjq7KzVZ70c>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

<sup>25</sup> PASTORAL CARCERÁRIA. *Nota da Pastoral Carcerária: não é crise, é projeto*. 2017. Disponível em: <[http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Nota\\_Massacres-.pdf](http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Nota_Massacres-.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2017.

---

<sup>26</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mutirão Carcerário. Raio X do Sistema Penitenciário Brasileiro*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso 25 mar. 2017.



esquemas de revezamentos para dormir. No Rio Grande do Norte, algumas prisões foram comparadas a “calabouços”, em virtude da má ventilação e do mau cheiro. No Ceará, “ruína” foi o adjetivo utilizado para descrever algumas penitenciárias inspecionadas. Na Bahia, o pátio de uma unidade foi comparado a um “campo de concentração”<sup>27</sup>.

Nos calabouços do século XXI, como foram denominados os presídios do Rio Grande do Norte, a tragédia de 2017 veio se constituindo há longo tempo. Mais do que isso: veio sendo anunciada, sem que nenhuma atitude concreta fosse tomada. Já em 2015, 14 das 33 unidades prisionais do Rio Grande do Norte registraram motins, encerrados oficialmente em 18 de março daquele ano, após sete dias de tensão, que incluíram, também, ônibus incendiados na capital Natal<sup>28</sup>.

O próprio Conselho Nacional de Justiça anunciava que “vários estabelecimentos prisionais do Estado não são dignos sequer de abrigar animais irracionais

ferozes”<sup>29</sup>, reiterando, no ano seguinte, que o sistema carcerário do Rio Grande do Norte, “encontra-se em verdadeiro colapso, com diversas unidades prisionais corretamente interdidas pelo Judiciário, em virtude de condições absurdamente precárias que somente uma inspeção pessoal poderia retratar de forma fidedigna”<sup>30</sup>. Desde lá, poucas ou nenhuma atitude foi tomada a fim de modificar o cenário, e a morte, devidamente anunciada e por todos sabida, não poderia deixar de acontecer.

Diante do quadro esboçado, evidencia-se que o descaso do Estado brasileiro com a situação dos apenados que superpovoam os cárceres do país representa uma verdadeira estratégia (biopolítica) de incapacitação seletiva daqueles que são considerados irrelevantes e/ou inservíveis para o atual modelo de sociedade preconizada pela invasão neoliberal da política<sup>31-32</sup>. Não

---

<sup>27</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário**. Raio X do Sistema Penitenciário Brasileiro. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso 25 mar. 2017.

<sup>28</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário**. Raio X do Sistema Penitenciário Brasileiro. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso 25 mar. 2017.

---

<sup>29</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário**. Raio X do Sistema Penitenciário Brasileiro. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso 25 mar. 2017.

<sup>30</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário do Estado do Rio Grande do Norte**. Relatório Final 2013. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/relatorio\\_final\\_rn\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/relatorio_final_rn_2013.pdf)>. Acesso em: 23 jan. 2017.

<sup>31</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

há outra forma de se compreender o absoluto descaso estatal com a população carcerária nas últimas décadas senão por essa via – particularmente em um período no qual o país alcança a terceira posição no *ranking* internacional de pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade.

O “menos” Estado Social se transmuta em “mais” Estado Penal – conforme a arguta e clássica observação de Wacquant<sup>33-34</sup>, com a particularidade de que as funções da pena perdem qualquer contato com os conteúdos expressos em termos legislativos. “Reabilitação”, “ressocialização” e “reintegração” são palavras que perderam qualquer sentido, revelando-se como discursos que se desarmam “ao mais leve toque com a realidade”<sup>35</sup> do sistema penitenciário nacional, servindo, quando muito, para a criação de uma “ilusão de segurança jurídica”<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> HARCOURT, Bernard E. *Against prediction: profiling, policing and punishing in an actuarial age*. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

<sup>33</sup> WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

<sup>34</sup> WACQUANT, Loïc. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, p. 228-251, 2004.

<sup>35</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 12.

<sup>36</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à*

Se os “corpos dóceis” aos quais se referia Foucault<sup>37</sup> são hoje os “corpos supérfluos” produzidos pela “modernidade líquida” delineada por Bauman<sup>38</sup>, o perfil da população que abarrotta os estabelecimentos prisionais do país permite evidenciar que se está diante de uma estratégia biopolítica de contenção/eliminação daqueles indivíduos que, a partir de uma perspectiva histórica, sempre foram os alvos preferenciais das agências do sistema punitivo nacional: homens jovens, negros e pobres<sup>39-40-41</sup>.

Essa constatação encontra-se estatisticamente comprovada no relatório intitulado “Mapa do Encarceramento: Os Jovens do Brasil”. O documento revela que a população carcerária, do ano de 2005 a 2012, deu um salto de 74%, agravando a superlotação das penitenciárias do país, sendo que do total de reclusos, 40% são presos provisórios. No que concerne ao gênero, a

---

*violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>37</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

<sup>38</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

<sup>39</sup> FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

<sup>40</sup> FRADE, Laura. *Quem mandamos para a Prisão? Visões do Parlamento Brasileiro sobre a Criminalidade*. Brasília: Liber Livro, 2008.

<sup>41</sup> NEDER, Gizlene. *Em nome de Tântatos, aspectos do sistema penitenciário no Brasil*. In: NEDER, Gizlene. *Violência e cidadania*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p.11-34.

presença de homens prevalece, sendo que enorme parcela de reclusos nem sequer completou o ensino médio. Referente à faixa etária, o relatório evidencia que a população carcerária é extremamente jovem: 54% dos encarcerados possuem idade entre 18 a 24 anos. Por fim, em relação à cor da pele, o estudo aponta que 60% do universo prisional é composto por pessoas negras, mesmo em se tratando de um país no qual a população branca é nove vezes maior que a negra. O relatório elenca, ainda, os principais tipos de crimes cometidos, sendo que 49% são crimes contra o patrimônio, 25% envolvendo tráfico de drogas e 11,9% constituem crimes contra a pessoa<sup>42</sup>.

Essas vidas, trancafiadas nos calabouços brasileiros contemporâneos, são consideradas irrelevantes na medida em que não passíveis de integração na sociedade de consumo<sup>43</sup>, apresentando-se, hoje, como “indignas de serem vividas”, como meros “espectros”<sup>44</sup> que se transformam naquilo que o filósofo italiano Giorgio Agamben<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> BRASIL. *Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil*. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2014.

<sup>43</sup> WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>44</sup> BUTLER, Judith. *Vida precária: el poder del duelo y la violencia*. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

<sup>45</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

identifica com a figura do *homo sacer* – obscura figura resgatada do direito romano arcaico. Isso explica, de certo modo, o porquê da indiferença a essas mortes, quando não da verdadeira comemoração delas<sup>46</sup>.

Esta realidade é muito bem apreendida por Andrade<sup>47</sup> ao referir que estamos

*na periferia da modernidade, contando as vítimas do campo de (des)concentração difuso e perpétuo em que nos tornamos; campo que, apesar de emitir sintomas mórbidos do próprio carrasco (policiais que matam, prisões que matam, denúncias que matam, sentenças que matam direta ou indiretamente), aprendeu a trivializar a vida e a morte, ambas descartáveis sob a produção em série do ‘capitalismo de barbárie’, ao amparo diuturno do irresponsável espetáculo midiático, da omissão do Estado e das instituições de controle*

Este quadro nada alentador brevemente esboçado indica a necessidade de se pensar em medidas urgentes e factíveis no

---

<sup>46</sup> Logo após as mortes de apenados ocorridas na Amazônia e em Roraima, nas primeiras semanas de 2017, ganhou grande repercussão na mídia e nas redes sociais uma declaração feita pelo então Secretário Nacional da Juventude, Bruno Moreira Santos, no sentido de que “tinha que matar mais [presos]; tinha que fazer uma chacina por semana”. O impacto negativo dessa declaração culminou com o pedido de demissão do cargo. Reportagem oficial sobre o tema pode ser acessada em:

<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/publicada-exoneracao-de-secretario-nacional-da-juventude>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

<sup>47</sup> Andrade, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 32.

sentido de impedir que o círculo vicioso da barbárie siga seu curso no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. Nesse sentido, considerando que a superlotação carcerária é um – senão o principal – dos motivos ensejadores das situações acima descritas, as audiências de custódia previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, objeto da já referida Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, podem ser consideradas enquanto condição de possibilidade para que um primeiro passo seja dado em direção à (necessária) humanização do sistema punitivo brasileiro, conforme abordagem que será realizada na sequência.

## A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A HUMANIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E DO PROCESSO PENAL BRASILEIROS

Na sistemática procedimental do processo penal brasileiro pós reforma de 2008 – que transferiu o interrogatório do réu para a audiência de instrução, debates e julgamento –, o primeiro contato da pessoa presa em flagrante com a autoridade judiciária se dá, como regra, muitos meses (ou, não raro, anos) após a prisão. Considerando que o risco da ocorrência de maus-tratos é maior durante os dias que se seguem à constrição, quando a polícia questiona o suspeito sobre o fato ocorrido/praticado, esse

atraso torna os detidos vulneráveis à tortura e a outras formas graves de maus-tratos cometidos principalmente por policiais.

Nesse sentido, tem-se evidenciado que o artigo 306<sup>48</sup> do Código do Processo Penal (CPP) brasileiro – que estabelece a necessidade da imediata comunicação ao juiz de que alguém foi preso, bem como a posterior remessa do auto de prisão em flagrante para homologação ou relaxamento – não tem sido suficiente para dar conta do nível de exigência convencional. Com efeito, o art. 7, apartado 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos reza que

*toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a*

<sup>48</sup> Dispõe o art. 306 do CPP brasileiro, após redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.403/2011: “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2017.

*garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo*<sup>49</sup>.

Em um contexto tal, a leitura convencional – para além da constitucional – do processo penal se impõe. Afinal, ela representa, na ótica de Giacomolli<sup>50</sup>, “um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”, razão pela qual se torna necessária “uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos”. Somente assim é que se poderá falar, efetivamente, em um modelo de “processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo.”

Isso significa, de acordo com Lopes Jr. e Paiva<sup>51</sup>, que, na contemporaneidade, ao se aplicar o Código de Processo Penal “mais do que buscar a conformidade constitucional” deve-se “observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em

---

<sup>49</sup> *CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Proclamada em 1969. Disponível em:*

*<[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.onvencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.onvencao_americana.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2017.*

<sup>50</sup> *GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.*

<sup>51</sup> *LOPES JR., Aury Celso; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, n. 17, p. 11-23, 2014. Disponível em: <[http://revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/22/artigo01.pdf](http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf)>. Acesso em: 03 abr. 2017.*

conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos”. Isso porque “a Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias.” Trata-se, em síntese, de realizar o controle de convencionalidade das leis, procedimento que, na lição de Mazzuoli<sup>52</sup>, nada mais é do que “a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.”

Dito de outro modo, o controle de convencionalidade depende da postura dos países frente ao direito internacional e do grau de evolução das instituições do Estado. Dessas distinções decorre a maior probabilidade de aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade pelos juízes nacionais e de respeito às decisões proferidas por Cortes Internacionais.<sup>53</sup> Com efeito, depara-se, deste modo, com uma defesa judicial da ordem internacional, realizada em diferentes níveis, no que tange ao controle de convencionalidade, viável somente em poucos lugares do mundo. A polêmica sobre a prevalência absoluta do direito internacional sobre o direito interno ou da tese

---

<sup>52</sup> *MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, ano 46, n. 181, Brasília, 2009, p. 113.*

<sup>53</sup> *AGUIAR, Daiane Moura de. Refundação de Direitos e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5956>. Acesso em: 15 mar. 2017.*



contrária fica em segundo plano, emergindo pela judicialização das regras internacionais<sup>54</sup>.

Deve ficar claro, como aponta Cançado Trindade<sup>55</sup>, que os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos existentes não substituem os tribunais internos, muito menos operam como grau de recurso ou de cassação das decisões dos tribunais internos. Ou seja, fica delineado que o controle jurisdicional de convencionalidade também cabe aos estados nacionais por meio de seus juízes e tribunais. Mesmo que o número de processos submetidos a um juiz nacional seja muito superior a um juiz da Corte IDH, a obrigatoriedade também é de sua responsabilidade, devendo realizar a harmonização da legislação interna com a Convenção Americana, decidindo pela

inaplicabilidade, nulidade ou conformidade de sentido de regra doméstica contrária ao Pacto.<sup>56</sup>

Assim, no que tange às técnicas de decisão no controle de convencionalidade realizado pelos Estados nacionais, deve-se buscar respostas nos desenvolvimentos atingidos pelas Cortes em matéria de controle de constitucionalidade. Por fim, conclui-se que o controle jurisdicional de convencionalidade, seja no plano internacional, ou no plano interno, é um instrumento fundamental para a implementação do direito internacional dos direitos humanos.

Portanto, mesmo não havendo previsão, no ordenamento processual penal brasileiro, da realização da audiência de custódia, a sua realização se impõe pela via do controle de convencionalidade das leis, considerando-se, para tanto, como já realçado na introdução, que o Brasil ratificou a Convenção Americana por meio do Decreto 678/1992. Ou seja, o disposto no art. 306 do Código de Processo Penal brasileiro “não passa por um *controle de convencionalidade* quando comparada com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil voluntariamente aderiu, especialmente a CADH, cujos preceitos, se

---

<sup>54</sup> Cf. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego. *Formación y perspectiva del estado mexicano*. México: UNAM, 2010. Disponível em:

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2013. JIMENA QUESADA, Luis. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?*. In: CONGRESO DE LA ACE, 8., San Sebastián, 2010. *Anais eletrônicos...* Disponível em:

<<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.  
<sup>55</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991, p. 65.

---

<sup>56</sup> JINESTA LOBO, Ernesto. *Control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción constitucional*. *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 16, n. 31, p. 47-76, jul./dec. 2015.

violados, podem ensejar a responsabilização do país perante a Corte IDH<sup>57</sup>.

Diante do exposto, impõe-se o entendimento de que, “ao invés de se interpretar o tratado internacional à luz da lei nacional e restringir sua aplicabilidade em razão da eventual ausência de regulamentação nacional”, deve-se fazer justamente o oposto, ou seja, “adequar as disposições infraconstitucionais às exigências convencionais, que já possuem aplicabilidade interna imediata, na linha dos precedentes jurisprudenciais de cortes internacionais que dão a interpretação adequada das normas convencionais.” Desse modo, a redação do art. 306 do CPP “não pode ter o condão de afastar a aplicação imediata dos artigos de tratados internacionais recepcionados pelo Brasil, que já são, por sua clareza, autoaplicáveis.”<sup>58</sup> Daí a importância da Resolução nº 213/2015 do CNJ.

Na esteira desse entendimento, alguns países da América Latina já incorporaram à sua legislação processual penal a apresentação do preso a uma autoridade judiciária logo após a

prisão. Na Argentina, o Código de Processo Penal exige que o detento compareça perante um juiz competente no prazo de seis horas após a prisão, nos casos em que ela não decorre de ordem judicial. Da mesma forma, o Código Processual Penal chileno determina que o suspeito, em caso de prisão em flagrante, seja apresentado dentro de 12 horas a um Promotor, o qual poderá soltá-lo ou apresentá-lo a um juiz no prazo de 24 horas da prisão. O Código de Processo Penal colombiano prevê, em casos de flagrante, o prazo de 36 horas para apresentação do detento a uma autoridade judiciária<sup>59</sup>.

Na Europa, a audiência de custódia é regulamentada por diversos países, podendo-se citar como exemplos: a) na legislação processual portuguesa, há previsão de que a pessoa detida deve ser apresentada privativamente ao juiz de instrução dentro do prazo máximo de 48 horas; b) na Itália, em caso de flagrante, a polícia deve colocar o preso à disposição do Ministério Público, que poderá realizar o interrogatório do investigado e em seguida, no prazo máximo de 48 horas da detenção, requerer ao juiz a audiência de convalidação (ou “interrogatório de garantia”), na qual são avaliados os requisitos de manutenção da medida; c) na Alemanha, todo preso deve ser levado à presença de um juiz até o final do dia

---

<sup>57</sup> LOPES JR., Aury Celso; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. *Revista Liberdades*, n. 17, p. 11-23, 2014. Disponível em: <[http://revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/22/artigo01.pdf](http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf)>. Acesso em: 03 abr. 2017.

<sup>58</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Audiência de custódia: avanços e desafios*. *Revista de informação legislativa*, v. 53, n. 211, jul./set. 2016, p. 304. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ri\\_l\\_v53\\_n211\\_p301](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ri_l_v53_n211_p301)>. Acesso em: 13 mar. 2017.

---

<sup>59</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. *The Right to a “Custody Hearing” under International Law*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2014/02/03/right-custody-hearing-under-international-law>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

seguinte à sua prisão, a fim de que este o informe das razões da medida, examine-o, viabilize a arguição de objeções e decida pela sua manutenção ou não; d) na França, a polícia pode realizar, por iniciativa própria, a prisão da pessoa em flagrante e a detenção de suspeito, sendo que esta última deve ser imediatamente comunicada ao Ministério Público e durará 24 horas; nesse prazo o procurador da República analisa se é caso de manutenção da medida, que pode perdurar por até 24 horas nos casos de criminalidade ordinária ou 48 horas nos casos de criminalidade organizada; superado este último prazo, é necessário que o Ministério Público formule um requerimento para conversão da detenção policial em prisão preventiva, hipótese na qual deve apresentar pessoalmente o preso ao juiz das liberdades e garantias, o qual decidirá sobre o pedido<sup>60</sup>.

No Brasil, já foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal o projeto de lei (PLS 554/2011) que altera o CPP e regulamenta a realização das audiências de custódia, estipulando o prazo máximo de 24 horas para que a pessoa detida em flagrante seja levada à presença de um juiz. A proposta também estabelece que o preso terá direito à realização de exame de corpo de delito e a depor na

presença do advogado, membro do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

A partir da análise do Direito Comparado, bem como das normas internacionais relacionadas ao tema, Ávila<sup>61</sup> refere que a realização da audiência de custódia possui sete finalidades básicas, assim sintetizadas:

1 – criação de um mecanismo eficaz de fiscalização judicial imediata de eventuais arbitrariedades praticadas no curso da detenção;

2 – garantir a autodefesa quanto aos fatos investigados, concedendo-se à pessoa presa um espaço para manifestar a sua versão dos fatos, longe de constrangimentos típicos do ambiente policial;

3 – assegurar a possibilidade de autodefesa no que se refere à decisão judicial de manutenção da prisão em flagrante;

4 – concretizar o sistema acusatório em relação à ação penal cautelar, tornando rotina o requerimento de aplicação de medida cautelar pelo Ministério Público;

5 – viabilizar o contraditório técnico de defesa previamente à decisão judicial sobre a aplicação da prisão preventiva;

6 – estabelecer um mecanismo de revisão judicial da necessidade de manutenção da detenção efetuada pela polícia;

7 – concretizar a garantia constitucional de assistência jurídica efetiva ao preso, tornando rotina o contato do defensor com seu cliente.

---

<sup>60</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Audiência de custódia: avanços e desafios*. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 211, jul./set. 2016. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/53/211/ri\\_l\\_v53\\_n211\\_p301](http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/53/211/ri_l_v53_n211_p301)>. Acesso em: 13 mar. 2017.

---

<sup>61</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Audiência de custódia: avanços e desafios*. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 211, jul./set. 2016. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/53/211/ri\\_l\\_v53\\_n211\\_p301](http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/53/211/ri_l_v53_n211_p301)>. Acesso em: 13 mar. 2017.



Da análise das sete funções identificadas por Ávila, pode-se afirmar, em síntese, que se trata, em suma, de criar um mecanismo que viabilize “a superação da ‘fronteira do papel’ do sistema puramente cartorial, que é praticado pelo sistema processual penal brasileiro, pois exige que o membro do Ministério Público e o juiz vejam e conversem com o preso, o que contribuirá para a humanização da jurisdição penal.”<sup>62</sup>

Nesse sentido, a implementação das audiências de custódia pressupõe, em primeiro lugar, uma mudança cultural dos atores jurídicos, com a conseqüente “interiorização da relevância de efetivamente não tolerar espaços de arbitrariedade dentro do sistema penal, por meio do concurso de todos os sujeitos processuais no ato mais intrusivo do processo penal: a restrição de liberdade antes da superação cabal da presunção de inocência.”<sup>63</sup> Trata-se, pois, a audiência de custódia, de um importante mecanismo de combate a duas das principais mazelas do sistema penal brasileiro: a superlotação carcerária e a violência/arbitrariedade policial.

---

<sup>62</sup> PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 56.

<sup>63</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Audiência de custódia: avanços e desafios*. *Revista de informação legislativa*, v. 53, n. 211, jul./set. 2016, p. 328. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/53/211/ri\\_l\\_v53\\_n211\\_p301](http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/53/211/ri_l_v53_n211_p301)>. Acesso em: 13 mar. 2017

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS: quando a audiência de custódia é meramente protocolar, a tortura é blindada**

Partiu-se, na construção do presente artigo, da indagação sobre a capacidade das audiências de custódia funcionarem como instrumentos de humanização do sistema carcerário e do processo penal brasileiros. Do exposto ao logo do texto, evidenciou-se que a implementação das referidas audiências tem, dentre outras finalidades, a constatação de situações envolvendo tortura/maus-tratos em razão da atuação policial na lavratura de flagrantes, bem como a análise da (i)legalidade da constrição, com vistas a desafogar o sistema penitenciário, mitigando os problemas decorrentes do superencarceramento. Por si só, essas duas funções revelam que as audiências de custódia, uma vez implementadas no Brasil, servirão para combater essas duas principais mazelas que historicamente marcam a atuação de nosso sistema punitivo.

Nesse sentido, a efetivação das normas convencionais de Direitos Humanos delinea o caminho necessário para a incorporação do Direito Internacional ao Direito Interno, sendo extremamente complexo esse processo e dependente do sistema de fontes de cada país, dito de outro modo, cada país decanta e usa dentro de seus sistemas conforme suas necessidades.

Todavia, nota-se que no caso em comento – as audiências de custódia no sistema penal brasileiro – ainda é necessária não só a construção de uma jurisprudência interna convencional sobre o assunto, mas a construção de uma arquitetura institucional adequada pelo Estado Brasileiro, que seja responsável pelo efeito útil não só das convenções, mas das decisões de uma Corte que tem impacto e legitimidade ao trabalhar com as violações de Direitos Humanos.

Dito isso, a título de considerações finais, é de extrema importância apresentar, ainda que sucintamente, pesquisa levada a cabo pela organização não governamental “Conectas Direitos Humanos” após um ano de implementação das audiências de custódia no país, na esteira da Resolução nº 213/2015 do CNJ. A pesquisa, sintetizada no Relatório intitulado “Tortura Blindada”<sup>64</sup>, evidenciou que, ao contrário do que se espera, dos 393 casos com indicativos de violência policial apresentados nas audiências de custódia realizadas no Fórum Criminal da Barra Funda – São Paulo (capital), em apenas uma das ocasiões foi determinada a abertura de inquérito para apuração/averiguação das

agressões/maus-tratos sofridas pelos prisioneiros.

O que causa maior estupefação, a partir da leitura do relatório, é o completo descaso das instituições – Poder Judiciário, Ministério Público e até mesmo a Defensoria Pública – diante dos inúmeros casos de maus-tratos e torturas relatados. As matrizes autoritárias das instituições revelam-se, principalmente, na tentativa de se legitimar a violência em determinados casos: tanto que o relatório aponta a realização das denominadas “audiências fantasmas”, ou seja, audiências de custódia sem a presença da pessoa detida, em razão de hospitalização decorrente dos maus-tratos perpetrados pelas autoridades policiais na lavratura do flagrante.

Mesmo nos casos em que a audiência conta com a presença da pessoa detida, a atuação meramente protocolar das instituições contribui para a perpetuação da tortura e dos maus-tratos. Isso tem contribuído para a “blindagem” desses atos, a demonstrar o quanto o país está longe de alcançar os níveis de exigência convencional. Em verdade, o ranço autoritário que marca as instituições que integram o sistema penal brasileiro é o primeiro – e principal – obstáculo a ser enfrentado.

---

<sup>64</sup> *CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. Tortura blindada: como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo\\_Tortura%20blindada\\_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2017.*

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- AGUIAR, Daiane Moura de. **Refundação de Direitos e Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5956>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL E OUTROS. **Representação pela violação dos direitos humanos no presídio central de Porto Alegre (PCPA) com pedido de medidas cautelares**, 2013. Disponível em: [http://www.ajuris.org.br/images/banners/representacao\\_oea.pdf](http://www.ajuris.org.br/images/banners/representacao_oea.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2017.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 211, p. 301-333, jul./set. 2016. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril\\_v53\\_n211\\_p301](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301)>. Acesso em: 13 mar. 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BUTLER, Judith. **Vida precária: el poder del duelo y la violencia**. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.
- BRASIL. **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/deceto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/deceto/d0678.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2017.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/deceto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/deceto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. **Mapa do Encarceramento:** os jovens do Brasil. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.** San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 11/2013.** Medida Cautelar nº 367-13. Assunto: Pessoas Privadas de Liberdade no “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”, Brasil. 16 de Dezembro de 2013. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC367-13-pt.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 14/2013.** Medida Cautelar nº 8-13. Assunto: Pessoas Privadas de Liberdade no “Presídio Central de Porto Alegre”, Brasil. 30 de Dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/01/Medida-Cautelar-Pres%C3%ADdio-Central-30-12-2013.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Tortura blindada:** como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo\\_Tortura%20blindada\\_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário.** Raio X do Sistema Penitenciário Brasileiro. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário do Estado do Rio Grande do Norte.** Relatório Final 2013. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/relatorio\\_final\\_rn\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/relatorio_final_rn_2013.pdf)>. Acesso em: 23 jan. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico de pessoas presas.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/di>

agnostico\_de\_pessoas\_presas\_correcao.pdf  
>. Acesso em: 25 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.  
**Resolução nº 213/2015**. Disponível em:  
<<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS  
DIREITOS HUMANOS. Proclamada em  
1969. Disponível em:  
<[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em:  
03 abr. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS. **Caso Acosta  
Calderón Vs. Equador**. Sentença de  
24.06.2005. Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS. **Caso Bayarri Vs.  
Argentina**. Sentença de 30.10.2008.  
Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS. **Caso Chaparro  
Álvarez e Lapo Íniguez Vs. Equador**.  
Sentença de 21.11.2007. Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_189\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_189_esp.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera  
Garcia e Montiel Flores Vs. México**.  
Sentença de 26.11.2010. Disponível em:  
<[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.doc)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS. **Medidas  
provisórias a respeito do Brasil**. Assunto:  
Complexo Penitenciário de Pedrinhas,  
2014. Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2017.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego. **Formación y perspectiva del estado mexicano**. México: UNAM, 2010. Disponível em:

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e projeto genocida do Estado brasileiro**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

FRADE, Laura. **Quem mandamos para a Prisão?** Visões do Parlamento Brasileiro sobre a Criminalidade. Brasília: Liber Livro, 2008.

GARLAND, David. **A cultura do controle**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

HARCOURT, Bernard E. **Against prediction: profiling, policing and punishing in an actuarial age**. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

HUMAN RIGHTS WATCH. **The Right to a “Custody Hearing” under**

**International Law**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2014/02/03/right-custody-hearing-under-international-law>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

JIMENA QUESADA, Luis. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?. In: CONGRESO DE LA ACE, 8., San Sebastián, 2010. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

JINETA LOBO, Ernesto. Control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción constitucional. **Revista Peruana de Derecho Público**, Año 16, n. 31, pp. 47-76, jul./dec. 2015.

LOPES JR., Aury Celso; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, n. 17, p. 11-23, 2014. Disponível em: <[http://revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/22/artigo01.pdf](http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf)>. Acesso em: 03 abr. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 46, n. 181, Brasília, p. 113-139, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN 2015**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

NEDER, Gizlene. Em nome de Tânatos, aspectos do sistema penitenciário no Brasil. In: NEDER, Gizlene. **Violência e cidadania**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p.11-34.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU**. Disponível em: <[http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio\\_SPT\\_2012.pdf](http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/grupo-de-trabalho-sobre-detencao-arbitraria-declaracao-apos-a-conclusao-de-sua-visita-ao-brasil-18-a-28-marco-de-2013/>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PASTORAL CARCERÁRIA. **Nota da Pastoral Carcerária: não é crise, é projeto**. 2017. Disponível em: <[http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Nota\\_Massacres-.pdf](http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Nota_Massacres-.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2017.

SOCIEDADE MARANHENSE DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório de Inspeção em unidades prisionais**.

Disponível em:  
<<https://smdhvida.files.wordpress.com/2015/09/relatc3b3rio-de-inspec3a7c3a3o-a-unidades-prisionais-junho-2015.pdf>>.  
Acesso em: 28 dez. 2016.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, p. 228-251, 2004.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



**MORALIDADE,  
VULNERABILIDADE E DIGNIDADE  
SEXUAL<sup>65</sup>**

*João Paulo ORSINI MARTINELLI\**

**Resumo:** O presente artigo discorre sobre as principais mudanças promovidas pela Lei 12.015/2009 (crimes sexuais) e o novo enfoque do bem jurídico tutelado: a dignidade sexual. A discussão considera a substituição da moral pública pela dignidade sexual e o atual fundamento para incriminar condutas sem incorrer em questões meramente morais. Se a função do direito penal é tutelar bens jurídicos, a dignidade sexual só pode ser protegida quando for atacada sem o consentimento da vítima ou quando este consentimento for inválido. Dentre as hipóteses de consentimento inválido está a vulnerabilidade da pessoa, que, apesar de não sofrer constrangimento ilegal, por não apresentar opções, age contra sua vontade real. Desse modo, configura-se a exploração de sujeito vulnerável, legitimando a intervenção do direito penal.

**Palavras-chave:** Crimes sexuais – dignidade sexual – vulnerabilidade – exploração

**Abstract:** The current article discourses about the main changes promoted by brazilian Law 12.015/2009 (sexual crimes)

---

<sup>65</sup> Artigo publicado na *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 68, junho/julho, 2011, Porto Alegre, pp. 07-24.

\* Advogado criminalista. Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo.

and the new approach of protected legal interest: sexual dignity. The discussion considers the substitution of public morals for sexual dignity and the fundamental to criminalize conducts with no merely moral questions. If the function of Criminal Law is protecting legal interests, sexual dignity can be only defended when it is reached without victim's consent or when consent is invalid. Among hypothesis of invalid consent there is personal vulnerability. Even without ilegal coercion, vulnerable person acts against his will because there is no other option. This way, it is configured exploitation of vulnerable people and there is legitimacy of Criminal Law intervention.

## INTRODUÇÃO

Não se pode pensar mais em normas penais preocupadas com questões de ordem meramente moral. O direito penal é o ramo mais violento do ordenamento jurídico e, por isso, deve estar restrito à proteção de bens relevantes contra comportamentos graves. A moral, por si só, não pode ser fundamento da criminalização de condutas, nem pode estar na condição de bem jurídico principal a ser tutelado. No Estado liberal e democrático de direito é tolerável incriminar condutas imorais desde que acompanhadas de lesão ou perigo de lesão ao bem protegido.

Liberalismo legal (ou jurídico) é a visão segundo a qual a única razão moralmente legítima para a proibição

criminal de condutas é a prevenção de lesões ou ofensas a pessoas alheias ao próprio agente e aos incapazes de consentir. O moralismo legal é diferente: para essa doutrina, às vezes é legítimo criminalizar condutas para prevenir ações simplesmente porque essas são “inerentemente imorais” (imorais por si mesmas), mesmo que não causem lesões ou ofensas não consentidas a terceira pessoa.<sup>66</sup>

A lesão ao bem jurídico implica, também, a exploração da vulnerabilidade de pessoas que não possuem capacidade de consentimento para determinados atos. Ausente a autonomia para decidir sobre comportamentos relevantes, estes poderão ser prejudiciais à pessoa vulnerável, pois não há capacidade para compreender e refletir devidamente sobre o caso. O que não se pode tolerar é a presunção absoluta de que todos são vulneráveis em determinadas situações, como na prostituição, e de que nunca haverá consentimento válido.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A análise da vulnerabilidade da vítima nos crimes sexuais passa,

necessariamente, pela alteração do enfoque dessas infrações. O antigo modelo, vigente até 2009, que alçava os bons costumes à condição de bem jurídico principal, há muito era contestado pela doutrina.<sup>67</sup> A violência sexual é um atentado à dignidade da vítima, pois esta fica impedida de desenvolver sua autodeterminação em relação à prática do sexo da maneira como deseja. Acima da imoralidade, tal comportamento criminoso é lesivo à dignidade da pessoa humana. Por isso, apesar de tardia, as alterações promovidas pela Lei 12.015/2009 são bem-vindas.

## AS ALTERAÇÕES DOS CRIMES SEXUAIS

Com a edição da Lei 12.015/2009, o Código Penal sofreu profunda alteração no seu Título VI, que contém os tipos penais dos crimes sexuais. A primeira grande mudança aconteceu na sua própria denominação. A antiga nomenclatura “Dos Crimes contra os Costumes” deu lugar a outra: “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Além disso, os tipos penais também passaram por transformações.

Um dos tipos penais que sofreram maior impacto foi o artigo 213. Antes da

---

<sup>66</sup> MURPHY, Jeffrie G. *Legal moralism and liberalism*. *Arizona Law Review*, Vol. 37, n.º 73, 1995. p. 75.

---

<sup>67</sup> Por todos: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*. São Paulo: Quartier Latin. 2008. pp. 37 e ss.

citada lei, estupro e atentado violento ao pudor eram condutas previstas em tipos penais distintos (artigos 213 e 214, respectivamente). O estupro resumia-se à conjunção carnal praticada mediante constrangimento ilegal. Todos os demais atos libidinosos sem consentimento enquadravam-se no atentado violento ao pudor. Apenas mulheres poderiam ser vítimas de estupro, pois este era um tipo bastante restrito, enquanto o artigo 214 era aberto e permitia a vitimização de ambos os gêneros. Na redação atual, não há mais o tipo do atentado violento ao pudor e todas as condutas previstas no artigo 214 migraram para o artigo 213.

Outras mudanças foram experimentadas, como a revogação do atentado ao pudor mediante fraude (artigo 216) e a migração de suas condutas para o artigo 215, cuja denominação mudou para “violação sexual mediante fraude”. No entanto, o ponto de maior interesse para o trabalho são os capítulos II e V que tratam, respectivamente, dos crimes contra vulneráveis e os atos relacionados à prostituição.

O Código Penal recebeu um novo tipo penal, o artigo 217-A. Trata-se do estupro de vulnerável, cujo comportamento incriminado é “*ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos*” ou “*com alguém que,*

*por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência*”. Evidente que neste crime o consentimento da vítima é inválido devido à falta de capacidade para decidir sobre sua conduta sexual.

Em relação aos crimes envolvendo a prostituição, as alterações foram poucas. Uma ou outra modificação na redação sem alterar a essência. A mais significativa das transformações é a interpretação que se deve dar aos tipos penais com a nova denominação do Título VI (Dos Crimes contra a Dignidade Sexual). Como não são mais os bons costumes o objeto de tutela, a prostituição deve ser encarada com ênfase no indivíduo. O julgamento moral que a sociedade faz em relação a esta atividade tornou-se irrelevante, uma vez que o objeto de tutela é a dignidade sexual da vítima.

## **A PERSPECTIVA QUANTO AO BEM JURÍDICO**

A doutrina já vinha se manifestando pela alteração de perspectiva sobre o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais. O contexto histórico em que o Código Penal foi redigido permitia prevalecer a valoração moral sobre a dignidade da vítima. Na atual ordem jurídica, amparada

pelos valores constitucionais e pelos tratados internacionais de direitos humanos, a questão do bem jurídico há muito deveria ter sido revista. Deve-se considerar que o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana está consolidado tanto na Constituição Federal quanto nos tratados e, por isso, sobrepõe-se aos demais valores, como os “bons costumes”.

À época da redação do Código Penal, em que a Carta Magna era denominada “Constituição Polaca”, de 1937, não havia discrepância entre o Código Penal e o texto constitucional. Era característica do Estado ditatorial a ampla interferência na vida privada dos cidadãos. Assim, permitia-se ao legislador fundamentar uma incriminação no  *pudor*, definido como “complexo sentimento concernente a toda conduta do indivíduo sob o prisma sexual”.<sup>68</sup> Quer dizer, a conduta do cidadão, mesmo em seu íntimo, poderia sofrer interferência estatal por meio de normas penais. Basta a leitura do preâmbulo da Constituição de 1937 para encontrar, como um de seus objetivos, a busca pelo bem-estar social. Além disso, sua própria forma denunciava seu autoritarismo, pois, em primeiro lugar,

---

<sup>68</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*, vol. VIII. p. 92.

regulamentava-se a estrutura do Estado e, mais adiante, previam-se os direitos fundamentais.

Os “bons costumes”, como interesses a serem tutelados, eram compreendidos como parcela da moralidade pública. Esta, por sua vez, é definida como “a consciência ética de um povo, em um dado momento histórico e precisamente o seu modo de entender e distinguir o bem e o mal, o honesto e o desonesto”.<sup>69</sup> Ou, ainda, a moralidade pública é o conjunto de normas que ditam o comportamento a ser observado nos domínios da sexualidade.<sup>70</sup> O conceito é muito vago e não condiz com princípio da legalidade estrita de um direito penal do Estado democrático de direito.

Já havia passado da hora de mudar o foco da tutela. A integridade física e moral da vítima são elementos da dignidade humana, que está acima daquilo que a lei tentou convencionar como os bons costumes. Tais “costumes”, tutelados pelo Código, são entendidos como valores morais<sup>71</sup>, verdadeiros conceitos abertos, sujeitos a diversos caminhos de interpretação. Inaceitável, portanto, a proposta de alguns autores que

---

<sup>69</sup> MAGGIORI *apud* COSTA JR., Paulo José. *Código penal comentado*. p. 728.

<sup>70</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, vol. 03. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 60.

<sup>71</sup> SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Crimes sexuais*. Leme: Editora Mizuno. 2006. p. 42.

sustentavam a alteração do título “crimes contra os costumes” para “crimes contra o pudor”, pois tais infrações teriam como denominador comum a ofensa ao pudor individual e social.<sup>72</sup>

Com razão, SILVEIRA afirma que “como a moral não é vista como um sistema único, mas sim oriunda de uma relação de consenso – dada a partir de uma argumentação –, ela não pode sustentar um controle de situações que não necessariamente venham a agredir a coletividade como um todo”.<sup>73</sup> O que pode ser imoral para um, pode não sê-lo para outrem. Além disso, todo crime carrega um certo conteúdo contrário à moral da maioria das pessoas, entretanto, essa imoralidade, por si só, é insuficiente para legitimar uma incriminação. É necessário que haja uma lesão ou um perigo de lesão a um bem jurídico objetivamente determinável, que independa exclusivamente da avaliação subjetiva do legislador e do aplicador da norma.

A alteração promovida pela Lei 12.015/2009 trouxe novos horizontes aos crimes sexuais. Resta definir o que seja a dignidade sexual, nova denominação do bem jurídico tutelado. Entende-se ser dignidade sexual o direito da pessoa de

escolher, consciente e voluntariamente, suas condutas sexuais. Englobam-se as outras pessoas com quem se deseja relacionar, o lugar, o tempo e os procedimentos. Desde que a dignidade dos demais seja também respeitada, cada um pode exercer sua sexualidade como bem entender. Considera-se, assim, a individualidade de cada um, suas aspirações e vontades, abandonando-se os valores meramente imorais.

## COERÇÃO, FRAUDE E CONSENTIMENTO

O estudo da vulnerabilidade passa, necessariamente, pelo consentimento da pessoa. E o consentimento só é válido quando a pessoa possuir autonomia suficiente para consentir. Um dos princípios fundamentais do direito penal no Estado liberal e democrático de direito é o princípio da autonomia. Segundo este princípio, deve ser reconhecida ao máximo a capacidade de autodeterminação da pessoa. Ser autônomo é ser pessoa em si mesmo, ser conduzido por considerações, desejos, condições e características que não sejam simplesmente impostos externamente, mas que sejam parte daquilo que alguém considera autêntico em si próprio.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> NORONHA, E. Magalhães. *op. cit.* 03. p. 62.

<sup>73</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *op. cit.* pp. 142-143.

<sup>74</sup> CHRISTMAN, John. *Autonomy in Moral and Political Philosophy*. *Stanford Encyclopedia of*

O princípio da autonomia no direito penal apresenta três características: (1) preservar ao máximo a liberdade da pessoa, pois ela sabe o que é melhor a si mesma; (2) interferir na liberdade quando não houver autonomia para decisão; (3) as consequências da decisão que autorizam a intervenção devem ser drásticas (quer dizer, deve-se considerar o que pode acontecer em caso de abstinência sobre o comportamento a ser evitado ou permitido). Pode-se dizer, assim, que o Estado liberal e democrático de direito exige o princípio da autonomia como reitor de um ordenamento jurídico-penal que reconheça a pessoa como objeto de proteção.

## AUTONOMIA INDIVIDUAL

Para entender a coerção, a fraude e o consentimento, é necessário um rápido desenvolvimento dos conceitos de *discernimento* e *autonomia*. Só pode ser autônomo quem tem capacidade de discernimento; apenas quem tem autonomia pode consentir; por fim, a coerção e a fraude são formas de restringir a autonomia e, por consequência, tornar o consentimento inválido.

---

*Philosophy*. 2009. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral/>>. Acesso em: 03/08/2010.

Por capacidade de discernimento definimos a capacidade do sujeito em separar as informações que possui e utilizá-las dentro de seu contexto. Discernir é apreciar algo e distinguir este objeto de apreciação dos demais. Implica captar diferenças e semelhanças e individualizar determinados objetos. Enfim, quem discerne pode distinguir ideias e, pelo menos em tese, saber o que faz. Portanto, os riscos de iludir-se com uma conduta são menores ou inexistentes. Em conclusão, quem discerne tem consciência dos fatos.

Como sinônimo de capacidade de discernimento, encontramos o termo *competência*. Esta é definida como capacidade da pessoa em desempenhar uma tarefa considerada.<sup>75</sup> A competência requer a valoração da capacidade individual de entender a informação concreta, de fazer o julgamento sobre estas informações à luz de seus valores, de pretender um certo resultado e de comunicar livremente seus desejos.<sup>76</sup> A pessoa competente, em tese, pode responder por seus atos, exceto quando houver alguma excludente de responsabilidade.

---

<sup>75</sup> CUNNINGHAM, Larry. *A question of capacity: towards a comprehensive and consistent vision of children and their status under law*. UC Davis Journal of Juvenile Law and Policy. Vol. 02, n.º 10, 2006. p. 281.

<sup>76</sup> Idem, *ibidem*. p. 282.

Ter capacidade de discernimento é meio caminho para ser autônomo. Literalmente, autonomia significa “possuir ou construir suas próprias leis”.<sup>77</sup> Apesar de seu conteúdo político, o que nos interessa é a noção de autonomia envolvida com a ideia de sujeito.<sup>78</sup> A pessoa autônoma é aquela que pode conduzir sua vida conforme seus preceitos, sua consciência e sua vontade. Os indivíduos autônomos atuam livremente e sem interferências que os controlem, seja pela força da coerção, a persuasão, o paternalismo ou a manipulação. É uma característica da natureza humana: o que o homem elege como guia de seus pensamentos, suas ações, suas intenções e, em grande medida, essa autonomia de decisão definem quem ele é.<sup>79</sup>

O sujeito autônomo pode fazer aquilo que lhe é pedido, mas por sua própria vontade, e não apenas pela vontade de quem lhe pediu.<sup>80</sup> A autonomia só é mantida se o indivíduo age de forma diferente porque sua vontade também

mudou, e não por qualquer tipo de obrigação que acredita possuir. Um conceito mais recente de autonomia é o exercício da habilidade psicológica para governar a si mesmo – ou de ser verdadeiro a si mesmo – e não necessariamente agir racionalmente, ter certos direitos ou escolher livremente.<sup>81</sup> Este é um sentido bastante amplo, pois oferece ao sujeito autônomo o direito de agir conforme seus desejos, mesmo que a escolha não seja racional. Não se exige a racionalidade nas opções, desde que elas sejam autênticas.

O sujeito autônomo possui duas qualidades que lhe asseguram a liberdade. Ele encontra abstinência de determinação e seus objetivos são propriamente seus.<sup>82</sup> A primeira característica implica não existir qualquer força determinista que mova a pessoa. Tal determinação é concebida como condições antecedentes ao ato. O sujeito faz porque quer, não porque foi condicionado.

É possível identificar os seguintes requisitos da autonomia: (a) capacidade de

---

<sup>77</sup> FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1986. p. 27.

<sup>78</sup> SEGRE, Marco, LEOPOLDO E SILVA, Franklin, SCHRAMM, Fermin R. *O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia*. Bioética, Vol. 06, 1998. p. 15.

<sup>79</sup> COLT, Henri. *Autonomia e identidad practica - pilares de la conducta etica de los medicos*. Medicina, Buenos Aires, Vol. 66, 2006. p. 76.

<sup>80</sup> DWORKIN, Gerald. *Autonomy and Behavior Control*. The Hastings Center Report, Garrison (EUA), vol. 06, n.º 01, fev. 1976. p. 23.

---

<sup>81</sup> FRANKFURT, Harry. *Freedom of the Will and the Concept of a Person*. The Journal of Philosophy, Vol. 68, n.º 01, 1971). pp. 07 e ss.; McLEOD, Carolyn. *How to distinguish autonomy from integrity?* Canadian Journal of Philosophy. Vol. 35, n.º 01, 2005. p. 109.

<sup>82</sup> KAPITAN, Tomis. *The problem of free will*. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge dictionary of philosophy*. Cambridge (Inglaterra) Cambridge University Press. p. 326-328.



discernimento; (b) condições de agir conforme sua consciência; (c) liberdade de agir restringida pela preservação do interesse alheio. A pessoa autônoma consegue discernir sobre as coisas, elabora sua opinião a respeito e pode agir conforme sua vontade. Não há impedimento ou desfiguração da realidade que a impeçam de agir conscientemente. A autonomia pode incidir em algumas situações e, em outras, não. Por exemplo, uma criança é autônoma para brincar ou comer, no entanto, não pode celebrar um contrato de compra e venda de bens imóveis. A capacidade de discernimento pode ou não existir de acordo com as exigências do caso concreto.

## COERÇÃO E FRAUDE

Outros conceitos importantes relacionados à autonomia são a coerção e a fraude, principalmente porque sua incidência retira a autonomia do indivíduo. Coerção é o uso da força ou da ameaça para impelir alguém a fazer ou deixar de fazer algo. É o ato de constranger uma pessoa a agir contrariamente à sua própria vontade. Os meios para coagir alguém são a força (*vis corporalis*) ou a ameaça (*vis compulsiva*). O constrangimento deve ser suficiente para diminuir a capacidade de resistência da vítima, por isso o ato deve

ser violento ou representar uma grave ameaça. Na legislação penal, encontram-se diversos tipos compostos por violência ou grave ameaça: estupro (artigo 213), roubo (artigo 157), constrangimento ilegal (artigo 146), entre outros.

Por seu turno, fraude é a alteração dos fatos para induzir alguém a uma falsa percepção da realidade. O agente faz uso da dissimulação ou da ocultação de fatos relevantes para a formação da opinião consciente. Apesar de não haver violência ou grave ameaça na relação entre as partes, a expressão da vontade resta prejudicada porque o acordo surgiu de uma manifestação indevida, que provavelmente não teria acontecido se os fatos fossem colocados devidamente como realmente eram. No direito penal, há tipos penais praticados mediante fraude, como o estelionato (artigo 171) e a violação sexual mediante fraude (artigo 215).

Presentes a coerção ou a fraude, o discernimento estará viciado e, portanto, inválido. Quem discerne induzido por um erro não pode fazer uso pleno da liberdade, sob pena de causar um dano a si mesmo sem a consciência necessária. Essa pessoa não possui autonomia e não pode agir conforme seus próprios regramentos, pois estes são elaborados erroneamente. Também não há responsabilidade do



indivíduo que, por engano provocado, pratica uma conduta lesiva.

A coerção, por sua vez, não implica vício de discernimento. O sujeito coagido tem condições de discernir, não obstante, está impedido por força maior de prosseguir de acordo com sua consciência. Quem coage não induz a vítima a erro, simplesmente oferece uma única opção de comportamento mediante violência ou grave ameaça. A vítima sabe o que faz, discorda de seu próprio comportamento e tem consciência de que não lhe resta alternativa que não seja obedecer a quem coage. Há competência, mas falta-lhe autonomia.

A falsa percepção da realidade e a incapacidade de discernir reduzem ou anulam a autonomia em diversas atividades do cotidiano, principalmente aquelas que podem produzir algum tipo de perigo ou dano à sua integridade. Além das duas hipóteses aqui citadas, há outras em que o consentimento perde a validade: são os casos de vulnerabilidade, analisados posteriormente.

## **REQUISITOS PARA O CONSENTIMENTO VÁLIDO**

A validade do consentimento depende de alguns fatores, que podem ser enumerados da seguinte forma: (1)

autonomia para dispor do bem jurídico; (2) consciência das prováveis consequências do ato para o qual se consente; (3) disponibilidade do bem jurídico. Sobre a autonomia, seus requisitos já foram apontados. O sujeito deve ser capaz de discernir e ser livre para agir conforme sua consciência. O outro requisito é a consciência dos prováveis efeitos da conduta para a qual consente. A pessoa deve saber o que poderá acontecer caso aceite o comportamento perigoso. Por fim, o bem jurídico deve ser disponível.

Os prováveis efeitos do comportamento devem ser conhecidos por quem consente. Só é válido aceitar aquilo de que se tem consciência. Por isso, fraude ou qualquer manobra que distorça a realidade dos fatos torna o consentimento inválido. Pode-se, assim, distinguir o consentimento em dois momentos: (a) *ex ante*, o sujeito concebe o meio e o modo como o comportamento será praticado; (b) *ex post*, analisam-se seus prováveis resultados.

Sobre a disponibilidade do bem jurídico, devido ao espaço e à complexidade do tema, somente algumas colocações são viáveis. Entendemos que a disponibilidade do bem jurídico está diretamente relacionada com a autonomia do indivíduo. Disponível é o bem que não compromete o exercício da autonomia.

Tutela-se o bem no presente para garantir a autonomia no futuro. É o que justifica, por exemplo, os crimes envolvendo menores de idade, mesmo que não haja constrangimento ilegal. O menor de 14 anos não tem a autonomia sexual no presente e, para preservar sua formação e permitir a autonomia no futuro, a lei penal impede a prática de atos lascivos antes da maturidade suficiente.

## VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

Para fins do direito penal, de tutela do bem jurídico, pode-se dividir os vulneráveis em quatro grandes grupos: (1) crianças e adolescentes; (2) adultos com problemas mentais; (3) adultos temporariamente perturbados; (4) grupos especiais de vulneráveis. A vulnerabilidade das pessoas não é absoluta e irrestrita, pois incide apenas em alguns atos da vida. E justamente tais atos, que podem trazer algum prejuízo, devem ser evitados pela norma penal.

Crianças e adolescentes são sujeitos que se encontram em fase de maturação. Ainda não possuem capacidade plena para algumas iniciativas, por isso merecem ampla tutela do Estado por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente. O crescimento do jovem deve “dar-se em um ambiente livre de estímulos nocivos e capazes de ajudá-lo no processo

educativo”, pois o menor encontra-se em processo de maturação.<sup>83</sup>

Os adultos com problemas mentais também encontram tutela diferenciada na legislação. O Código Penal, em seu art. 26, estabelece que “*é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*”. O Código Penal reconhece a inimputabilidade do alienado mental e sua vulnerabilidade em alguns crimes, como o estupro de vulnerável (art. 217-A) ou o abuso de incapazes (art. 173).

Adultos temporariamente perturbados, apesar de não apresentarem doenças mentais, podem sofrer redução da capacidade de discernimento nas seguintes situações: ignorância sobre o fato, estresse emocional, compulsão e a irracionalidade.<sup>84</sup> Quando a situação de precariedade é extrema, a vontade de sobreviver é maior que a de assumir determinados compromissos. Há uma certa espécie de instinto de sobrevivência que elimina

---

<sup>83</sup> SARNI, Cinzia. *Tutela e vulnerabilidade do menor no âmbito televisivo*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (orgs.) *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 315.

<sup>84</sup> HODSON, John D. *The principle of paternalism*. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol 14, n.º 01, jan. 1977. pp. 62-63.

outras opções da pessoa, reduzindo-as a apenas duas: a subsistência ou nada.

Por fim, a lei reconhece explicitamente alguns grupos especiais de vulneráveis. Por exemplo, as mulheres estão amparadas pela Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica, os idosos encontram atenção especial no Estatuto próprio, os deficientes são reconhecidos como vítimas mais fragilizadas pelo Código Penal etc. Ilustrando o primeiro exemplo, as mulheres, fisicamente consideradas, são mais frágeis na relação de coabitação com o homem, portanto, quando este pratica qualquer ato de violência (*qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*) está sujeito a medidas mais gravosas previstas na Lei 11.340/2006. Enfim, é possível distinguir grupos e suas peculiaridades, apontando certo grau de vulnerabilidade em determinadas situações.

Nos crimes sexuais, entretanto, surge um grupo especial de vulneráveis que merecem maior atenção do legislador. O artigo 217-A, que prevê a figura delitiva do “estupro de vulnerável”, cita, taxativamente, as pessoas que não possuem capacidade de discernimento suficiente para a atividade sexual: (a) o menor de 14 anos; (b) quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (c) ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer

resistência. Além disso, outras figuras vulneráveis continuam na legislação, como as vítimas de assédio sexual e dos crimes de prostituição.

## CONCEITO DE VULNERABILIDADE

O conceito de vulnerabilidade é amplo, vai além do direito. Vulneráveis são os sujeitos que podem ser atacados ou ofendidos<sup>85</sup>, “são pessoas que por condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças, estabelecidas entre elas e a sociedade envolvente, transformadas em desigualdade”<sup>86</sup>. O conceito que nos interessa é o da vulnerabilidade social, entendida como a “falta de ativos materiais e imateriais a que determinado indivíduo ou grupo está exposto, levando-os a sofrer futuramente alterações bruscas e significativas em seus níveis de vida”.<sup>87</sup> “A vulnerabilidade social pode se manifestar em dois planos: estrutural e

---

<sup>85</sup> *DICIONÁRIO MICHAELIS ONLINE, Verbetes Vulnerável.* Disponível em <<http://www.uol.michaelis.com.br>>. Acesso em: 20/02/2010.

<sup>86</sup> *GUIMARÃES, Maria Carolina S., NOVAES, Sylvia Caiuby. Vulneráveis. Portal da Bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.* Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/vulnera.htm>>. Acesso em: 08/02/2010.

<sup>87</sup> *SILVA, Algéria Valéria da. Vulnerabilidade social e suas consequências: o contexto educacional da juventude na região metropolitana de Natal. Resumos do 13 Encontro de Ciências Sociais do Norte Nordeste. Maceió, 2007.*

subjetivo. No plano estrutural, pode ser dada por uma mobilidade descendente e, no plano subjetivo, pelo desenvolvimento de sentimentos de incerteza, insegurança, de não-pertencimento a determinado grupo, de fragilidade dos atores.”<sup>88</sup>

Empresta-se a definição da Resolução 196, de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, em seu item II.15, segundo a qual vulnerabilidade é o “estado de pessoas ou grupos, que por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”. Vulneráveis, portanto, não possuem consentimento válido para as situações de provável prejuízo, nas quais sua vulnerabilidade é relevante. Uma pessoa que está faminta e não possui dinheiro para se alimentar provavelmente consentirá, contra sua vontade real, em se submeter a uma situação humilhante. Quem é vulnerável encontra-se em conflito da sua vontade real contra a vontade manifestada no caso concreto, por questão de necessidade e não por consciência.

Diversos fatores, isolada ou conjuntamente, podem determinar a vulnerabilidade de alguém. O menor desenvolvimento intelectual e cultural pode determinar certas fragilidades no

---

<sup>88</sup> *Idem, ibidem. sem página.*

momento de se decidir algo.<sup>89</sup> A falta de desenvolvimento emocional também pode ser determinante para tornar uma pessoa vulnerável, assim como a pouca idade.<sup>90</sup> Por fim, e não esgotando, parece ter ampla aceitação a tese de que o baixo nível socioeconômico também é fator de risco no aumento de *stress* e, conseqüentemente, da vulnerabilidade.<sup>91</sup>

## EXPLORAÇÃO DE VULNERÁVEIS

A exploração pode ser definida como um duelo desigual de forças, no qual o mais fraco dificilmente ousa enfrentar o mais forte em busca de novas possibilidades. Há uma espécie de aceitação da exploração porque não há alternativas próximas diferentes daquelas às quais os menos favorecidos estão

---

<sup>89</sup> ZANER, Richard M. *The Phenomenon of Vulnerability in Clinical Encounters*. *Human Studies*, Holanda, vol. 29, n.º 3, set. 2006. pp. 284 e ss.

<sup>90</sup> HUTZ, Claudio S., KOLLER, Silvia H., BANDEIRA, Denise R. *Resiliência e vulnerabilidade em crianças em situação de risco*. In: KOLLER, Silvia Helena. *Coletâneas da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Psicologia*, Rio de Janeiro, n.º 12, 1996. p. 80.

<sup>91</sup> CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam. *Jovens em situação de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências*. *Cadernos de Pesquisa da Fundação Carlos Chagas*, São Paulo, n. 116, jul. 2002. pp. 143 e ss.

submetidos.<sup>92</sup> O explorado não encontra outras opções que não sejam a submissão ao mais forte e este, aproveitando-se do desequilíbrio, tira vantagens injustas.

A relação de exploração envolve duas características fundamentais: (1) uma parte mais forte e outra mais fraca; (2) a vantagem injusta do mais forte sobre a fragilidade de outrem. Nos polos da relação, a parte mais forte encontra-se em melhor posição, financeira ou economicamente, e a outra, debilitada, precisa de algum tipo de suprimento que só pode ser obtido agindo contrariamente à sua vontade real. Por essa razão, a vantagem obtida pelo mais forte é injusta, pois se apoia numa vontade contrária àquilo que o explorado realmente queria para si.

A vantagem injusta pode ocorrer em duas formas. A parte mais forte obtém ganhos e a mais fraca perde ou ganha menos que o devido. O explorador tem consciência sobre a situação de fragilidade do explorado. No entanto, nem sempre o explorado tem conhecimento das vantagens injustas obtidas por conta de sua fraqueza. A falta de alternativas, muitas vezes, impede o sujeito de enxergar a relação de exploração.

---

<sup>92</sup> ROEMER, John E. *Exploitation, alternatives and socialism*. *The Economic Journal*. Vol. 92, n.º 365, 1982. p. 89.

A exploração de vulnerabilidade atenta contra a autonomia do sujeito, uma vez que a vontade real encontra-se reprimida no momento de fragilidade. Para preservar a autonomia da pessoa no futuro, não se pode considerar a vontade demonstrada no momento de fraqueza ou instabilidade emocional. O consentimento dado deve ser comparado àquele que seria concedido se o explorado estivesse em condições mínimas de dignidade ou de maturidade para decidir e, ao mesmo tempo, não impeça o exercício da autonomia no futuro.

## **INVALIDADE DO CONSENTIMENTO DO VULNERÁVEL**

Definidos os requisitos do consentimento, pode-se afirmar que a ausência de qualquer deles o torna inválido. Se não há validade do consentimento, cabe ao direito penal intervir no comportamento para evitar a ameaça ao bem jurídico tutelado. Dividem-se em quatro os grupos de casos em que não há consentimento válido do ofendido: (1) falta de discernimento; (2) falsa percepção da realidade; (3) coerção; (4) situação de fragilidade e ausência de opções para supri-la. O quarto grupo é o mais complexo e o que mais interessa a este trabalho. A vulnerabilidade surge,

então, como causa de invalidade do consentimento. Portanto, a pessoa vulnerável merece a proteção do Estado, especialmente do direito penal, nos casos mais relevantes de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A falta de discernimento fundamenta a intervenção penal porque o consentimento é concedido sem a reflexão necessária e sem conhecimento dos fatos. Quem não tem maturidade suficiente não pode fazer determinadas opções que possam levar o indivíduo a um prejuízo moral ou material. Um exemplo é o artigo 173 do Código Penal, cuja redação proíbe a conduta de *“abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro”*.

Outra causa de invalidade do consentimento é a falsa percepção da realidade. O ofendido, apesar das perfeitas faculdades mentais, só consente em conduta lesiva porque não possui consciência sobre os fatos verdadeiros. Há, por parte do agente, dissimulação para enganar e induzir o ofendido a erro. O exemplo mais comum é o estelionato. O artigo 171 incrimina a conduta de *“obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita,*

*em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”*.

A coerção é o uso da grave ameaça ou da violência para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo contrariamente ao ordenamento jurídico. O ofendido tem capacidade de discernimento, sabe o que deseja, porém, não pode agir conforme sua consciência e vontade. O perigo ao qual sua integridade física e moral está exposta impede de agir conforme sua decisão resultante de um processo mental. A violência e a grave ameaça, porém, devem ser capazes de diminuir a resistência da vítima e impedir o exercício da autonomia.

Por fim, a vulnerabilidade é capaz de invalidar o consentimento. Diversos fatores podem contribuir para um consentimento forçado, contrário à vontade real do indivíduo. Dificuldades econômicas, falta de informação suficiente, desespero emocional etc. O vulnerável não dispõe de todos os recursos intelectuais necessários para dar seu aval sobre eventual lesão. Falta-lhe a consciência dos fatos ou, se estiver consciente, não há meios de resistir ao comportamento lesivo a si próprio. Por não haver opções e, devido à maior fragilidade, forçosamente pratica aquilo que não faz parte da sua vontade, muitas vezes, a depender da

espécie de vulnerabilidade, com a devida consciência.

Só seria correto afirmar que vulnerável sem capacidade plena de consentimento é o sujeito em situação de fragilidade que não encontra outras opções para suprir suas necessidades. A partir da ausência de outras escolhas livres, o vulnerável torna-se propenso à exploração por aquele que sabe de sua condição e busca uma vantagem indevida. O vulnerável, nessas condições, sabe que determinada opção é prejudicial a si mesmo, mas não tem como fugir desta. O consentimento para a lesão é meio necessário para conseguir a subsistência ou o suprimento de uma necessidade.

## **CASOS PONTUAIS**

A partir dos conceitos desenvolvidos, segue a análise da vulnerabilidade em alguns crimes sexuais. O objeto de proteção das normas é a dignidade sexual, que não pode ser atingida quando o ofendido for vulnerável e seu consentimento tornar-se inválido para situações que envolvam sua autodeterminação sexual.

## **PROSTITUIÇÃO**

A prostituição por si só não está incriminada na legislação brasileira, nem o

seu consumo. A lei penal proíbe condutas de terceiros que, de algum modo, contribuam para a prostituição ou que dela resulte algum benefício que não seja para a própria pessoa prostituída. Vender o próprio corpo e consumir o serviço sexual não são condutas tipificadas no Código Penal, exceto quando houver pessoa vulnerável envolvida. Assim, destacam-se as seguintes condutas tipificadas na legislação penal: (1) Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável; (2) Mediação para servir a lascívia de outrem; (3) Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual; (3) Casa de prostituição; (4) Rufianismo; (5) Tráfico interno ou internacional de pessoas para fins de exploração sexual.

O primeiro comportamento tipificado é o artigo 218-B, que incrimina qualquer forma de incentivo ou exploração de prostituição de pessoas menores de 18 anos. A qualidade da vítima é elementar do tipo, consistindo presunção de sua vulnerabilidade. Nos outros crimes, não há exigência quanto à idade, portanto, é crime praticado contra adultos. O consumidor da prostituição apenas responde quando a vítima for menor de 14 anos (estupro de vulnerável, artigo 217-A) ou tiver entre 14 e 18 anos (artigo 218-B, § 2.º, I). Assim, resumidamente, pode-se afirmar que favorecer ou explorar prostituição alheia é crime independentemente da qualidade da



vítima, enquanto seu consumo somente é punível quando esta for menor de 18 anos.

As figuras da prostituição envolvem diversos meios de comportamento. Os crimes podem ser praticados mediante coação, fraude ou exploração da vulnerabilidade. E é justamente a terceira forma que se mostra mais problemática. Coação e fraude são conceitos tranquilamente aplicáveis no direito penal, conforme já foi colocado. Acontece que a vulnerabilidade apresenta diversos aspectos que, conforme sua relevância, podem legitimar a norma penal que proíbe um comportamento mesmo com o consentimento do ofendido. A principal pergunta a ser respondida é a seguinte: qual o grau de vulnerabilidade capaz de legitimar a intervenção penal no comportamento de quem se prostitui com consentimento?

Há quem entenda que no sistema capitalista não há exploração consentida, uma vez que não restam opções à grande maioria da população que não seja a submissão aos detentores do capital.<sup>93</sup> A lei do mais forte reduz a capacidade de escolher outros meios de vida que não sejam a submissão pela sobrevivência. Assim, por exemplo, segundo TORRES, DAWIM e COSTA, em artigo no qual analisam as causas da prostituição em Natal, Rio Grande do Norte:

---

<sup>93</sup> CUMMINGS, Scott. *Vulnerability to the Effects of Recession: Minority and Female Workers*. *Social Forces*, Vol. 65, n.º 03, 1987. p. 837.

*Os dados levantados revelam que as jovens do estudo se encontram na faixa etária entre 15 e 23 anos de idade. Quanto à escolaridade das participantes do estudo, 90% não concluíram o 1º grau, abandonando a escola entre a 4ª e 7ª séries; só 10% das entrevistadas freqüentava a escola, cursando a 3ª série do 1º grau. Segundo onde residiam, 80% moravam em bairros e conjuntos periféricos de Natal, caracterizados por habitações populares e com baixo poder aquisitivo; 20% eram domiciliadas fora de Natal, ou seja, em municípios do Estado do Rio Grande do Norte. Quanto à qualificação profissional, 80% não possuíam profissão/ocupação, enquanto que 20% afirmaram terem uma profissão, ou seja, cabeleireira e operadora de caixa, apesar de não a exercerem. No que se refere à renda familiar, 80% afirmaram uma renda em torno de 1 a 2 salários mínimos, e 20% com renda superior a 2 salários mínimos.<sup>94</sup>*

Não restam dúvidas de que as condições econômicas, sociais e culturais contribuem para o ingresso das pessoas carentes na prostituição, principalmente pela diminuída formação intelectual e consequente dificuldade de obter emprego. Por outro lado, há casos em que a pessoa envolvida prefere vender o corpo a ter outra atividade por causa dos ganhos, com

---

<sup>94</sup> TORRES, Gilson de Vasconcellos, DAWIM, Rejane Marie, COSTA, Terêsa Neumann Alcoforado da. *Prostituição: causas e perspectivas de futuro em um grupo de jovens*. *Rev.latino-am. enfermagem*, v. 07, n.º 03, julho, 1999. p. 10.

toda consciência. Segundo matéria veiculada no Portal Terra sobre uma prostituta de luxo:

*Hoje, ela tem clientes fixos e faz em média dez programas por semana. Segundo ela, sua renda chega a R\$ 12 mil por mês, o que lhe possibilita manter o apartamento de luxo que comprou em São Paulo e mais outras regalias de uma mulher de classe média alta: roupas, academia, tratamentos estéticos e viagens.<sup>95</sup>*

Não há como generalizar as escolhas e proibir toda e qualquer forma de colaboração à prostituição. Se a suposta vítima fez a escolha livre de coação ou fraude, há que se verificar o grau de sua vulnerabilidade. A exploração só existe quando a vulnerabilidade atinge um nível insuportável de resistência e, efetivamente, outras opções não estejam disponíveis. Quando houver a oportunidade para se atingir o mesmo resultado obtido com a prostituição e esta for a atividade escolhida, não pode o Estado interferir na conduta de terceiros que de algum modo colaboram ou conquistam ganhos. Muitas vezes são os terceiros incriminados que conseguem manter os altos rendimentos das prostitutas.

<sup>95</sup> Disponível em <http://vilamulher.terra.com.br/o-depoimento-de-uma-prostituta-de-luxo-3-1-31-86.html>. Acesso em 10/07/2010.

O auxílio à prostituição deve ser analisado individualmente, caso a caso, pois nem sempre a prostituição é a única ou última fonte de renda da pessoa prostituída. O Estado deve respeitar a vontade livre e consciente de quem não está em estado vulnerável e opta, livremente, pelo comércio sexual. Se há outros meios de subsistência e a alternativa selecionada foi a prostituição, em nome do princípio da autonomia o direito penal não poderia intervir, direta ou indiretamente, na conduta individual.

## ASSÉDIO SEXUAL

Conforme a redação do artigo 216-A do Código Penal, o assédio sexual é a conduta de “*constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função*”. Nota-se o emprego do verbo “constranger” com sentido diferente do usual. Constranger, aqui, tem o sentido de importunar. Constrangimento ilegal implica o uso de violência ou grave ameaça como meios de obrigar alguém a fazer algo. Se assim proceder o agente contra seu subordinado, responderá por estupro, conforme redação do artigo 213. O crime de assédio sexual caracteriza-se pelo uso da

condição de superioridade na relação trabalhista.

O legislador pretende evitar a exploração da vulnerabilidade do empregado, sobre o qual seu superior exerce influência direta, podendo demiti-lo a seu critério. Considerando a possibilidade de demissão a qualquer momento e as dificuldades de recomeçar uma carreira em outro lugar, aquele que sofre a insinuação sente alguma forma de pressão e medo em não ceder. Trata-se de outra hipótese de proteção da dignidade sexual, com a incriminação da exploração da vulnerabilidade de certos grupos de pessoas economicamente mais fracas.

Quando houver contradição entre a vontade real da vítima de não manter relações sexuais e a vontade de seu superior, ao saber das eventuais consequências que a resistência possa lhe causar, o vulnerável não consentirá livremente. Sua preferência real não condiz com eventual manifestação em ceder sexualmente à vontade de seu superior, o que legitimaria a intervenção do Estado num conflito que, aparentemente, estaria apenas na esfera individual.<sup>96</sup> O comportamento do superior estaria fora do âmbito do permitido pelo Estado nas relações trabalhistas, as quais não podem ser utilizadas como forma de atentar contra a dignidade sexual.

---

<sup>96</sup> DIEGO FARRELL, Martín. *Privacidad, autonomía y tolerancia*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi. 2000. pp. 68 e ss.

## ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Após a redação alterada pela Lei 12.015/2009, surge o tipo do estupro de vulnerável no art. 217-A do Código Penal. Configura-se o crime pela prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Além do acréscimo do tipo, houve a revogação do art. 224, que previa as hipóteses de presunção de violência.

A alteração, apesar da aparente indiferença, trouxe uma questão interessante. Na estrutura anterior, a redação do *caput* (*presume-se a violência, se a vítima*) permitia discutir se a presunção de violência era absoluta ou relativa. Se a vítima fosse menor de 14 anos, alienada mental ou não pudesse oferecer resistência, podia-se argumentar pela presunção relativa em alguns casos, cabendo prova em contrário. Tal discussão surgiu, especialmente, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, que faz a distinção entre crianças (menores até 12 anos de idade) e adolescentes (entre 12 e 18 anos). Ora, se lei posterior e especial diz que adolescente tem capacidade de discernimento maior

que a criança, poder-se-ia alegar que os menores entre 12 e 14 anos estariam numa faixa etária da adolescência e não poderiam ser equiparados a crianças no grau de fragilidade. Ou seja, a redação anterior permitia discutir se havia a capacidade mínima de discernimento do adolescente e, em caso afirmativo, afastar-se-ia a violência presumida.

O texto atual diz apenas que é crime *ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos*. A idade da vítima é elementar do tipo e, assim, basta o ato sexual e estar na faixa etária correspondente. O critério é o mais objetivo possível, permitindo-se concluir que o legislador não adotou o critério do ECA de distinção entre crianças e adolescentes. Quer dizer, é possível aplicar medidas socioeducativas ao menor a partir dos 12 anos, entretanto, antes de chegar aos 14, ainda é considerado sexualmente vulnerável.

Nas três hipóteses do art. 217-A, estabeleceu o legislador a vulnerabilidade de vítima para comportamentos sexuais. Aos menores de 14 anos e alienados mentais falta a capacidade de discernimento (menor grau de maturidade). Os demais que não podem oferecer resistência, por qualquer outra causa que não seja a violência ou a grave ameaça,

possuem a maturidade suficiente, porém, não conseguem manifestar sua vontade em determinado momento. Exemplos desse tipo de situação são as vítimas dopadas, sedadas ou embriagadas pelo autor do crime, que provocam uma situação de vulnerabilidade momentânea que permita a violação sexual. Não restam dúvidas, portanto, de que a dignidade sexual está tutelada pelo art. 217-A e, apesar do deslize no critério etário, o legislador não fez uso de argumentos meramente morais. Deveria, sim, a lei possibilitar a análise do caso concreto, pois menores entre 12 e 14 anos podem ter capacidade de discernimento (como já decidiu o STF no HC 73662/MG), assim como os alienados mentais, a depender do grau da alienação, também podem apresentá-la.

## CONCLUSÃO

Diante do princípio da autonomia e da nova leitura dos crimes sexuais, algumas considerações finais merecem destaque. Primeiro, o direito não pode ser fundamentado em critérios meramente morais, principalmente o direito penal, a *ultima ratio* do controle social formal. Não cabe à norma penal impedir condutas não lesivas e estabelecer padrões de comportamento.

Segundo, não se pode negar que quase todo crime carrega um certo conteúdo de imoralidade. No entanto, ser imoral não é suficiente para legitimar a criminalização de uma conduta. Deve haver, além da conotação moral negativa, lesão efetiva ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente relevante.

Terceiro, nos crimes sexuais o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual, especificamente a autodeterminação sexual, definida como o direito da pessoa de praticar atos sexuais da maneira que desejar, desde que não afete direitos de terceiros. A violação a esse bem jurídico pode se dar pela falta de capacidade para consentir ou por alguma situação de fragilidade da vítima, capaz de comprometer seu consentimento. Quando o consentimento não for válido, teremos o caso de exploração da vulnerabilidade da pessoa incapaz de, no momento determinado, aceitar um comportamento que diga respeito à sua sexualidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam. **Jovens em situação de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências.** *Cadernos de Pesquisa da Fundação Carlos Chagas*, São Paulo, n. 116, pp. 143-176, jul. 2002.

CHRISTMAN, John. **Autonomy in Moral and Political Philosophy.** *Stanford Encyclopedia of Philosophy.* 2009. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral/>>. Acesso em 03/08/2010.

COSTA JR. Paulo José. **Código penal comentado.** 8. ed. São Paulo: DPJ Editora. 2005.

CUMMINGS, Scott. **Vulnerability to the Effects of Recession: Minority and Female Workers.** *Social Forces*, Chapel Hill (EUA), vol. 65, n.º 03, pp. 834-845, mar. 1987.

CUNNINGHAM, Larry. **A question of capacity: towards a comprehensive and consistent vision of children and their status under law.** *UC Davis Journal of Juvenile Law and Policy.* Vol. 02, n.º 10. pp. 276-377. 2006.

DIEGO FARRELL, Martín. **Privacidad, autonomia y tolerância.** Buenos Aires (Argentina): Hammurabi. 2000.

DWORKIN, Gerald. **Autonomy and Behavior Control.** *The Hastings Center Report*, Garrison (EUA), vol. 6, n.º 01, pp. 23-28, fev. 1976.

FEINBERG, Joel. **Harm to self.** Nova Iorque (EUA): Oxford. 1986.

FRANKFURT, Harry. **Freedom of the Will and the Concept of a Person.** *The Journal of Philosophy*, Waterbury (EUA), vol. 68, n.º 01, pp. 05-20, jan. 1971.

GUIMARÃES, Maria Carolina S., NOVAES, Sylvia Caiuby. **Vulneráveis.** *Portal da Bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.* Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/vulnera.htm>>. Acesso em 08/02/2010.

HODSON, John D. **The principle of paternalism.** *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol 14, n.º 01, pp. 61-69, jan. 1977.

HUNGRIA, Nelson, LACERDA, Romão Cortes de, FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**, vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense. 1981.

HUTZ, Claudio S., KOLLER, Silvia H., BANDEIRA, Denise R. **Resiliência e vulnerabilidade em crianças em situação de risco.** In: KOLLER, Silvia Helena. *Coletâneas da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Psicologia*, Rio de Janeiro, n.º 12, pp. 79-86, 1996.

KAPITAN, Tomis. **The problem of free will.** In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge dictionary of philosophy.* Cambridge (Inglaterra) Cambridge University Press. p. 326-328.

MURPHY, Jeffrie G. **Legal moralism and liberalism.** *Arizona Law Review*, Tucson (EUA), Vol. 37. pp. 73-93. 1995.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**, vol. 03. São Paulo: Saraiva. 2002.

ROEMER, John E. **Exploitation, alternatives and socialism.** *The Economic Journal*, Hoboken (EUA), vol. 92, n.º 365, pp. 87-107, mar. 1992.

SARNI, Cinzia. **Tutela e vulnerabilidade do menor no âmbito televisivo.** In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (orgs.) *Cuidado e Vulnerabilidade.* São Paulo: Atlas. 2009. pp. 311-330.

SEGRE, Marco, LEOPOLDO E SILVA, Franklin, SCHRAMM, Fermin R. **O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia.** *Bioética.* Vol. 06. pp. 15-23. 1998.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Crimes sexuais**. Leme: Editora Mizuno. 2006.

SILVA, Algéria Valéria da. **Vulnerabilidade social e suas consequências: o contexto educacional da juventude na região metropolitana de Natal**. Resumos do *13 Encontro de Ciências Sociais do Norte Nordeste*, Maceió, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais**. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

TORRES, Gilson de Vasconcellos, DAWIM, Rejane Marie, COSTA, Terêsa Neumann Alcoforado da. **Prostituição: causas e perspectivas de futuro em um grupo de jovens**. *Rev.latino-am. enfermagem*, v. 7, n. 3, pp. 9-15. julho de 1999.

ZANER, Richard M. **The Phenomenon of Vulnerability in Clinical Encounters**. *Human Studies*, Holanda, vol. 29, n.º 3, pp. 283-294, set. 2006.



## COLABORAÇÃO PREMIADA OU DELAÇÃO PREMIADA?

Juliana CARAMIGO GENNARINI<sup>97</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por finalidade avaliar se a colaboração premiada e a delação premiada são sinônimos ou ferramentas processuais penais diversas previstas no ordenamento jurídicos brasileiro, requisitos, pressupostos e procedimento.

**Palavras-chave:** Colaboração Premiada. Delação Premiada. Admissibilidade. Requisitos. Pressupostos. Legislação Penal e Processual Penal Brasileira.

### INTRODUÇÃO

É certo que ao Direito Penal foi conferida a função de regular a regra de convivência e conduta dos indivíduos na sociedade, impondo-lhe status de *ultima ratio*. Não é ele imutável, até porque o comportamento humano, por não ser estático, exige constante modificação tanto no que se refere ao desenvolvimento social quanto econômico.

---

<sup>97</sup> Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito e Processo Penal, ambos pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Professora Universitária e Coordenadora Acadêmica de Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu.

Essa alteração comportamental levou ao Direito Penal a necessidade de estar em constante mutação, criando condutas e alterando as já existentes, sempre com o condão de coibir práticas que podiam ferir a convivência dos indivíduos na sociedade.

Essa metamorfose não se cinge apenas à lei material. Atinge, também, o Direito Processual Penal como auxiliar na aplicação do “*Jus Puniendi*” do Estado.

Conforme ensina Claus Roxin<sup>98</sup>, “*Un estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino del Derecho Penal*”.

Essa proteção refere-se aos limites da pretensão punitiva do Estado. O “*Jus Puniendi*” determinará sua imposição, estabelecerá o reconhecimento por parte do seu titular conferindo-lhe proteção jurídica por meio de garantias.

Uma das finalidades do Direito Processual Penal é proporcionar ao Estado a utilização de um poder-dever, que visa reprimir as condutas praticadas pelos seus cidadãos, atos esses que afrontam ou transgridam normas criadas com o fim de harmonizar o convívio de seus pares na sociedade. Nesse passo, as condutas que se choquem com o Direito (normas jurídicas)

---

<sup>98</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tradução de LUZÓN PEÑA, DÍAS y GARCÍA COLLEDO y REMENSAL, Madrid, Ed. Civitas, 1997, parágrafo 5º, I, p. 137.

deverão ser sancionadas para que essa harmonia seja assegurada.

É preciso, portanto, que certas regras e formalidades sejam observadas para assegurar a aplicação da justiça sem abusos e ilegalidades.

Com a modernização da criminalidade, novas figuras penais e processuais penais foram criadas com o fito de preservar a sociedade e punir – melhor e mais adequadamente – aqueles que delinquem. É nesse contexto que a colaboração incrementa as ferramentas processuais no âmbito do Direito Processual Penal. Mas a colaboração é o mesmo que delação?

## **COLABORAÇÃO PREMIADA OU DELAÇÃO PREMIADA?**

Há um segmento doutrinário que considera que ambas as denominações se referem ao mesmo instituto.

Todavia, em razão da edição da Lei 12.850/2013, que definiu o conceito de organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, meios de provas, tipos penais e procedimento criminal para esse delito, necessário se faz o exame da questão sob outra ótica.

A delação premiada e a colaboração premiada são institutos diversos.

Delação é “*o ato ou efeito de delatar; acusação secreta; denúncia; divulgação de algo ignorado ou secreto; mostra, revelação*”<sup>99</sup>. Há os que apontam sua origem “*na palavra latina delatio, ónis, de deferre (na acepção de denunciar, delatar, acusar, deferir)*”<sup>100</sup>.

Significa, portanto, uma denúncia ou acusação praticada por uma das pessoas que participaram da conduta delituosa, traindo seus companheiros com a finalidade de receber um “prêmio” por essa “entrega”. A troca esperada pelo delator poderá dar-se tanto no abrandamento da penalidade quanto na não aplicação de qualquer sanção pelo ato ilícito praticado.

Para José Q. T. de Camargo Aranha, a delação “*ou o chamamento do co-réu, trata-se da confissão do acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato, a atribui a um terceiro a participação como seu comparsa*”<sup>101</sup>.

Como dito, a colaboração premiada foi introduzida pela Lei 12.850/13 e, diferentemente da delação, o colaborador coopera, efetivamente, com a investigação ou processo criminal, sem que assuma a sua participação no feito criminoso.

<sup>99</sup> HOUAISS. *Dicionário da Língua Portuguesa* – [www.uol.com.br/houaiss](http://www.uol.com.br/houaiss). (acesso em 24/01/2019).

<sup>100</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, São Paulo, Forense, 1981. v. 2, p. 488.

<sup>101</sup> ARANHA, José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo penal*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo. Saraiva.

Colaborar vem do latim *collaboro*, -*are*, trabalhar com; trabalhar em comum com outrem; cooperar; coadjuvar; agir com outrem para a obtenção de determinado resultado; ajudar; participar; ter participação em obra coletiva, geralmente literária, cultural ou científica.<sup>102</sup>

## A DELAÇÃO PREMIADA

O instituto da delação premiada apareceu inicialmente na lei de crimes hediondos (Lei 8072/90), mas ganhou repercussão e notoriedade com o caso midiático de Juan Carlos Ramirez Abadía, ora acusado do crime de tráfico internacional de entorpecente e lavagem de dinheiro.

A delação existe desde os mais remotos tempos e conquistou lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos do mundo, principalmente com o desenvolvimento de condutas criminosas mais complexas, criadas a partir de um avanço socioeconômico dos povos.

Nos delitos comuns as ideias de crime e delinquente, defendidas nas escolas penais (vingança privada, pública, escola clássica, escola positiva e a alemã moderna), já não se sustentavam para a criminalidade organizada, a transnacionalidade do crime, o avanço

tecnológico-científico, ora representados pela informática e seus derivados.

Com as mudanças de comportamento criminoso, o Estado teve que buscar novos instrumentos e mecanismos de prevenção, repressão e combate às novas modalidades de crime. A delação premiada adveio desta nova necessidade normativa.

Com a introdução da delação premiada no ordenamento jurídico pátrio, resta evidente a preocupação da sociedade, no que se refere aos seus representantes constitucionais, em legislar, com o fim de buscar, de forma mais eficaz, a verdade dos fatos dentro da “*persecutio criminis*”.

É certo que sua criação foi mais política do que jurídica, pois, com a sua instituição, buscou-se criar um estímulo àqueles infratores que pudessem colaborar com a justiça, não só na solução do crime praticado.

A delação e a confissão são consideradas como meios de prova, dentre aqueles que podem ser produzidos no processo. São institutos diferentes, muito embora, no Direito Brasileiro, a delação não exista sem a confissão.

Para muitos, o instituto da delação premiada não passa de uma traição, na qual um dos comparsas do crime entrega seus companheiros na prática do delito, em troca de um benefício penal. Nesse sentido, a

---

<sup>102</sup> Dicionário Priberam online - <https://dicionario.priberam.org> (acesso em 24/01/2019).

delação e, por consequência, a traição, são consideradas como desvalores.

Alberto Silva Franco ensina:

*“Dá-se o prêmio punitivo por uma cooperação eficaz com a autoridade, pouco importando o móvel real do colaborador, de quem não se exige nenhuma postura moral, mas antes, uma atitude eticamente condenável. Na equação 'custo benefício', só se valora as vantagens que possam advir para o Estado com a cessação da atividade criminosa ou com a captura de outros delinquentes, e não se atribui relevância alguma aos reflexos que o custo possa representar a todo o sistema legal enquanto construído com base na dignidade da pessoa humana”<sup>103</sup>.*

Deve-se considerar que o conceito de moral não pode ser absoluto, uma vez que as constantes transformações da sociedade, principalmente no que tange ao tempo, lugar e circunstâncias, impõem a ela uma relativização de sua definição.

A natureza da delação, segundo alguns estudiosos, decorreria de uma variante do Princípio Constitucional da Legalidade, denominado Princípio do Consenso, que permitiria às partes entrarem num acordo, em que o acusado anuiria à imputação penal que lhe fora

imposta, em troca de um benefício legal pela colaboração perpetrada.

Tal princípio pode ser mais bem visualizado no Direito Espanhol e Italiano, conforme citação de Marcelo Batlouni Mendroni:

*“Na Espanha, ao mesmo tempo em que determina ao Ministério Público que atue em obediência ao Princípio da Legalidade (Constituição Espanhola), permite-se em determinados dispositivos da LECr (Ley de Enjuiciamiento Criminal), que atue com base no Princípio do Consenso. Os exemplos estão nos artigos 789.5.5a, 791.3, 793.3, casos em que o Promotor de Justiça pode fazer uma petição conjunta com o acusado para uma concordância com a acusação. Na Itália igualmente, apesar da previsão do Princípio da Legalidade do 'Codice de Procedura Penale' admite-se a aplicação do Princípio do Consenso, por exemplo, nos artigos 483, 444 y 458”<sup>104</sup>.*

Nos países de sistema *common law*, como os Estados Unidos da América, o Princípio do Consenso vem com o “*plea bargaining*”, acordo entre a acusação e o réu, por meio do qual o acusado se declara culpado de algumas, ou todas, as acusações, em troca de uma atenuação no número delas, na sua gravidade, ou, ainda, na redução da pena.

<sup>103</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

<sup>104</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado*. Editora Juarez de Oliveira.

Em que pese à discussão sobre a moralidade da delação premiada, ela está aí pronta para ser aplicada dentre os demais meios probatórios previstos no ordenamento penal.

O instituto da delação não é criação do Ordenamento Jurídico Brasileiro, pelo contrário. Sua origem remonta a países do continente europeu e norte-americano.

Os primeiros países que se reportaram ao instituto e buscaram sua aplicação foram, dentre outros, Espanha, Itália, Alemanha e Estados Unidos da América.

No Direito Espanhol, a figura da delação foi prevista e regulamentada a partir da “*Lei dos Arrepentidos*”. A mais antiga menção ao instituto deu-se no Direito Penal Castelhana, no século XVI, conforme anota Luis María Bunge.

*“En el derecho penal castellano el objeto de facilitar la delación, la ley solía advertir que se mantendría en secreto el nombre del delator, permaneciendo éste en el anonimato; iniciándose el proceso por denuncia. Muchas veces el fiscal o algún alguacil hacían las veces de denunciantes. Estos delatores participaban de la pena pecuniaria en la proporción de un tercio; otro, era para el juez y el restante, para la Cámara Real. También se solía permitir la delación de los 'socios del delito' (socii criminis), que era*

*admitida por juristas tan prestigiosos del siglo XVI, sosteniendo que en los delitos que no pueden en forma verosímil ser cometidos sin socios y el partícipe pueden ser testigos”<sup>105</sup>.*

Jacinto Nelson de Miranda Carvalho traz a narrativa histórica da delação no ordenamento jurídico italiano.

*“No artigo 348 bis do Código de Processo Penal Italiano de 30 que, com a Legge 8 agosto 1977, n.º. 534 instituiu os 'Provvedimenti Urgenti' e criou-se o 'Interrogatorio libero di persona imputata di reati connessi'. Os italianos não queriam abrir mão da estrutura democrática de forma alguma, mas chegaram, a um ponto em que não teve outra solução. Era necessário o desencadeamento de uma modificação daquelas que solucionaria o problema e chegaria a conclusão de que o arranjo menor que se poderia ter no sistema era criar um bis para o artigo 348 e, no interrogatório livre, abrir a possibilidade de arranjo a quem se arrependesse e fosse delatar os outros. Foi assim que se debelou as conhecidas 'Brigade Rosse'. Em relação à máfia, contudo, não só não se conseguiu um resultado satisfatório, como levou ao sacrifício das vidas de dezenas*

<sup>105</sup> CAMPOS, Luis María Bunge. *Delatores, Informantes y Casos Análogos*, NDP – Nueva Doctrina Penal, 1999. Ed. Del Puerto S.R.L Buenos Aires. p. 778.

*de parentes dos chamados 'pentiti'*"<sup>106</sup>.

Em 1991, a delação aparece na figura do "*patteggiamento*" (acordo) e dos "*pentiti*" (sujeitos que, ao se desvincularem dos grupos terroristas, cooperavam com as autoridades com a finalidade de desarticulá-los). Na Itália, a colaboração de pessoas pertencentes à Máfia, por meio da Operação Mãos Limpas (*Operazione Mani Pulite*), foi decisiva para o restabelecimento do Estado Italiano, que teve a função de desarticular as organizações criminosas, tornando a figura da delação o principal meio de investigação e acusação para a prisão dos mafiosos.

No Direito Norte-americano, o instituto aparece na figura da "*plea bargaining*", considerado como uma forma de autocomposição de litígios, tendo sido criado como medida de política criminal. Consiste em acordo firmado pelo órgão acusador e a defesa do acusado, num verdadeiro ato de barganha, com a finalidade de declarar a culpa do réu (confissão) e, com isso, possibilitar a concessão de benefícios que, em muitas vezes, apresentam-se verdadeiros absurdos.

No Direito Alemão, a figura da delação aparece com a denominação de

---

<sup>106</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Mesade Estudos e Debates. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) n.º 159, ano 13, Fevereiro de 2006. p. 7.*

"colaboração" na figura da "*Kronzeugenregelung*". O acusado, cooperando com a Justiça, poderá ter sua pena reduzida ou, até mesmo, a não aplicação da sanção penal.

No ordenamento jurídico pátrio, a delação remonta às Ordenações Filipinas (1603-1830). Nesse documento, podemos citar o aparecimento do instituto no Título VI, item 12, mencionado no crime denominado "*Lesá Majestade*". Porém, é no Título CXVI do mesmo instrumento que o tema foi abordado com a rubrica "*Como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão*". Em razão dela, se proporcionava a premiação, inclusive com o perdão aos criminosos delatores de delitos alheios.

No Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n.º 2.848) já se previa uma figura parecida à delação, a denominada atenuante genérica, prevista no artigo 65, inciso III, alínea "b", que tinha por finalidade atenuar em um "*quantum*" a pena aplicada. Tal benefício é concedido ao autor do fato que, espontânea e eficazmente, após o cometimento do crime, evitasse ou minorasse as consequências do ato delituoso, ou que, antes do julgamento, reparasse os danos proporcionados pela infração.

No mesmo diploma, outras duas figuras são parecidas com a delação: o arrependimento eficaz e posterior, ambos previstos nos artigos 15 e 16,



respectivamente. Mas foi através das legislações extravagantes que o instituto da delação foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira lei que a previu e deu a adjetivação de “premiada”, foi a Lei 8.072/90 (crimes hediondos). Foi seguida pelas Leis 9.034/95 (Organizações Criminosas), 9.269/96 (extorsão mediante sequestro), 9.080 (alterou a Lei 7.492/86 – Colarinho branco), 9.613/98 (Lavagem de Capitais), 9.807/99 (Proteção a vítimas e testemunhas) e 11.343/06 (Nova lei de tóxicos).

De um modo geral, as legislações que a introduziram contemplam a recompensa ao acusado que “*delata*” seus comparsas, criam estímulos que levam o acusado a cooperar com a Justiça, além de propiciarem uma reação imediata contra as ações criminosas praticadas, conferindo à sociedade uma sensação de punição rápida e eficiente do Estado frente à criminalidade.

Observa-se que a previsão do instituto, dentre as várias legislações que a preveem, não a apresentaram de forma completa nem, tampouco, uniforme.

No afã de inserir o instituto no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador se preocupou, apenas, com o que se refere ao aspecto material – criação, hipóteses de admissão e benefícios para os delatores. No entanto, esqueceu-se do principal: a necessidade de prever a forma, momento de

aplicação, efeitos e consequências do instituto.

A aplicabilidade da delação, com a deficiência do texto legislativo, passou a ser objeto de decisão dos operadores do direito, que poderiam adotar regras diferentes, seguindo seu convencimento e, caso a caso, gerando uma insegurança jurídica, principalmente àqueles que seriam beneficiados pelo instituto, quais sejam, os acusados em sentido amplo (indiciados, réus, condenados).

A imperfeição das leis não se restringe apenas à regulamentação da delação, como também ao “*prêmio*” que será concedido ao delator. Por vezes, ocorre a concessão de redução da pena e, em outras, o perdão judicial, com a conseqüente extinção da punibilidade do réu-colaborador.

E quais são os benefícios para o delator? O perdão judicial e/ou a diminuição de pena.

Para a concessão da delação com o conseqüente perdão judicial, se exige a observância dos seguintes requisitos: primariedade, colaboração efetiva e voluntária para a investigação e processo criminal resultar na identificação dos partícipes da ação criminosa, localização da vítima com a integridade física preservada e recuperação do produto do crime.

Para redução de pena, conforme artigo 14 da Lei 9.807/99 (Lei de Proteção a



Vítimas e Testemunhas), caberá ao juiz verificar os critérios previstos no artigo 68 do Código Penal, ou seja, deve avaliar a contribuição do réu (maior ou menor) para fins de fixação da redução.

Ressalte-se que o “*quantum*” da redução para os réus delatores em nada se diferencia do previsto para a tentativa (artigo 14 do Código Penal) e para o arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal), institutos estes que amparam situações distintas e valores sociais diferentes da delação, mas que, no entanto, são tratados da mesma forma.

A efetividade na delação deve ser entendida como a obtenção do resultado alcançado em razão da contribuição dada pelo réu. A lei requer, apenas, que o ato seja voluntário, não exigindo, portanto, sua espontaneidade.

As leis que introduziram a figura da delação premiada são falhas em vários aspectos, pois, além de não seguirem uma linha de definições, o sistema legislativo deixou de determinar alguns pontos importantes, dentre eles o momento em que ela poderá ser concedida e o procedimento a seguir.

Com a falta de previsão expressa sobre o momento de sua concessão e sobre o procedimento a adotar, entende-se que ela pode ser oferecida em qualquer fase da persecução penal – da investigação passando

pela instrução criminal – podendo, até mesmo, ser apresentada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, já em fase de execução da pena.

Com essa deficiência normativa, fica a critério das partes do processo – leia-se Polícia Judiciária, Ministério Público, Defesa e Magistratura – empregarem os meios adequados na colheita e na validação do que foi entregue pelo delator e concederem ou não os benefícios advindos disso.

## COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada foi introduzida no Direito Brasileiro por normas infraconstitucionais na linha das Convenções de Palermo<sup>107</sup> e de Mérida<sup>108</sup>, as quais preceituavam que o Estado deveria incentivar as pessoas a colaborar com as autoridades nas investigações de crimes mediante recebimento de redução de pena.

Para atendimento destas regras, o Estado Brasileiro editou dois decretos promulgando os textos das convenções internacionais, bem como produziu legislação específica, qual seja, a Lei 12.850/13.

Até a edição desta lei, o instituto da colaboração era tido como sinônimo ao da

---

<sup>107</sup> Decreto 5.015/04 – Ratifica a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

<sup>108</sup> Decreto 5.687/06 – Ratifica a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

delação premiada. Com nova legislação, contudo, novos critérios e requisitos foram exigidos, ampliando o que fora aplicado à delação nas legislações anteriores.

O novo instituto, como veremos, é um grande – e bom – negócio para o delincente que colabora com o Estado contra a criminalidade, uma vez que os benefícios advindos desta colaboração são maiores do que os existentes no Direito Brasileiro até então.

Com a Lei 12.850/13, o legislador pôde corrigir algumas das críticas enfrentadas pela delação premiada, seja pela ausência de previsão quanto à forma ou quanto ao procedimento, seja por não ser tão atrativa a ponto de convencer o delincente a cooperar com o Estado.

A primeira grande alteração se apresenta nas formas pelas quais o colaborador pode contribuir com as investigações e/ou o processo criminal.

Pela redação do caput do artigo 4º, da referida lei, tem-se como formas de colaboração:

*“(...) desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:*

*I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;*

*II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de*

*tarefas da organização criminosa;*

*III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;*

*IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;*

*V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”.*

Com a redação, percebemos uma melhor adequação às formas de cooperação junto ao Estado.

A segunda diz respeito aos benefícios advindos da colaboração, mais amplos e benéficos àquele que coopera. Além do perdão judicial e da redução da pena, já previstos na delação premiada, o legislador criou outras, quais sejam, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, o Ministério Público deixar de oferecer denúncia (parágrafo 4º do artigo 4º), concessão de progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos para tanto.

Para a concessão do benefício, o juiz deverá levar em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato delituoso, bem como a eficácia da colaboração, conforme preceitua o parágrafo 1º do artigo 4º, em atendimento aos critérios

estabelecidos pelo artigo 59 do Código Penal, norteadores da aplicação da pena.

Quanto à forma e ao procedimento, a colaboração encontra-se mais bem estruturada.

Expressamente, a Lei 12.850/13 indica como meio de prova a colaboração premiada e descreve procedimento e forma para que ela ocorra. Vejamos.

Conforme o artigo 3, inciso I da mencionada lei, a colaboração premiada é considerada como meio de prova, eliminando a discussão acerca de sua natureza jurídica. Importante ressaltar que a colaboração não permite que o investigado/acusado invoque o direito constitucional de permanecer em silêncio. Seria um contrassenso admitir tal invocação, por isso entendemos que a redação do parágrafo 14 do artigo 4º era desnecessária.

A novel legislação se preocupou, ainda, em prever a forma e o procedimento a serem observados, diferentemente do que previam as legislações especiais que criaram a delação premiada.

Os direitos do colaborador estão previstos, expressamente, no artigo 5º da lei, quais sejam, sigilo dos dados qualificadores do colaborador, condução em juízo de forma separada dos demais coautores e partícipes, participação em audiência sem contato visual com outros acusados, não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação,

preservando-se a sua imagem e cumprimento de pena em estabelecimento diverso dos demais condenados.

O juiz não participa das negociações, apenas homologa os termos do acordo firmado entre as partes. Todavia, sua figura é de extrema importância, uma vez que a ele caberá a análise de regularidade e legalidade do ato.

A autoridade policial pode figurar como órgão atuante em firmar o acordo com o investigado e defesa, devendo colher a manifestação do Ministério Público acerca da sua celebração e dos termos envolvidos. Todavia, é possível que a colaboração seja realizada entre investigado/acusado diretamente com o Ministério Público e defesa. A ausência de participação da autoridade policial não desnatura ou torna irregular o acordo.

Importante ressaltar que a colaboração precisa ser voluntária, não necessariamente espontânea.

Firmado o acordo, lavrar-se-á termo, acompanhado da declaração do colaborador e cópia da investigação, remetendo-se ao juízo competente para a homologação.

O termo deverá ser escrito e conter relato pormenorizado da colaboração, condições propostas pelo Ministério Público ou autoridade policial, declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor, assinatura das partes e, se necessário,

especificar medidas de proteção concedidas a ele e sua família, conforme artigo 6º da lei.

O termo de colaboração passará por distribuição livre e estará amparado pelo sigilo. O juiz terá prazo de 48 horas para decidir pela homologação ou rejeição dos termos da colaboração. Nesse momento, o juiz deverá avaliar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. Se em desacordo, a homologação não será efetivada.

O acordo perde seu caráter de sigilo assim que a denúncia for recebida.

A sentença apreciará os termos do acordo e de sua eficácia. Ressalte-se que a sentença não poderá ser fundamentada única e exclusivamente com base nas declarações do agente colaborador. Necessário que haja outras provas que corroborem as declarações colhidas em colaboração premiada.

Com a leitura e análise dos dispositivos da Lei 12.850, vê-se que a legislação apresenta melhor estruturação em face das anteriores, o que torna a colaboração premiada um instrumento que contribui com o Estado no combate ao crime.

Como consequência da homologação da colaboração, o juiz poderá conceder o perdão judicial ou a redução de pena privativa de liberdade em até 2/3 ou substituir por restritiva de direitos a quem tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal (artigo 4º) ou, ainda, o não oferecimento da denúncia pelo

Ministério Público (parágrafo 4º do artigo 4º) ou, se posterior à sentença, redução da pena até metade ou admissão de progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos para sua concessão.

Vê-se, portanto, que as consequências são maiores do que as previstas para a delação premiada, bem como admite-se o reconhecimento da colaboração na execução da pena, o que ainda é discutível nas hipóteses da delação premiada.

## CONCLUSÃO

Muito mais do que expediente capaz de colaborar para a solução de crimes, a delação e a colaboração premiadas são, aos olhos de alguns, o reconhecimento da debilidade e fragilidade estatal, de sua incapacidade de prover segurança aos seus cidadãos e da deficiência e do sucateamento dos atos de investigação dos órgãos do Estado.

Para outros, numa visão mais moderna do Direito Penal e das transformações sociais que vivemos, a criminalidade se reinventa todos os dias e, por conta das etapas do processo legislativo, a lei não alcança a rapidez necessária a acompanhar tais transformações e a criminalidade organizada e transnacional.

Inegáveis as vantagens processuais advindas da delação premiada e da

colaboração processual; em que pese o caráter antiético e imoral das medidas, elas se encontram no ordenamento jurídico e devem ser concedidas àqueles que preenchem os requisitos legais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, José Q. T de Camargo. Da prova no Processo penal. 5ª ed. São Paulo. Saraiva.

ARCE, Enrique A.; MARUM, Elizabeth A. La figura del informador incorporada por la ley 24.424 a la ley 23.737 (art. 29 ter.). Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.

BOBBIO, Norberto. O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. Paz e Terra. 1997.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª ed., 1959, Companhia Editora Forense.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Mesade Estudos e Debates. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) n.º 159, ano 13, Fevereiro de 2006.

CAMPOS, Luis María Bunge. Delatores, Informantes y Casos Análogos, NDP – Nueva Doctrina Penal, 1999. Ed. Del Puerto S.R.L Buenos Aires.

CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal Dictado em la Real Universidad de Pisa. v. II.

CORNEJO, Abel. El delito de confabulación en la reforma a la ley

23.737. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.

CORSO, Piero M. Scritti anonimi e processo penale (Comentário de jurisprudência Archivio Penale).

CORSO, Piermaria. Sul divieto di utilizzo delle notizie anonime L'Indice Penale.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FILHO, Vicente Grecco. Manual de Processo Penal.

FONSECA, Tiago Dutra; FRANZINI, Milena de Oliveira. Delação premiada: metástase política. Boletim IBCCRIM.

GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. Revista síntese de direito penal e processual penal.

HOUAISS. Dicionário eletrônico da Língua Portuguesa. [Www.uol.com.br/houaiss](http://www.uol.com.br/houaiss).

JESUS, Damásio Evangelista de. O fracasso da delação premiada. Jus. Revista Jurídica do Ministério Público.

JESUS, Damásio Evangelista de. O prêmio à delação nos crimes hediondos. Boletim IBCCRIM.

KOBREN, Juliana Conter Pereira. Apontamentos e Críticas à Delação Premiada no Direito Brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, a. 10, n. 987, 15 de março de 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>. Acesso em: 15 mar. 2006.

LEAL, João José. A lei n. 10.409/02 e o instituto da delação premiada. Boletim IBCCRIM.

- MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Editora Bookseller. 2ª edição.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado. Editora Juarez de Oliveira.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de Lavagem de Dinheiro. 1ª Edição. 2006. Atlas.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. Delação no direito brasileiro. Revista síntese de direito penal e processual penal.
- MUSCO, Enzo. Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia. Revista penal, Universidade de Huelva, Salamanca, Univesidade de Castilla-La Mancha, n. 2. 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal. 2ª ed. editora Revista dos Tribunais. 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentário. Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2003.
- OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. O direito premial brasileiro: breve excursus acerca dos seus aspectos dogmáticos. Intertemas. Revista do Curso de Mestrado em Direito.
- OLIVEIRA, William Terra de. A criminalização da lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei 9613 de 1º de março de 1988. Revista Brasileira de Ciências Criminais.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. Direito Penal Econômico. 1ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1973.
- REIS, Eduardo Almeida, De Colombo a Kubitschek: Histórias do Brasil. 2ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1979.
- RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis. Incentivos legales por colaboración en la persecución de determinados delitos.
- ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general, tradução de LUZÓN PEÑA, DÍAS y GARCÍA COLLEDO y REMENSAL, Madrid, Ed. Civitas, 1997, parágrafo 5º, I.
- SAMMARCO, Angelo Alessandro. La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria: il procedimento di sorveglianza ex artt. 4-bis e 58-ter Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.
- SANTOS, Moacyr do Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. v. 1. 5ª ed. Saraiva. São Paulo. 1983.
- SCHIFFRIN, Leopoldo H. Corsi e ricorsi de las garantías procesales en Argentina: a propósito del juicio abreviado y del arrepentido. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, São Paulo, Forense, 1981. v. 2.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio; MORAES, Alexandre. Legislação Penal Especial. Editora Atlas. 2005. 8ª edição.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. Direito Penal. Parte Especial. 6ª Edição. 2004. Atlas.
- SOARES, Orlando, *in* “Curso de Criminologia”, 2003.
- SZNICK, Valdir, *in* “Crime Organizado – Comentários”, 1997.
- TEIXEIRA, Luis Alberto David. Atualidades no Direito e Processo Penal. São Paulo. Método. 2001.

## PRISÕES CAUTELARES

*Luiz Gustavo FERNANDES<sup>109</sup>*

### APRESENTAÇÃO

Neste breve texto acadêmico pretendemos, de forma singela, desenvolver o tema tão discutido no Brasil em tempos de operação Lava Jato, as Prisões Cautelares. Para tanto, conceituaremos, de um modo geral, as medidas cautelares do processo penal brasileiro para, em um segundo momento, abordarmos as três espécies de prisões processuais, que são a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. Por fim, é importante ressaltar que este texto se presta, tão-somente, a tecer as linhas básicas e gerais das prisões cautelares, tendo, portanto, como objetivo precípuo, expor um alicerce ao estudante de direito. A vastidão, o aprofundamento e

---

<sup>109</sup> *Professor de Ciências Criminais do Centro Universitário Padre Anchieta, é Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, pós-graduado (lato sensu) em Direito Tributário pela FGV/SP, em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Pt), em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Esp.), em Direito Penal Econômico pela Universidade de Toledo (Esp.).*

as minúcias do tema já foram, e ainda são, desenvolvidos nas obras de fôlego publicadas no país.

### MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em um primeiro momento, é importante que se diga que uma medida cautelar, seja ela qual for, não tem natureza satisfativa, mas sim instrumental. Como o próprio nome indica, essa medida judicial é cautelar, de modo que não tem o condão de enfrentar o mérito principal da questão, mas, tão somente, assegurar a eficácia do processo que está (ou estará) a se desenvolver.

A tutela cautelar é uma medida de cognição sumária, superficial, menos profunda, enquanto que a cognição plena, aprofundada, é aquela que enfrenta o mérito principal, resultando em um decreto condenatório ou absolutório. É uma medida de urgência, de modo que o Magistrado, ante o perigo da demora, tem um prazo diminuto para decidir sobre o seu provimento ou não.

O Magistrado, ao decidir sobre uma medida cautelar, não trabalha com o *ius*, isto é, não trabalha com o direito propriamente dito, pois não enfrentará, no momento, o mérito principal do processo. Trabalha com o *fumus boni iuris*, ou seja, com a fumaça do



bom direito, visando, tão somente, tomar a medida para assegurar a eficácia do processo.

Trocando em miúdos, o objetivo da tutela cautelar é apenas assegurar que o processo se desenvolva de maneira satisfatória e, por fim, tenha eficácia.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada uma medida cautelar objetivando, por exemplo, o bloqueio dos bens do agente que estivesse respondendo por lavagem de dinheiro? Ora, com o desenrolar do processo, que é normalmente demorado, o réu poderia ocultar ou dilapidar o patrimônio amealhado com a conduta criminoso, de modo a frustrar, caso condenado, o efeito secundário da sentença criminal, que é o ressarcimento do prejudicado.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada uma contracautela de entrega do passaporte, ou mesmo uma prisão cautelar de um acusado que demonstrasse, por vários indícios, que iria fugir? Ora, caso o acusado restasse condenado, seria difícil fazê-lo cumprir a sentença.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada a oitiva antecipada da única testemunha ocular cuja saúde estivesse comprometida ou, mesmo, com idade avançada? Ora, é possível que, ao tempo da instrução criminal, tal testemunha já restasse falecida.

A prestação jurisdicional é morosa, de modo ser razoável que o processo penal

possua instrumentos para amenizar, ou mesmo solucionar, os efeitos deletérios do tempo.

A doutrina, de modo geral, reza as características das medidas cautelares. São elas a instrumentalidade hipotética, a acessoriedade, a preventividade, a sumariiedade e a provisoriedade. Contudo, segundo o Professor Gustavo Badaró, existem mais duas características, menos lembradas pela doutrina, mas que são fundamentais para a compreensão do tema, a referibilidade e a proporcionalidade.<sup>110</sup>

Instrumentalidade hipotética: ante a demora do processo a atingir o trânsito em julgado, aliada à “hipótese” de condenação, a medida se faz necessária para assegurar a eficácia do processo.

“A medida cautelar será um instrumento para assegurar o resultado de uma hipotética condenação”.<sup>111</sup>

Acessoriedade: como já dito, as medidas cautelares não são resultado do enfrentamento do mérito principal do processo. São medidas “acessórias” que visam a efetividade do processo.

“O provimento cautelar não é um fim em si mesmo”<sup>112</sup>

Preventividade: as medidas cautelares têm caráter “preventivo”, isto é,

---

<sup>110</sup> *Processo Penal: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 938.*

<sup>111</sup> *Ibid., loc. cit.*

<sup>112</sup> *Ibid., p. 939.*

visam a prevenir, caso haja futura condenação.

Busca-se evitar, preventivamente, o prejuízo, por vezes irreparável ao processo.

Sumariedade: diversamente da sentença penal, as medidas cautelares não estão lastreadas em um juízo de certeza.

Para que haja uma sentença condenatória, requer-se uma cognição profunda, um juízo de certeza ante o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência) e do *in dubio pro réu*.

Repetimos, as tutelas cautelares são medidas de urgência, baseadas no *fumus boni iuris*. São frutos de uma cognição sumária visando a garantia e a eficácia do processo.

Provisoriedade: a tutela cautelar tem natureza provisória, vale dizer, não é definitiva.

“A eficácia da medida cautelar perdurará até que seja proferido o provimento final do processo cognitivo ou executivo”.<sup>113</sup>

Portanto, a medida cautelar não tem o condão de pôr termo no mérito principal, mas apenas assegurar a eficácia do processo.

Referenciabilidade: tal característica traz a ideia de “referência” ao direito material, vale dizer, as medidas cautelares devem manter referência ao fato criminoso eventualmente cometido pelo acusado.

Exemplifica Gustavo Badaró que “em um processo por corrupção, o sequestro de

bens deva incidir sobre o proveito que o corrupto obteve por tal delito (o imóvel comprado com o dinheiro recebido), mas não poderá atingir outro bem, ainda que também ilícito, que seja proveito de crime diverso e que não integre tal processo v.g. um carro comprado com dinheiro furtado”.<sup>114</sup>

Proporcionalidade: a medida cautelar deve ser proporcional ao fato e nunca extrapolar sua natureza instrumental. Não pode ser mais severa que a decisão definitiva.

Não deve o Magistrado, por exemplo, expedir ordem de prisão preventiva a um réu primário, de bons antecedentes, que esteja respondendo por um crime cuja pena seja branda, de modo a ocorrer a possibilidade de, caso condenado, cumprir a pena em liberdade.

Ilógico seria se, no transcorrer da instrução criminal, o réu tivesse sua liberdade cerceada, mas, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, tivesse que cumprir a pena em liberdade.

Enfim, de tudo o que foi escrito até então, conclui-se: as medidas cautelares têm natureza instrumental e visam, tão somente, a assegurar a eficácia do processo, caso o réu seja condenado.

## **ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 940.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 944.

Diferentemente do processo civil, o processo penal não possui um processo cautelar autônomo. Porém, não significa dizer que, na seara criminal, a cautelaridade não seja prestada. Não são prestadas no bojo de um processo cautelar autônomo, mas são prestadas no curso da investigação criminal ou do processo criminal.

Como já explicado, as medidas cautelares têm caráter acessório do processo criminal principal, de modo a serem prestadas por meio de medidas cautelares previstas no CPP e na legislação especial.<sup>115</sup>

O sistema processual pátrio possui três espécies de medidas cautelares: as medidas cautelares patrimoniais, as medidas cautelares probatórias e as medidas cautelares pessoais.<sup>116</sup>

As medidas cautelares de cunho patrimonial, em primeiro lugar, visam a assegurar os efeitos secundários da condenação, pois é de se lembrar que a sentença só gerará efeitos após o trânsito em julgado.

Dispõe o inciso I

*Art. 91 – são efeitos da condenação:*

*I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;*

Como dito, tal efeito só será executado após o trânsito em julgado da

sentença penal condenatória. Pelo decurso do longo tempo, cor do artigo 91 do Código Penal brasileiro:

re-se o risco de o acusado ter dilapidado seu patrimônio, frustrando, assim, o efeito secundário da sentença.

Note-se, portanto, que essas medidas cautelares patrimoniais visam à preservação do patrimônio do acusado a fim de suportar, caso o réu sucumba, os efeitos da condenação.

Em segundo lugar, as medidas cautelares patrimoniais também visam à preservação patrimonial a fim de suportarem o confisco de bens de origem ilícita.

Dispõe, ainda, o inciso II do citado artigo 91 do CP:

*Art. 91 – são efeitos da condenação:*

*I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;*

*II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé:*

*a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;*

*b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.*

Demonstra-se, portanto, a importância das medidas cautelares patrimoniais, isto é,

<sup>115</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume único Salvador, Jus Podivm, 2017. p. 829.*

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 830.

preservar o patrimônio para que possa suportar, caso condenado, os efeitos secundários da condenação, seja no tocante à reparação do dano, seja no tocante ao confisco de bens de origem ilícita.

São medidas cautelares patrimoniais, por exemplo, o sequestro, o arresto, a hipoteca legal (arts. 125 a 144 do CPP) e a restituição de coisas apreendidas (arts. 118 a 124 do CPP).<sup>117</sup>

As medidas cautelares de cunho probatório visam à obtenção e à preservação da prova.

O CPP previu, em seu art. 225, o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*.

*Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.*

É possível, por exemplo, que a única testemunha do crime seja uma pessoa com a saúde comprometida ou ostente idade avançada, de modo que o Magistrado deverá ouvi-la antecipadamente sob o crivo dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Deve-se recordar, se bem que a traço largo, que a prova só terá validade se submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo que o Magistrado, se

cauteloso, pode antecipar o depoimento em juízo para que no futuro, caso a testemunha “já não mais exista”, a prova tenha validade.

Por fim, as medidas cautelares pessoais, como o próprio nome indica, são aquelas que recaem sobre a pessoa. Tais medidas são as prisões cautelares, também chamadas de prisões processuais, prisões sem pena ou prisões provisórias.

Contudo, no ano de 2011, foi publicada a Lei federal nº 12.403, que trouxe grande inovação ao sistema das medidas cautelares pessoais.

Inovou trazendo aquilo que se denominou contracautela, isto é, medidas cautelares alternativas à prisão, que visam a não levar, quando possível, os réus ao cárcere. Alguns poucos exemplos da citada contracautela são o comparecimento periódico em juízo, a retenção de passaporte, a proibição de ausentar-se da Comarca. Todas as contracautelas estão previstas nos artigos 319 e 320 do CPP.

Portanto, o diploma processual prevê medidas privativas e restritivas da liberdade, sendo que as primeiras atuam com maior intensidade na liberdade do acusado/investigado, enquanto que as medidas restritivas têm menor intensidade na liberdade do acusado/ investigado.

Antes da referida reforma, ocorrida em 2011, o sistema processual penal só contava com duas hipóteses de cautelar

<sup>117</sup> *Ibid.*, loc. cit.

pessoal, as prisões e a liberdade provisória (com fiança e sem fiança). Atualmente conta com três, ou seja, as prisões, a liberdade provisória, cumulada ou não com as medidas alternativas à prisão (contracautela).

Por fim, atualmente o diploma processual brasileiro, após 2008<sup>118</sup>, conta com as seguintes espécies de prisão cautelar: a prisão preventiva, a prisão temporária, e a prisão em flagrante.<sup>119</sup>

## PRISÃO EM FLAGRANTE

Dispõe o artigo 302 do CPP que prisão em flagrante ocorre quando o sujeito é surpreendido cometendo o crime, é perseguido logo após a prática da infração criminosa ou é encontrado, logo depois da prática da infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do crime.

Esta prisão, segundo os artigos 5º, LXV da CRFB/88 e 283 do CPP, independe de ordem escrita e fundamentada do Magistrado. Assim, qualquer um do povo pode efetuar-lá, basta o criminoso ser encontrado em alguma(s) das situações descritas acima.

A doutrina definiu como flagrante próprio (ou verdadeiro, real ou em sentido

próprio) as hipóteses de prisão em flagrante previstas no incisos I e II do art. 302 do CPP. Chamou de flagrante impróprio (ou irreal ou quase flagrante) a hipótese prevista no inciso III, e chamou de flagrante ficto (ou presumido ou assimilado) a hipótese do inciso IV.

Flagrante próprio – do que se depreende dos incisos I e II do art. 302 do CPP, o flagrante próprio ocorre quando o sujeito é surpreendido cometendo a infração penal, ou tenha acabado de cometê-la.

Flagrante impróprio – do que se depreende do inciso III do mesmo art. 302, o flagrante impróprio ocorre quando o sujeito é perseguido, por qualquer pessoa (policial ou cidadão comum) logo após a prática da infração, sendo capturado em situação que faça presumir ser o autor do crime.

Para que o flagrante seja impróprio, é necessário que exista a reunião dos três fatores: a) perseguição, b) logo após o cometimento da infração, c) situação que faça presumir a autoria.

Como o CPP não definiu o que venha a ser “perseguição”, aplica-se, por analogia, o disposto no artigo 290, parágrafo 1º, alíneas “a” e “b”.<sup>120</sup>

Também não definiu o que venha a ser “logo após”, de modo que alguns Professores entendem, a nosso ver com razão, que o lapso temporal precisa ser breve,

<sup>118</sup> Por força da reforma do CPP decorrente das Leis 11.689/08 e 11.719/2008.

<sup>119</sup> Segundo a doutrina contemporânea, a prisão em flagrante é definida como precautelada.

<sup>120</sup> *Ibid.* LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: p. 933.

porém, busca-se bom senso das autoridades policial e judicial. Parcela da doutrina e a jurisprudência entenderam que a expressão significa o lapso temporal em que a polícia demoraria para chegar ao local do crime.<sup>121</sup>

Não devemos confundir início da perseguição com a duração da perseguição; a duração da perseguição pode delongar por muito tempo, ao contrário do lapso temporal para o início da perseguição.<sup>122</sup>

Logo, aquele pensamento popular de que a prisão em flagrante não pode ocorrer após 24 horas do cometimento do fato não corresponde à verdade. Se houver perseguição ininterrupta, a prisão pode se dar até quanto durar a perseguição. Agora, se a perseguição se interromper ou mesmo o lapso temporal para o início da perseguição for elevado, o agente não se encontra em estado de flagrância.

Flagrante ficto – do que se depreende do inciso IV do mesmo art. 302, o flagrante ficto ocorre quando o agente é encontrado, logo após a prática do fato, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

---

<sup>121</sup> *Por logo após compreende-se o lapso temporal que permeia entre o acionamento da autoridade policial, comparecimento ao local e colheita de elementos necessários para que dê início à perseguição do autor. Por isso tem-se entendido que não importa se a perseguição é iniciada por pessoas que estavam no local ou pela polícia, acionada por meio de ligação telefônica. Ibid., p. 932.*

<sup>122</sup> *LOPES JR, Aury. Ibid., p. 381.*

Ao contrário da situação anterior, o inciso IV não exige a perseguição. Basta o encontro, casual ou por motivos da investigação, de instrumentos, armas, objetos ou papéis logo depois da infração, que façam presumir ser ele o autor do ilícito.

Também o CPP não determinou qual seria o lapso temporal do “logo depois”, porém, alguns Professores, como Aury Lopes Júnior,<sup>123</sup> entenderam que o lapso temporal do “logo depois” é maior que o lapso temporal do “logo após”.

Vozes dissonantes como, por exemplo, as dos Professores Renato Brasileiro<sup>124</sup>, Gustavo Badaró<sup>125</sup>, Eugenio Pacelli,<sup>126</sup> e Guilherme Madeira Dezem<sup>127</sup> entenderam que os lapsos temporais do “logo após” e do “logo depois” são os mesmos. O Professor Renato Brasileiro chegou a dizer que a única diferença entre os incisos III e IV do artigo 302 do CPP é que no primeiro, há a perseguição, enquanto que no segundo, há o encontro do agente com objetos que façam presumir ser ele o autor da infração.<sup>128</sup>

Por fim, a doutrina ainda elencou algumas espécies de flagrante; são eles o

---

<sup>123</sup> *LOPES JR, Aury. Ibid., p. 382.*

<sup>124</sup> *Ibid., op. cit., p. 934.*

<sup>125</sup> *Ibid., op. cit., p. 962.*

<sup>126</sup> *PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal: 22ª Ed. São Paulo, Atlas, 2018. p. 425.*

<sup>127</sup> *DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal: 2ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016. p. 737.*

<sup>128</sup> *Ibid., p. 934.*

flagrante preparado, flagrante esperado, flagrante forjado e o flagrante prorrogado.

Flagrante preparado (ou flagrante provocado, delito de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador) é aquele no qual o agente provocador induz alguém a praticar uma infração penal onde, ao mesmo tempo, estava previamente preparada a aplicação da prisão em flagrante.

Claramente, o agente foi induzido, teve a sua vontade viciada. Assim, entendeu o Supremo Tribunal Federal que essa espécie de prisão em flagrante não é válida.<sup>129</sup>

Flagrante esperado é aquele no qual o policial ou terceiro, sabedor da continuidade delitiva, aguarda, espera, fica de campana para, no momento correto, dar a voz de prisão em flagrante.

É de se notar que nesta modalidade não há nenhuma situação criada artificialmente, não existe nenhum induzimento do policial ou de terceiro, de modo que essa espécie de flagrante é totalmente válida.

Flagrante forjado (ou flagrante fabricado, maquinado, urdido, ou maquinação astuciosa) é aquele no qual policiais ou terceiros criam provas de um crime que não

existiu. Exemplo: policiais invadem a casa de alguém à procura de drogas; como não acharam, colocam uma porção de droga em um cômodo e, após isso, a “encontram”.

Logicamente, essa espécie de prisão não é válida, tendo em vista não existir crime algum.

Flagrante prorrogado (ou ação controlada, flagrante protelado, retardado, diferido postergado) é aquele no qual o agente policial, esperando por um momento mais oportuno, retarda a voz de prisão em flagrante.

Essa espécie flagrantial está prevista na Lei de Organizações Criminosas, Lei de Lavagem de Dinheiro e na Lei de Drogas.

Imagine-se que um agente policial esteja infiltrado em uma organização criminosa e teve conhecimento, por motivo de seu disfarce, de que um carregamento de drogas chegará no dia seguinte. Ocorre que o chefe da organização comete um crime menor na frente do policial infiltrado, por exemplo, acende um cigarro de maconha.

Ora, neste caso, o agente policial tem a discricionariedade de postergar a voz de prisão em flagrante com o objetivo de esperar o carregamento e dismantelar a organização.

Trata-se, portanto, de exceção ao poder vinculado do agente policial, aqui vigora o poder discricionário.

## **PRISÃO TEMPORÁRIA**

---

<sup>129</sup> *Súmula 145 do STF: Não há crime, quando a preparação pela polícia torna impossível sua consumação.*



A Prisão temporária não está prevista no CPP, mas na Lei nº. 7.960/89.

Trata-se de prisão decretada por Magistrado, tendo por finalidade colaborar com a investigação criminal. Portanto, só poderá ser decretada na fase de investigação criminal ante a representação da autoridade policial ou representação ministerial, nunca de ofício.

A prisão temporária, conforme art. 2º da Lei nº 7.960/89, possui duração de 5 dias, porém, caso a autoridade policial comprove a extrema necessidade, pode o Magistrado prorrogá-la por mais 5 dias.<sup>130</sup>

O art. 1º da Lei nº 7.960/89 disponibiliza três hipóteses de cabimento de prisão temporária.

O inciso I diz que a prisão temporária caberá quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial.

O inciso II narra que a prisão temporária caberá quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos de identificação.

O inciso III estipula um rol de crimes frente aos quais se pode decretar a prisão temporária; são eles o homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento,

---

<sup>130</sup> Conforme art. 2º, § 4º da Lei 8.072/90, nos casos de crimes hediondos ou equiparados, o prazo é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 caso seja comprovada a extrema necessidade.

epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Existem cinco correntes acerca dos requisitos para a decretação da prisão temporária.

A 1ª corrente entende que se pode decretar a prisão temporária se presente qualquer um dos três incisos.

A 2ª corrente entende que só se pode decretar a prisão temporária se presentes os três incisos.

A 3ª corrente entende que só se pode decretar a prisão temporária se presentes os três incisos e, além disso, as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva.

A 4ª corrente entende que se pode decretar a prisão temporária se presente um dos crimes do rol do inciso III, combinado com o inciso I ou com o inciso II.

A 5ª corrente, por fim, entende que se pode decretar a prisão temporária se presentes os incisos I e III.

A 4ª corrente é a majoritária.<sup>131</sup>

## **PRISÃO PREVENTIVA**

A prisão preventiva está prevista nos artigos 311 a 316 do CPP. Poderá ser decretada

---

<sup>131</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Ibid.*, p. 1002.

pelo Magistrado de ofício (se no curso da ação penal), ou a pedido da Autoridade policial (representação), do membro do Ministério Público (requerimento), do assistente de acusação ou do querelante. Diferentemente da prisão temporária, esta modalidade pode ser decretada na investigação criminal (por representação da autoridade policial) e na fase processual, desde que preenchidos os motivos determinantes (previstos no art. 312) e os requisitos legais (previstos no art. 313).

Conforme já mencionado, a partir de 2011, o CPP passou a disponibilizar as medidas alternativas à prisão (contracautela), isto é, medidas cautelares pessoais que apenas restringem a liberdade do investigado/acusado.

Portanto, atualmente, deve o Magistrado, antes de decretar uma prisão preventiva, verificar a possibilidade de aplicar uma medida alternativa à prisão (uma contracautela). Dependendo do caso concreto, é possível que o Magistrado verifique a possibilidade de garantir a eficácia do processo com menor custo ao acusado.

Contudo essa matéria não será discutida neste texto, pelo exíguo espaço disponibilizado.

Diversamente da prisão temporária, a prisão preventiva não possui prazo fixo para findar. Contudo, deve-se recordar que sua natureza é cautelar, ou seja, de instrumentalidade processual. Deste modo, sua manutenção está intimamente ligada aos motivos determinantes da sua decretação, vale

dizer, enquanto tais motivos não cessarem, a manutenção da prisão se faz necessária.

## REQUISITOS

Não há, na doutrina brasileira, uma uniformidade acerca desta classificação, o certo é que a prisão preventiva será decretada sob a análise de três artigos, 312, 313 e 314.<sup>132</sup>

Gustavo Badaró, por exemplo, prefere classificar em a) pressupostos (art. 312, segunda parte), b) requisitos positivos (art. 312, primeira parte), c) requisitos negativos (art. 314) e d) hipótese de cabimento (art. 313). Já Paulo Rangel separa em a) pressupostos (art. 312) e b) hipóteses legais de admissibilidade da prisão preventiva (art. 313). Porém, como ensinou Guilherme Madeira Dezen, “não há classificações certas ou erradas. Existem classificações mais ou menos adequadas, conforme cumram sua finalidade ou não.”<sup>133</sup>

Segundo a doutrina clássica, é necessário que estejam presentes três requisitos para a decretação da prisão preventiva, os pressupostos (art. 312), os fundamentos (art. 312) e as condições de admissibilidade (art. 313).

Os pressupostos estão na parte final do art. 312 do CPP:

---

<sup>132</sup> DEZEN, Guilherme Madeira. *Op. Cit.*, p. 752.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 753.

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*

Portanto, dois são os pressupostos de aplicação da prisão preventiva, a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria. Para ensejar uma prisão preventiva, os dois pressupostos devem estar presentes. Além disso, é preciso que a materialidade esteja comprovada, porém, quanto à autoria, bastam apenas indícios.

Os fundamentos da prisão preventiva também estão no art. 312:

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*

Garantia da ordem pública – a prisão preventiva visa a evitar que o agente continue delinquindo.

Garantia da ordem econômica – a prisão preventiva será decretada nos crimes

que atinjam a ordem econômica “caso haja risco de reiteração delituosa”.<sup>134</sup>

Conveniência da instrução criminal – a prisão preventiva será decretada visando a impedir que o agente perturbe ou impeça a colheita de provas, por exemplo, destruindo documentos, forjando provas, ameaçando testemunhas etc.

Por fim, para assegurar a aplicação da lei penal – a prisão preventiva será decretada caso se verifique o risco de fuga do agente.

As condições de admissibilidade da prisão preventiva estão no art. 313:

*Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*

*I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*

*II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;*

*III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*

*Parágrafo único. Também será admitida a prisão*

<sup>134</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Op. Cit., p. 969.

*preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.*

O inciso I é claro quanto à possibilidade de aplicação da prisão preventiva, somente para os crimes dolosos cuja pena máxima seja superior a 4 anos.

O inciso II possibilita a aplicação da prisão preventiva independentemente da pena que seja aplicada, desde que o agente seja reincidente em crime doloso, salvo se já “tiver decorrido o período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer a revogação”.<sup>135</sup>

O inciso III possibilita a aplicação da prisão preventiva para assegurar a execução de medidas protetivas de urgência, caso haja crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

O parágrafo único é muito claro, isto é, é possível a aplicação da prisão preventiva quando há dúvida sobre a identidade civil do agente ou quando ele não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Por derradeiro, é importante ressaltar que o art. 314 impede a decretação da prisão preventiva caso o Magistrado constate que a conduta criminosa esteja acobertada por alguma das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do CP.

## CONCLUSÃO

As prisões cautelares dispostas acima são instrumentos de extrema importância para a efetividade processual, mas é sempre bom lembrar que não são derivadas de um decreto condenatório.

As cautelares são medidas de urgência, baseadas no *fumus boni iuris*; em contrapartida, é notória a realidade carcerária brasileira. São fábricas de reincidentes, ou, como disse o Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, “os presídios no país são masmorras medievais”.

Não se nega a importância das prisões cautelares aqui tratadas, são males necessários. Porém, é imperioso que se tome muito cuidado ao aplicá-las, tendo em vista o grande prejuízo ao encarcerado.

Sabedor disso foi que o legislador, além de sistematizar as prisões no sentido de serem a *ultima ratio* no Processo Penal, publicou as medidas de contracautela, ou seja, medidas pessoais que apenas restringem a liberdade do agente, não o privam dela.

---

<sup>135</sup> Art. 64 do CP.

Lógico que as medidas de contracautela não podem ser aplicadas a todos os casos, contudo, atualmente, o Magistrado conta com mais uma opção que talvez, no caso concreto, se demonstre razoável.

Tornamos a dizer, as prisões cautelares são instrumentos de extrema importância para o direito processual penal. Não somos abolicionistas, mas é importante lembrar que o processo penal conta com mais um instrumento para garantir sua eficácia e com um custo social muito menor para o acusado.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 2ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016,

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal Volume único*. 5ª Ed., Salvador, Jus Podivm, 2017.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22ª Ed. São Paulo, Atlas, 2018.

**O CASO DO HOMEM QUE  
EJACULOU EM MULHER DENTRO  
DO ÔNIBUS E A NOVA FIGURA  
PENAL DE IMPORTUNAÇÃO  
SEXUAL**

*Luiz Gustavo FERNANDES<sup>136</sup>*

## APRESENTAÇÃO

Neste breve texto acadêmico pretende-se, de forma simples, o desenvolvimento do tema tão discutido no Brasil no ano de 2017, ou seja, o caso do ejaculador do ônibus em São Paulo. Para tanto, discorreremos sobre a história e as consequências penais e processuais penais para tão somente analisar, de forma sucinta, o novo tipo penal de Importunação Sexual.

## HISTÓRICO

Conforme amplamente noticiado em vários veículos de comunicação, no dia 29 de agosto de 2017, por volta das 13h20, um

---

<sup>136</sup> Professor de Ciências Criminais do Centro Universitário Padre Anchieta, é Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, pós-graduado (lato sensu) em Direito Tributário pela FGV/SP, em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Pt), em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Esp.), em Direito Penal Econômico pela Universidade de Toledo (Esp.).

rapaz de 27 anos que viajava em um ônibus na Avenida Paulista (centro financeiro da cidade de São Paulo), masturbou-se e ejaculou em uma passageira que estava sentada em um banco do mesmo ônibus.

Tendo sido o fato presenciado por alguns passageiros, o motorista do ônibus foi alertado, de modo que parou o veículo e chamou a polícia, que prontamente apareceu no local e prendeu o sujeito, levando-o para o 78º Distrito Policial.

No citado Distrito Policial, foi lavrado o auto de prisão em flagrante por crime de Estupro.

O fato que expusemos, de forma breve e resumida, causou grande perplexidade e revolta geral. Porém, atônitos ficamos com o desfecho do caso. Em menos de 24 horas o sujeito já estava na rua, após o relaxamento da prisão em flagrante, segundo a seguinte decisão do Magistrado paulista José Eugenio do Amaral Souza Neto<sup>137</sup>:

*O crime de estupro tem como núcleo típico constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Na espécie, entendo que não*

---

<sup>137</sup>

[http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/08/30/interna\\_nacional,896531/justica-solta-homem-que-ejaculou-em-passageira-de-onibus.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/08/30/interna_nacional,896531/justica-solta-homem-que-ejaculou-em-passageira-de-onibus.shtml)

*houve o constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça, pois a vítima estava sentada em um banco de ônibus quando foi surpreendida pela ejaculação do indiciado.*<sup>138</sup>

Passaremos, portanto, a uma breve análise do silogismo feito pelo Magistrado ao chegar a tal solução. Tudo, entendemos, em consonância com legislação penal em vigor na época, tendo em vista o significativo aumento de casos de violações sexuais em transportes públicos,<sup>139</sup> aliado ao problema que deve ser enfrentado pela sociedade brasileira, vítima dessas perniciosas práticas, isto é, violações de cunho sexual.

## **DESENVOLVIMENTO DOGMÁTICO PENAL**

Pois bem, em 2009 houve significativa reforma do título do Código Penal que tratava dos crimes sexuais. Até seu nome mudou, isto é, antigamente o título era denominado “Dos

---

<sup>138</sup> <http://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/porque-homem-que-ejaculou-em-mulher-em-%c3%b4nibus-foi-solto-e-o-que-isso-diz-sobre-a-lei-brasileira/ar-AAr3Hs9?ocid=iempt>.

<sup>139</sup> <http://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/porque-homem-que-ejaculou-em-mulher-em-%c3%b4nibus-foi-solto-e-o-que-isso-diz-sobre-a-lei-brasileira/ar-AAr3Hs9?ocid=iempt>.

crimes contra os costumes” e, atualmente, “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, tinha como objetivo a atualização das condutas sexuais criminosas já iniciadas em 1996, pois devemos recordar que o nosso Código Penal é de 1940 e muito se mudou, desde então, sob o aspecto social e sexual.

Portanto, foi nos idos de junho de 1996 que se iniciaram as alterações no título dos crimes sexuais, tendo em vista que as Leis 9.281/96, 10.224/2001 e 11.106/2005 já haviam modificado pontualmente este título, criminalizando, por exemplo, a conduta de assédio sexual e revogando alguns crimes tidos em desuso.<sup>140</sup>

Mas a grande reforma veio mesmo a lume com a já citada Lei de 2009, tendo como grande novidade a revogação do artigo de Atentado violento ao pudor<sup>141</sup>, que passou a ser modalidade do crime de Estupro.

Tal fenômeno é denominado continuidade típico-normativa, isto é, o artigo foi revogado, mas não houve *abolitio criminis*. A conduta continua sendo criminoso, porém, passou a compor outro tipo penal.

Nos dias atuais, o crime de Estupro está assim previsto:

---

<sup>140</sup> *A exemplo dos crimes de sedução, rapto (violento e consensual) e adultério.*

<sup>141</sup> *Atentado violento ao pudor, artigo 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.*



*Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*

Primeiramente, é de se notar que o artigo requer que a vítima seja “constrangida” mediante “violência” ou “grave ameaça”.

No caso concreto, que estamos a discutir, o Magistrado entendeu que não houve constrangimento e, tão pouco, violência ou grave ameaça.

Quais são os verdadeiros significados dos termos “constranger”, “violência” e “grave ameaça”, dispostos no tipo penal do Estupro?

Lembrou o festejado Nelson Hungria que Estupro nada mais é que o crime de Constrangimento ilegal (artigo 146) com uma finalidade específica.<sup>142</sup>

E a infração penal de Constrangimento ilegal está capitulada nos crimes contra a liberdade individual. Está claro, no seu texto, a intenção do legislador em proteger a liberdade pessoal, ou seja, será punido aquele que obrigue alguém, mediante violência física ou moral, a

---

<sup>142</sup> “Não é o estupro senão uma forma especial do constrangimento legal (art. 146) trasladada para o setor dos crimes contra os costumes.” HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: 3ª Ed. Vol. VIII. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1956. p. 116.*

não fazer o que a lei permite, ou fazer o que ela não manda.<sup>143</sup>

Constranger é um termo de conteúdo polissêmico, isto é, uma palavra que contém vários significados. A palavra “vela” é o melhor exemplo de termo polissêmico, pois podemos usá-la como a “vela de um barco” ou como a “vela que ilumina”. Seu correto significado dependerá do contexto no qual foi inserida.

Não foi diferente com o verbo constranger, da figura penal do Estupro.

O verbo “constranger”, constante do tipo penal de Estupro, não foi empregado no sentido de envergonhar ou de humilhar.

O “constranger” do referido tipo em comento significa: coagir, obrigar, compelir, forçar a vítima “a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso”.

Se alguém discorda da atividade sexual, outra pessoa não poderá forçá-la, não poderá constrangê-la, mediante violência ou ameaça, “a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Agora, se ocorreu o consentimento, ou seja, se houve adesão ao ato sexual, logicamente não haverá crime. O bem jurídico é disponível, de modo que o consentimento é uma causa – supralegal – de exclusão da ilicitude.

---

<sup>143</sup> Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Portanto, o crime ocorre quando o autor não respeita o dissenso da vítima e a constranja, obrigue, force a ter com ele uma conjunção carnal ou ato libidinoso.

Realmente, não nos parece que houve qualquer constrangimento no caso em tela, mas, sim, um ato surpresa de cunho sexual.

O termo “violência”, constante no tipo penal, indica a violência física, isto é, a força física empregada com o objetivo de conseguir o ato sexual (conjunção carnal ou ato libidinoso).

Portanto, o tipo penal exige que o constrangimento dê-se mediante violência, ou seja, que o autor empregue energia física (amarre, segure, agrida a vítima) para conseguir a atividade sexual. Nada mais é que um meio de constrangimento previsto expressamente no tipo penal.

Também não nos parece que isso tenha ocorrido, pois, como relatado pela imprensa, a vítima foi pega de surpresa.

Já o termo “grave ameaça” refere-se à violência moral, isto é, significa intimidar, inibir, com o objetivo da prática sexual. Segundo o Professor Cezar Roberto Bitencourt, é a *vis compulsiva* que exerce uma *força* intimidativa, inibitória, anulando ou minando a *vontade* e o *querer* da ofendida, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima.<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> *Tratado de Direito Penal. Parte especial 4. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 50.*

Também isso não ocorreu, pois, como já exaustivamente dito, a vítima foi surpreendida com o ato libidinoso já encerrado.

Portanto, o crime requer que o autor force, obrigue (constrangimento) a vítima mediante força física (violência) ou uma intimidação (grave ameaça) com o fim de obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Por um simples e breve raciocínio lógico, baseado nas notícias veiculadas na imprensa, não nos parece, realmente, que houve violência (violência física) ou grave ameaça (violência moral) no caso em tela.

O tipo ainda cita os objetivos a serem alcançados pelo constrangimento com violência física ou moral, ou seja, o agente visa à obtenção, a qualquer custo, da “conjunção carnal” ou “outro ato libidinoso”.

“Conjunção carnal” é a relação sexual, chamada por alguns de cópula normal. Trocando em miúdos, é o coito vaginal, é a introdução do pênis no conduto vagínico.

Do que se depreende das notícias veiculadas, tal não ocorreu.

Restaram, portanto, os “atos libidinosos”.

Atos libidinosos abrangem as práticas sexuais diversas da conjunção carnal, a exemplo do sexo oral, do sexo anal e da introdução de dedos ou objetos no ânus ou vagina.

Outros professores vão mais além, isto é, entendem que todos os atos libidinosos, mesmo aqueles de menor gravidade, encaixar-

se-iam no conceito de “atos libidinosos”, previsto no tipo penal. Desta forma, o beijo lascivo, o ato de esfregar o órgão sexual na vítima (prática comum em conduções lotadas), a bolinação de seios, nádegas, órgão genital, coxas, seriam atos libidinosos do crime em discussão. Portanto, seguindo tal entendimento, a ejaculação, conforme o caso concreto relatado, também se encaixaria no conjunto de “atos libidinosos” do crime de estupro.

Não nos parece o melhor entendimento!

E por quê?

Em primeiro lugar, por força do princípio da proporcionalidade. A Lei nº 8.930 de 1994 inseriu o crime de Estupro no rol dos crimes hediondos.

A lei dos crimes hediondos (8.072/90), além de tratar os crimes já previstos na legislação penal de forma mais gravosa, elevou a pena do crime de estupro ao patamar de 6 a 10 anos de reclusão.

Não nos parece ser razoável e proporcional aplicar-se uma pena mínima de 6 anos àquele que, por exemplo, roubou um beijo lascivo, passou a mão em partes específicas do corpo de outrem sem autorização, ou mesmo àquele que ejaculou em alguém conforme o caso concreto.

Não nos parece razoável o agravamento do direito de progressão de regimes por alguma dessas condutas elencadas.

Óbvio que não validamos tais práticas perniciosas, apenas alertamos que o tratamento penal deferido a uma pessoa que, por exemplo, “roubou” um beijo, não é proporcional.

Imaginemos um jovem (primário) condenado a uma pena (mínima) de 6 anos por um beijo roubado, por estar embriagado em uma “balada” qualquer. Este jovem poderia ser condenado a uma pena mínima de seis anos. Enfrentaria as agruras de um presídio brasileiro, com uma progressão de regime mais rígida, e, ainda, ostentando a pecha de esturador.

Não nos parece razoável.

Entretanto, mesmo que se entenda de forma diversa, não há de se falar, neste caso que estamos a discutir, em crime de estupro, pois, como demonstrado acima, faltam outros elementos do tipo penal em análise, quais sejam? O constrangimento e a violência (física ou moral).

Entendeu o Magistrado que a tipicidade da conduta seria apenas contravençional, inculpada no artigo 61 da remota, mas ainda vigente, Lei nº 3.688/41, cuja pena é de multa.

*Artigo 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor.*

*Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.*

Enfim, pena ínfima que não intimida ninguém, porém, há o perfeito encaixe da conduta ao tipo penal (tipicidade).

É de se notar que o Código Penal brasileiro não possuía, à época, um tipo penal efetivo, onde a conduta do sujeito pudesse se encaixar (tipicidade).

De um lado, tínhamos a figura criminosa do Estupro, na qual a conduta discutida neste texto não se encaixava (tipicidade).

De outro lado, tínhamos um tipo contravencional, no qual a conduta se encaixava perfeitamente, porém, com uma punição muito branda, que não tem, parecidos, força para proteger o bem jurídico dignidade sexual.

## **PRISÃO EM FLAGRANTE**

Pois bem, como largamente noticiado pela imprensa na época, após a prática da conduta, a polícia foi chamada, e o apontado autor do fato, encaminhado à Delegacia de Polícia. Lá, foi lavrado o auto de prisão em flagrante pelo crime de Estupro.

Segundo artigo 310 do Código de Processo Penal brasileiro, após a lavratura do auto de prisão em flagrante e a comunicação ao Magistrado, este tomará as seguintes providências:

- Relaxará a prisão em flagrante (se entender ilegal);
- Converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva (se presentes

os pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade previstos nos artigos 312 e seguintes);

- Concederá liberdade provisória com ou sem fiança.

Acertadamente, no nosso entendimento, o Magistrado relaxou a prisão em flagrante, pois, como já explicado, a conduta praticada não foi de Estupro, mas contravencional de Importunação ofensiva ao pudor, não preenchendo, portanto, as condições de admissibilidade (previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal) para a conversão em prisão preventiva.

Portanto, pouco tempo depois da sua prisão, o autor do fato saiu pela porta da frente do Distrito Policial, gerando, assim, grande revolta social.

A decisão do Magistrado foi bastante criticada pela população, porém, foi técnica e legalista. O Magistrado não faz o que lhe vem à cabeça. Está adstrito aos diplomas legislativos para decidir. Por mais que alguns Professores e operadores do Direito não concordassem com a decisão, a legislação não permitia que agisse de outro modo.

Após um curto espaço de tempo, o autor reincidiu, cometendo novamente o mesmo fato. Contudo, desta vez, agarrou a vítima, constringendo-a, mediante violência, a um ato libidinoso.

Foi preso novamente, mas esta sua prisão em flagrante foi convertida em preventiva, tendo em vista sua conduta ser típica do crime de Estupro, permitindo, então, sua manutenção no cárcere.

Assim, por força de uma simples dedução lógica, o problema era legislativo. Não tínhamos um tipo penal, em nosso ordenamento jurídico, que trouxesse a necessária segurança jurídica para casos como tais.

### CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

Em 24 de setembro de 2018, foi publicada a Lei nº 13.718, que modificou e inseriu alguns dispositivos no Código Penal brasileiro. Um dos dispositivos inseridos foi o artigo 215-A, cujo *nomen iuris* foi Importunação sexual. Diz ele:

*Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:*

*Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.*

O tipo penal é muito recente, de modo que ainda não houve tempo suficiente para a análise e manifestação apurada da Doutrina e dos Tribunais, porém, por uma simples leitura, já podemos traçar algumas características deste novo crime.

Primeiramente, trata-se de um crime comum, ou seja, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Quanto ao sujeito passivo, o tipo fala em “Praticar contra alguém”, portanto o sujeito passivo pode ser tanto homem como mulher.

É importante que se lembre do Princípio da especialidade. Se a vítima for menor de 14 anos, se não tiver, por enfermidade ou doença mental, necessário discernimento para a prática do ato, ou se, por qualquer causa, não puder oferecer resistência, o autor não responderá por esse crime, mas pelo crime de Estupro de vulnerável - artigo 217-A do Código Penal.

O novo tipo penal não prevê a modalidade culposa; essa modalidade é exceção na legislação penal.<sup>145</sup>

Assim sendo, o novo tipo penal requer que a conduta seja dolosa, ou seja, conduta consciente e voluntária com finalidade da prática do ato.

Devemos também observar que o novo tipo penal descreve um elemento subjetivo específico, ou seja, *com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro*.

Entendemos que o legislador andou mal ao estabelecer uma finalidade específica para tal tipo penal.

---

<sup>145</sup> *Apenas alguns crimes na legislação pátria admitem a modalidade culposa.*

Imaginemos, somente por amor ao debate, que tenha ficado provado que o agente do ônibus de São Paulo cometeu aquele ato vil tão somente para cumprir um desafio, bastante comum entre jovens.

Ora, dependendo do motivo do desafio, não haverá o preenchimento da finalidade específica exigida pelo novo tipo, portanto, não haverá o crime discutido.

A pena mínima é de 1 ano, portanto, segundo o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, admite-se a suspensão condicional do processo.

Mas esse crime é uma infração de médio potencial ofensivo, isto é, sua pena máxima é de 5 anos. Como é possível aplicar-se a suspensão condicional do processo?

A suspensão condicional do processo, prevista na Lei dos Juizados Especiais Criminais, não está adstrita somente aos crimes de menor potencial ofensivo.<sup>146</sup>

Não é permitido que a Autoridade policial conceda liberdade provisória com fiança, tendo em vista que o artigo 322 do Código de Processo Penal só permite a fiança, aplicada pelo Delegado de polícia, para

---

<sup>146</sup> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

crimes cuja pena máxima não seja superior a 4 anos.

A lei nº 13.718/18 também modificou a redação do artigo 225 do Código Penal. Atualmente, todos os crimes previstos nos Capítulos I e II são de ação penal pública incondicionada.<sup>147</sup>

Antes da reforma do título dos crimes sexuais em 2009, a ação penal era privada, portanto, a própria vítima, ou seu representante legal (caso a vítima fosse menor de 18 anos), seria titular da ação penal.

Com a reforma do título citado, a ação, via de regra, passou a ser, para os capítulos I e II, pública condicionada. O titular da ação penal seria o representante do Ministério Público, contudo, necessitava da condição de procedibilidade para propor a demanda.

Atualmente, a ação passou a ser, para os capítulos I e II, pública incondicionada, o que significa dizer que, além do representante ministerial ser o titular da ação penal, não precisa daquela condição de procedibilidade para propor a demanda.

Como já dito, estes são os breves apontamentos perceptíveis por uma simples leitura do texto da nova conduta criminosa, porém, devemos aguardar as manifestações

---

<sup>147</sup> Antes dessa modificação legislativa, os crimes dos capítulos I e II tinham como regra a ação penal pública condicionada à representação.

amadurecidas da Doutrina e dos Tribunais acerca deste novo tratamento penal.

Mas deixemos registrado que, naquela época, a decisão do Magistrado em relaxar a prisão em flagrante foi técnica e correta, tendo em vista a falta de legislação penal. Contudo, esta nova alteração parece ter preenchido a lacuna legal aqui demonstrada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/08/30/interna\\_nacional,896531/justica-solta-homem-que-ejaculou-em-passageira-de-onibus.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/08/30/interna_nacional,896531/justica-solta-homem-que-ejaculou-em-passageira-de-onibus.shtml)

<http://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/por-que-homem-que-ejaculou-em-mulher-em-%c3%b4nibus-foi-solto-e-o-que-isso-diz-sobre-a-lei-brasileira/ar-AAr3Hs9?ocid=ientp>

BITENCOURT. Cezar Roberto. “Tratado de Direito Penal Parte Especial 4”, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

HUNGRIA. Nelson. Comentários ao Código Penal: 3ª Ed. Vol. VIII. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1956. p. 116.

RASSI, João Daniel; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo, Atlas, 2010.



## COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: ATRIBUIÇÕES LEGAIS

Milton FORNAZARI JUNIOR<sup>148</sup>

**Resumo:** o presente artigo trata da cooperação jurídica internacional em matéria penal, das linhas gerais do auxílio direto e da sua relação com outras modalidades de cooperação jurídica internacional, em especial do estudo das atribuições das autoridades incumbidas da persecução penal na atuação por meio da expedição e do recebimento do auxílio direto em matéria penal.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Cooperação jurídica internacional. Auxílio direto penal. Delegado de Polícia. Ministério Público. Crime organizado.

### INTRODUÇÃO

A cooperação jurídica internacional entre o Brasil e os diversos países da comunidade internacional se opera por meio dos institutos tradicionais: extradição, carta rogatória e homologação de sentença estrangeira. Atualmente, dois outros institutos surgiram em tratados internacionais recentes: o procedimento da transferência de presos ou

<sup>148</sup> Delegado de Polícia Federal, Professor da Escola Superior de Polícia e da Academia de Polícia Nacional, Doutor em Direito Processual Penal e Mestre em Direito Penal pela PUC/SP.

condenados e o denominado auxílio direto ou *mutual legal assistance* (“MLA”)<sup>149</sup>, em matéria civil e penal.

No âmbito do presente estudo, buscou-se delimitar brevemente o fundamento constitucional e legal do auxílio direto em matéria penal, atualmente previsto no artigo 216-O, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça<sup>150</sup>, bem como identificar a atribuição legal das autoridades brasileiras para a expedição do auxílio direto ativo (ao exterior), bem como para o cumprimento do auxílio direto passivo (oriundo do exterior).

### O SURGIMENTO DO AUXÍLIO DIRETO EM MATÉRIA PENAL

<sup>149</sup> Cabe, desde já, uma primeira observação. Algumas autoridades brasileiras se referem à peça de auxílio direto como “MLAT”, o que, na verdade, se trata da sigla correspondente à expressão inglesa *mutual legal assistance treaty*. Referida expressão refere-se aos tratados nos quais o regime jurídico do *mutual legal assistance* é previsto, uma vez que *treaty* significa tratado ou acordo em português. Portanto, o correto é referir-se à peça como *Auxílio Direto*, ou ainda, *Assistência Jurídica* ou *Auxílio Jurídico*, cuja tradução corresponde a *mutual legal assistance (MLA)*.

<sup>150</sup> “Artigo 216-O. § 2º Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo deliberatório do Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados de carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.”

O chamado fenômeno da globalização, verificado a partir da segunda metade do século XX, aproximou as nações e as pessoas das mais diversas nações, o que foi potencializado com o advento da internet, trazendo uma nova realidade, com diversos efeitos, tanto positivos como negativos.

Os efeitos negativos se revelaram pelo aumento dos litígios internacionais e pela facilitação da prática dos crimes transnacionais, compreendidos como aqueles cuja preparação, execução ou resultado são repartidos em fases diversas, ocorrendo parte delas em um país e parte em outro ou em mais países.

O crime transnacional, de acordo com a Convenção de Palermo<sup>151</sup>, se configura em qualquer das seguintes hipóteses: a) quando cometido em mais de um Estado; b) quando cometido em um Estado, mas sua preparação foi substancialmente feita em outro; c) quando cometido em um Estado, mas a organização criminal do grupo é estabelecida em outro Estado; e d) quando cometido em um Estado, mas tem efeitos substanciais em outro.

Para se ter uma ideia da nocividade do crime transnacional, levantamento realizado pelo Fundo Monetário Internacional identificou que a lavagem de dinheiro

transnacional faz circular cerca de 2% a 5% do produto interno bruto mundial, anualmente, por meio de operações bancárias e financeiras internacionais, além do uso de empresas *offshore* sediadas em paraísos fiscais<sup>152</sup>.

Nesse contexto mundial, surgiu a necessidade de uma maior e eficaz cooperação internacional entre todos os países, a fim de adequar melhor o combate à criminalidade transnacional na nova realidade global.

Na Constituição Federal, a mais ampla cooperação com os outros países é destacada como princípio, conforme preceitua o artigo 4º, inciso IX:

*“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)  
IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; (...).”*

Os instrumentos tradicionais de cooperação jurídica internacional, como as cartas rogatórias e a homologação de sentença estrangeira já não se mostram mais eficazes para a produção de provas, ou para a efetivação de medidas de indisponibilidade de bens e repatriação de valores pelo mundo

---

<sup>151</sup> Incorporada ao nosso ordenamento jurídico com o status de lei ordinária, pelo Decreto nº 5.015/2004.

---

<sup>152</sup> PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. *Cooperação penal internacional nos delitos econômicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 13, nº 54. São Paulo: RT, 2005, p. 153-168, em especial p. 155.

afora, ao menos com a eficiência que se exige atualmente no combate a essa espécie de criminalidade.

Tornou-se necessário facilitar e simplificar a cooperação jurídica entre os países, tornando-a a mais ampla possível, em especial com a rápida comunicação e ciência das autoridades competentes para a adoção das medidas mais adequadas ao sucesso de uma investigação ou de um processo penal.

Por outro lado, era importante a criação de um sistema de normas, um regime jurídico, que respeitasse e assegurasse os direitos fundamentais do indivíduo frente à ação estatal.

Seguindo esse entendimento, os países passaram a repensar o modelo de cooperação internacional desde a segunda metade do Século XX, com a celebração de novos tratados bilaterais, regionais e multilaterais.

Um dos pioneiros tratados bilaterais que previu os contornos do regime jurídico do atual auxílio direto penal (“*mutual legal assistance*”) foi o assinado entre os EUA e a Suíça, com vigência iniciada no ano de 1977.

A partir da década de 1990, com a assinatura dos dois primeiros tratados bilaterais pelo Brasil (com Itália e França)<sup>153</sup>, a cooperação internacional passou a ser

repensada internamente, sob o prisma de torná-la mais efetiva.

A partir da assinatura com os Estados Unidos da América do acordo bilateral sobre cooperação jurídica em matéria penal, em 2001, o auxílio direto no Brasil teve seus contornos bem definidos e sua aplicação efetivada devido ao grande volume de relações entre os dois países, bem como em virtude da maior precisão técnica do tratado.

O *MLAT*, abreviatura para *Mutual Legal Agreement Treaty*, foi incorporado ao nosso ordenamento por meio do Decreto nº 3.810/2001 com a denominação de Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e EUA.

Desde então, diversos outros tratados bilaterais foram celebrados pelo Brasil, tendo basicamente como modelo o padrão adotado no chamado “MLAT”.

Foram assinados e promulgados no nosso ordenamento vinte tratados bilaterais, até o momento, que estão em plena vigência, com os seguintes países: Canadá (Decreto nº 6.747/2009); China (Decreto nº 6.282/2007); Colômbia (Decreto nº 3.895/2001); Coréia do Sul (Decreto nº 5.721/2006); Cuba (Decreto nº 6.462/2008); Espanha (Decretos nº 6.681/2008 e nº 8.048/2013); Estados Unidos da América (Decreto nº 3.810/2001); França (Decreto nº 3.324/1999); Honduras (Decreto nº 8.046/2013); Itália (Decreto nº 862/1993); México (Decreto nº 7.595/2011); Nigéria

---

<sup>153</sup> Incorporados ao nosso ordenamento, respectivamente, pelos Decretos nº 863/1993 e nº 3.324/1999.

(Decreto nº 7.582/2011); Panamá (Decreto nº 7.596/2011); Paraguai (Decreto nº 139/1995); Peru (Decreto nº 3.988/2001); Portugal (Decreto nº 1.320/1994); Reino Unido (Decreto nº 8.047/2013); Suíça (Decreto nº 6.974/2009); Suriname (Decreto nº 6.832/2009); e Ucrânia (Decreto nº 5.984/2006).

Paralelamente, em virtude da especificidade do combate a cada espécie de crime transnacional, ou em razão do processo de integração regional do Mercosul, vários outros tratados internacionais multilaterais também foram assinados pelo Brasil.

Entre os mais importantes para o nosso estudo, devido à previsão do instituto do auxílio direto, estão os seguintes: “Convenção de Viena”, ou Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Decreto nº 154/1991); Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais no Mercosul (Decreto nº 3.468/2000); “Convenção de Palermo”, ou Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015/2004)<sup>154</sup>; “Convenção de Mérida”, ou Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006);

---

<sup>154</sup> A Convenção de Palermo contra o crime organizado ainda foi aditada por outros protocolos internacionais, referentes aos crimes de tráfico de pessoas (Decretos nº 5.016/2004 e nº 5.017/2004) e tráfico de armas (Decreto nº 5.941/2006).

e Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (Decreto nº 6.340/2008).

Como podemos verificar, a grande maioria dos tratados internacionais sobre o auxílio direto é posterior ao ano 2000, o que demonstra a novidade do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

O referido instituto possui contornos jurídicos muito mais ágeis do que os da carta rogatória e os da homologação de sentença estrangeira, em especial a desconcentração da competência jurisdicional e a possibilidade de atos executórios no território do Estado requerido, sem olvidar da sua conformidade com a legislação interna brasileira e com a Constituição Federal.

Nesse sentido, precisa a lição de Teori Zavascki:

*“as relações internacionais, no âmbito do que se denomina, genericamente, de cooperação jurídica, estão previstas, fundamentalmente, em normas de direito público internacional, estabelecidas em acordos bilaterais, regionais e multilaterais, que têm proliferado fecundamente em todo o mundo nas últimas décadas. (...) O conjunto dessas normas internacionais sobre cooperação jurídica evidencia claramente a preocupação das Nações e dos organismos internacionais em estabelecer novos paradigmas de assistência mútua nessa área, a fim de enfrentar, com agilidade e*

*eficiência, os graves problemas de aplicação das leis penais, numa realidade mundial globalizada”<sup>155</sup>.*

## O AUXÍLIO DIRETO EM MATÉRIA PENAL

O auxílio direto em matéria penal, de acordo com seu regime jurídico no Brasil, constitui um instituto de direito público internacional e de direito processual penal, previsto em tratado internacional devidamente incorporado ao ordenamento jurídico interno, com status de lei ordinária, por meio do qual se estabelece o intercâmbio entre países acerca de documentos, provas, atos e medidas processuais constitutivas patrimoniais, por intermédio de uma Autoridade Central<sup>156</sup>, incumbida da

---

<sup>155</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Cooperação jurídica internacional e concessão de exequatur*. Revista de Processo, ano 35, nº 183. São Paulo: RT, 2010, pp. 9-24, em especial p. 17-18.

<sup>156</sup> A AUTORIDADE CENTRAL é figura típica do regime jurídico do mutual legal assistance. Trata-se de um órgão em cada país por meio do qual deve tramitar celeremente o auxílio direto, além de dispensar a necessidade da legalização consular para as informações e provas obtidas por meio do auxílio direto, tornando assim menos burocrática a cooperação jurídica internacional em matéria penal. No Brasil vigora o modelo executivo, assim como na Espanha, Inglaterra, Suécia, Suíça e Uruguai, dentre outros. Desta maneira, a autoridade central integra o Poder Executivo, trata-se do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), na Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, criado administrativamente para essa finalidade. Apenas em dois tratados internacionais,

promoção da pretensão de um País, no interesse de uma investigação criminal ou de um processo penal no exterior (ativo) ou no Brasil (passivo).

O seu conteúdo, compreendido pelas medidas que constituem o seu objeto, trata da realização de atos de investigação criminal e processuais penais em outro país, desde que diversos da extradição, configurando uma medida incidental e acessória a um feito principal de natureza processual penal: a persecução penal em trâmite no País requerente, materializada em uma investigação criminal (fase pré-processual) ou em uma ação penal (fase processual).

Com efeito, ao tratar da cooperação jurídica, por meio do auxílio direto, a Convenção de Palermo determina que os países signatários prestarão reciprocamente toda assistência possível nas investigações, nos processos e em outros atos judiciais relativos às organizações criminosas<sup>157</sup>.

O Acordo Brasil/EUA também segue o mesmo regime, determinando que ambos os países “se obrigam a prestar a assistência mútua, em matéria de investigação, inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos

---

excepcionalmente (com Portugal e com o Canadá), a autoridade central brasileira é o Ministério Público Federal.

<sup>157</sup> Artigo 18, item 1, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015/2004).

*relacionados a delitos de natureza criminal*<sup>158</sup>.

Outro tratado também muito utilizado, firmado entre o Brasil e a Suíça, dispõe que os Estados deverão conceder um ao outro a “*mais ampla cooperação jurídica em qualquer investigação ou procedimento judiciário relativos a delitos cuja repressão é da jurisdição do Estado requerente*”<sup>159</sup>.

Por esses dispositivos, com redação muito similar em todos os tratados sobre o tema, se verifica que a medida de auxílio direto deve estar associada sempre a uma persecução penal, devidamente materializada.

De fato, como corolário do devido processo legal, não se admitem processos ou investigações criminais cujos atos não estejam materializados em procedimento formais. No Brasil, a fase pré-processual é materializada pelo inquérito policial, relativa à investigação criminal, e a fase processual é materializada pela ação penal.

Portanto, qualquer expedição de auxílio direto, no Brasil, deverá ter sido determinada incidentalmente, no curso de um dos dois procedimentos criminais acima mencionados.

---

<sup>158</sup> Artigo 1º, item 1, do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (Decreto nº 3.810/2001).

<sup>159</sup> Artigo 1º, item 1, Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça (Decreto nº 6.974/2009).

Por outro lado, o auxílio direto passivo, ou seja, aquele que será cumprido no Brasil, por interesse de outro país, visando a realização dos atos acima referidos, também deverá estar vinculado no exterior a um procedimento formal e materializado, referente a uma investigação criminal ou a um processo penal, ainda que de natureza e disciplina diferente da persecução penal brasileira.

## **A ATRIBUIÇÃO PARA EXPEDIÇÃO DO AUXÍLIO DIRETO ATIVO**

Como já se viu acima, o auxílio direto deve ser expedido durante a fase da investigação criminal ou da ação penal, cabendo ao titular de cada uma delas a sua iniciativa.

No Brasil, de regra, cabe ao Delegado de Polícia a titularidade na fase do inquérito policial, e ao membro do Ministério Público na fase da ação penal.

Em que pese o Ministério Público não ser o titular do inquérito policial no Brasil, agindo com *custus legis* na fase pré-processual, em algumas investigações tem se verificado sua participação atípica, mediante a expedição própria de auxílios diretos ao exterior.

Também se deve destacar que a expedição de auxílio direto não se traduz como medida típica por parte do juiz que



supervisiona o inquérito policial ou do que julga a ação penal. Não obstante, nada impede que o juiz, no exercício da supervisão e do controle do inquérito policial, bem como na qualidade de julgador na ação penal, também expeça a solicitação ao País requerido.

A diferença é que no auxílio direto, o juiz submeterá sua decisão à apreciação de mérito pelo Poder Judiciário de outro país, na qualidade de requerimento, diferentemente do que ocorre com a carta rogatória.

Na carta rogatória, o País requerido se limita a reconhecer a validade e eficácia de uma decisão judicial do País requerente, desde que atendidos os requisitos formais, sem discussão acerca do mérito.

No auxílio direto, ao contrário, submete-se ao Poder Judiciário no País requerido a análise do mérito da solicitação formulada, aplicando-se a lei do país requerido (*locus regit actum*), em regra, para que a medida seja deferida ou não.

Nesse sentido, precisa é a lição de Gilson Dipp:

*"pelo pedido de auxílio jurídico direto, o Estado estrangeiro não se apresenta na condição de juiz, mas de administrador. Não encaminha uma decisão judicial a ser aqui executada, mas solicita assistência para que, no território nacional, sejam tomadas as providências necessárias à satisfação do pedido. Se as providências solicitadas no pedido de auxílio*

*estrangeiro exigirem, conforme a lei brasileira, decisão judicial, deve a autoridade competente promover, na Justiça brasileira, as ações judiciais necessárias. O Estado estrangeiro, ao se submeter à alternativa do pedido de auxílio jurídico direto, concorda que a autoridade judiciária brasileira, quando a providência requerida exigir pronunciamento jurisdicional, analise o mérito das razões do pedido. O mesmo não ocorre no julgamento da carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo sistema exequatur impede a revisão do mérito das razões da autoridade estrangeira, salvo para verificar violação à ordem pública e à soberania nacional. Na carta rogatória, dá-se eficácia a uma decisão judicial estrangeira, ainda que de natureza processual ou de mero expediente. No pedido de auxílio, busca-se produzir uma decisão judicial doméstica e, como tal, não-sujeita ao juízo de delibação"<sup>160</sup>.*

Destacada essa característica do auxílio direto, retornamos ao escopo do presente estudo, por meio do qual se verifica que o auxílio direto em matéria penal é instituto de manuseio típico pelo presidente da investigação criminal e pelo titular da ação penal, ou seja, o Delegado de Polícia e o membro do Ministério Público, respectivamente.

<sup>160</sup> DIPP, Gilson Langaro. Carta Rogatória e cooperação internacional. Revista CEJ, Brasília, Ano IX, n° 38, 2007, p. 39-43, em especial p. 40.



De fato, a maioria dos tratados, conforme exemplificam os dispositivos transcritos acima, estabelece a mais ampla cooperação jurídica no âmbito das investigações criminais.

O artigo 6º do Código de Processo Penal impõe a obrigação ao Delegado de Polícia, na qualidade de autoridade policial, de investigar os fatos ilícitos de natureza penal, o que é feito pela formalização do inquérito policial<sup>161</sup>.

O artigo 2º e seus parágrafos, da Lei nº 12.830/2013, também estabelece a titularidade da investigação criminal pelo Delegado de Polícia<sup>162</sup>.

Já o Ministério Público possui a titularidade da promoção da ação penal, conforme previsto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal<sup>163</sup>, o que determina a sua

atribuição para a expedição de auxílio direto no âmbito da instrução da ação penal, em conformidade com a redação dos dispositivos em tratados acima descritos, a título exemplificativo.

## **DA ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL NO AUXÍLIO DIRETO ATIVO**

Desta maneira, durante a instrução do inquérito policial, caso o Delegado de Polícia Federal ou o Delegado de Polícia Civil (a depender do crime investigado ser de competência federal ou estadual) verifique a hipótese legal da obtenção formal de informações e provas no exterior, nas mesmas hipóteses em que detém atribuições legais para agir de ofício ou representar em juízo no Brasil, demandará diretamente ao Estado requerido, por meio do auxílio direto, que será enviado pela Autoridade Central brasileira à sua congênere no País requerido, instruindo a medida para apreciação do mérito pelas autoridades competentes no exterior.

Ou seja, a autoridade brasileira submeterá ao Estado requerido o legítimo interesse de ser realizada a prática de determinado ato no exterior, com a finalidade de instruir um procedimento criminal no Brasil.

---

<sup>161</sup> “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...); III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;”

<sup>162</sup> Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais. § 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

<sup>163</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”

A título de exemplo, imagine que um Delegado de Polícia Federal, em sede de inquérito policial, encontre indícios suficientes de materialidade e autoria da prática de determinado crime no Brasil e, além disso, provas de que o investigado mantém valores obtidos com a prática do crime depositados em conta bancária em outro país.

Nessa hipótese, a autoridade brasileira, no caso o Delegado de Polícia, formula a medida de auxílio direto, instruindo-a com as provas dos crimes praticados e submete a pretensão da quebra do sigilo bancário e do sequestro dos valores ilícitos ao País requerido, por meio das autoridades centrais dos dois países.

Prosseguindo nesse exemplo, se o Estado requerido tiver uma legislação semelhante à brasileira, na qual a constrição de bens também está sujeita à reserva de jurisdição (como ocorre na maioria dos países do mundo ocidental), aí então, por meio de uma Autoridade Central no exterior, a demanda brasileira será direcionada ao órgão interno com atribuição para propor a medida judicial cautelar cabível, perante o próprio Poder Judiciário do Estado requerido.

Caberá ao juiz do Estado requerido efetuar o juízo de mérito acerca daquele pedido, ou seja, a análise será feita não só quanto à observância ou não dos requisitos

formais previstos em tratado, mas também se há realmente indícios suficientes que justifiquem a medida cautelar de constrição patrimonial (juízo de mérito).

Referida medida, se acolhida no Estado requerido, terá o condão de assegurar o ressarcimento da vítima ou do Estado requerente, além de possibilitar o acesso aos documentos de abertura e movimentação da conta no exterior, ou seja, a prova da materialidade do crime transnacional, na hipótese citada.

#### **ATRIBUIÇÕES PARA CUMPRIMENTO DO AUXÍLIO DIRETO PASSIVO**

O mesmo raciocínio no auxílio direto ativo vale para a hipótese de auxílio direto a ser cumprido no Brasil: se a autoridade estrangeira encaminhar ao Brasil, por meio de auxílio direto, uma demanda sujeita à reserva de jurisdição, como a quebra dos sigilos bancário e fiscal, o sequestro de bens e valores, a interceptação telefônica etc., a Autoridade Central brasileira deverá encaminhar o pedido ao órgão com atribuições constitucionais para representar em juízo por aquela demanda.

Se a demanda tiver que ser proposta para instruir um processo penal no exterior, o pedido deverá ser encaminhado ao

Ministério Público Federal, a quem incumbe promover e acompanhar a ação penal no Brasil, a teor do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

Na hipótese de se tratar de uma medida cautelar para a instrução de uma investigação criminal no exterior, a medida deverá ser encaminhada à Polícia Federal, no uso de suas atribuições de polícia judiciária da União, nos termos do artigo 144 da Constituição Federal, cabendo aos Delegados de Polícia Federal a incumbência de representar em juízo pelas medidas solicitadas.

Com efeito, a regulamentação do trâmite do auxílio direto pela Autoridade Central no Brasil foi feita primeiramente pela Portaria Conjunta MJ/PGR/AGU nº 01/2005, por meio da qual a medida seria encaminhada à Advocacia Geral da União, nas questões cíveis, e ao Ministério Público Federal, nas demandas de natureza processual penal.

Na referida portaria se olvidou, indevidamente, das atribuições constitucionais do Delegado de Polícia Federal, previstas no artigo 144 da Constituição Federal, relativas às funções de polícia judiciária da União, bem como do poder de representação, previsto no Código de Processo Penal e nas leis penais e processuais penais, exercido por meio das medidas de natureza cautelar em juízo.

A fim de corrigir o vício formal, que implicava ilegalidade e inconstitucionalidade, foi corretamente editada a Portaria nº 1.876, do Ministério da Justiça, determinando o encaminhamento do auxílio direto à Polícia Federal, nas hipóteses que não se inserissem no âmbito de atribuições exclusivas do Ministério Público, ou seja, na fase do inquérito policial<sup>164</sup>.

Desta maneira, atualmente, os pedidos de auxílio direto que versam sobre medidas a serem obtidas na fase da investigação criminal no exterior deverão ser encaminhados pela Autoridade Central brasileira diretamente à Polícia Federal.

A demanda oriunda do exterior, na hipótese de estar sujeita à necessidade de decisão judicial, conforme dispõe o Direito brasileiro, deverá ser distribuída ao juiz federal competente no local onde deva se realizar o ato pretendido pelo Estado requerente, por representação do Delegado de Polícia Federal ou do membro do

---

<sup>164</sup> “Art. 1º, Portaria nº 1.876-MJ: Os pedidos de cooperação jurídica internacional passiva em matéria penal, que se sujeitam à competência da Justiça Federal, não ensejam juízo de deliberação do Superior Tribunal de Justiça e não se inserem no âmbito de atribuições exclusivas do Ministério Público Federal, nos termos da Portaria Conjunta MJ nº 1, de 27 de outubro de 2005, poderão ser encaminhados pelo DRCI ao DPF para que este proceda à distribuição dos pedidos às unidades do Departamento de Polícia Federal com atribuição para promover os atos necessários à cooperação.”

Ministério Público Federal, a depender do momento processual exterior (investigação criminal ou processo penal).

Trata-se, no caso, de competência jurisdicional constitucional, prevista no artigo 109, incisos II e III, da Constituição Federal<sup>165</sup>, uma vez que a causa terá como fundamento tratado internacional firmado pelo Brasil, bem como envolverá a demanda de Estado estrangeiro.

O auxílio direto também poderá ter como objeto a produção de ato que não dependa da intervenção do Poder Judiciário no Estado requerido, no interesse de uma investigação criminal ou de um processo penal.

Exemplo disso é a expedição de auxílio direto para a oitiva de uma testemunha no País requerido, durante a fase pré-processual, que poderá ser solicitada e cumprida pelas autoridades administrativas com atribuição para a realização da investigação criminal, respectivamente no Estado requerente e no País requerido.

---

<sup>165</sup> “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; (...).”

No Brasil, por exemplo, a oitiva deverá ser realizada pelo Delegado de Polícia Federal, uma vez que a ele incumbe a presidência da fase pré-processual no Brasil.

Outro exemplo é a requisição de documentos a entes administrativos, cujos conteúdos não estejam sujeitos à reserva de jurisdição (p. ex.: certidão de antecedentes penais, dados de qualificação etc.), que poderá ser encaminhada diretamente pela Autoridade Central, em nosso entendimento, para cumprimento pelo órgão administrativo com atribuições legais.

Melhor seria, *de lege ferenda*, a edição de uma Lei Geral de Cooperação Jurídica Internacional para tratar dos assuntos regulados nas referidas portarias administrativas, a fim de conferir maior segurança jurídica, tanto na aplicação da lei como na negociação dos futuros tratados a serem assinados pelo Brasil na área.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E. e CASELLA, Paulo

Borba. *Manual de direito internacional público*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AMBOS, Kai. Cooperação judiciária penal na Europa. Tradutor: José Paulo Baltazar Junior. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA Luciano Flores de. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, pp. 477-510.

\_\_\_\_\_. *Prosecuting international crimes at the national and international level: between justice and real politique*. In: KALECK, W; RATNER, M.; SINGELSTEIN, T. And Weiss p. (EDS.). *International prosecution of human rights crimes – part II*. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 2007, p. 55-68.

ANSELMO, Marcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAS, Vladimir; LIMA Luciano Flores de. *Cooperação penal direta pela Polícia ou Ministério Público*. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA Luciano Flores de. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, pp. 123-160.

ARAÚJO, Nádia de. *A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional*. In: *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, pp. 33-50.

\_\_\_\_\_. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA Luciano Flores de. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Cooperação internacional da execução da pena: a transferência de presos*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo, nº 71, 2008, pp. 233-249.

CATELANI, Giulio. *I Rapporti internazionali in materia penale: Estradizione, rogatorie, effetti delle sentenze penali straniere*. Milano: Giuffrè, 1995.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação jurídica penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CIAMPI, Annalisa. *L'Assunzione di prove all'estero in materia penale*. Padova: Cedam, 2003.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (coordenação). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DIPP, Gilson Langaro. *A cooperação jurídica internacional e o Superior Tribunal de Justiça: comentários à Resolução nº 9/05*. In: *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, pp. 29-31.

\_\_\_\_\_. *Carta Rogatória e cooperação internacional*. Revista CEJ, Brasília, Ano IX, nº 38, 2007, pp. 39-43.

FRANCESCH, Joan Lluís Perez. *Cooperación policial y judicial en la*

*Convención de Prüm*. Revista de derecho constitucional europeo, nº 7, p. 119-136. Sevilla: Junta Del Andalucía, 2007.

FUX, Luiz. *Homologação de sentença estrangeira*. In: TIBURCIO, Carmen; GARCIA, Rafael Arenas. *Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento*. In: *Anuário español de derecho internacional privado*. Barcelona: Iprolex, 2000, p. 231/260.

GILMORE, W.C. *Mutual assistance in criminal and business regulatory matters*. Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. *Crime organizado e seu tratamento jurídico penal*. São Paulo: Elsevier, 2011.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

MADRUGA, Antenor. *O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 13, nº 54. São Paulo: RT, 2005, p. 291-311.

McCLEAN, J.D. *International Co-Operation in Civil and Criminal Matters*. Londres: *Oxford University Press*, 2002.

MORO, Sérgio Fernando. *Cooperação jurídica internacional em casos criminais: considerações gerais*. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA Luciano Flores de. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, pp. 14-58.

PAOLUCCI, Chiara Maria. *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*. Torino: Utet Giuridica, 2011.

PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. *Cooperação penal internacional nos delitos econômicos*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 13, nº 54. São Paulo: RT, 2005, p. 153-168.

ROCHA, Manuel Antonio Lopes; MARTINS, Teresa Alves. *Cooperação judiciária internacional em material penal*. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1992, p. 14.

SAADI, Ricardo Andrade; BEZERRA, Camila Colares. *A autoridade central no exercício da cooperação internacional*. In: *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, pp. 21-27.

SANCTIS, Fausto Martins de. *Combate à Lavagem de Dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008.

SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Anotações sobre o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional*. *Revista de Processo*, ano 35, nº 183. São Paulo: RT, 2005, pp. 133-168.

\_\_\_\_\_. *Cooperação jurídica internacional e auxílio direto*. *Revista CEJ*, Brasília, Ano IX, nº 38, 2007, pp. 39-43.

SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação jurídica em matéria penal: considerações práticas*. *Revista Brasileira de Ciências*



*Criminais*, ano 16, nº 71. São Paulo: RT, 2008, pp. 297-325.

SOUZA, Solange Mendes. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

STESSENS, Guy. *Money Laundering: a new international Law Enforcement Model*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

WEBER, Patricia Nuñez. *A cooperação jurídica internacional em medidas processuais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Cooperação jurídica internacional e concessão de exequatur*. *Revista de Processo*, ano 35, nº 183. São Paulo: RT, 2010, pp. 9-24. *In* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 37. São Paulo: RT, jan./mar. 2002.



**O INCIDENTE PROCESSUAL DE  
INSANIDADE MENTAL DO  
ACUSADO E A IMPUTABILIDADE  
PENAL NA PERSPECTIVA  
INTEGRADA DO DIREITO  
PROCESSUAL PENAL, DO DIREITO  
PENAL E DA MEDICINA FORENSE**

*Sebastião Augusto de CAMARGO PUJOL<sup>166</sup>*

**Resumo:** o artigo aborda a questão da imputabilidade penal na teoria geral do crime e na teoria geral da pena, bem como seus reflexos no processo penal; sublinham-se as importantes relações entre o Direito Processual Penal, o Direito Penal material e a Medicina Forense, concluindo-se pela unidade do Direito.

**Palavras-chave:** incidente processual de insanidade mental, imputabilidade penal, direito processual penal, direito penal, medicina forense.

## INTRODUÇÃO

O ilícito penal lesa não apenas direitos individuais, mas os sociais, pois vilipendia a harmonia do convívio social, e o Estado, que tem o dever de zelar pelo bem comum, é investido do *jus puniendi*, ou seja, do direito

de punir o autor da infração penal (NORONHA, 1992:3). Mas esse direito de punir titulado pelo Estado não é ilimitado, mas sim limitado pelo conjunto das normas penais incriminadoras que traduzem o princípio da reserva legal, *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Daí o *mainstream* a postular que o *Código Penal* é a *magna carta do delinquente*.

E para exercer o *jus puniendi*, o Estado é munido do direito de ação, também denominado *jus perseguendi* ou *jus persecutionis*. Assim é que, praticado o delito, nasce para o Estado o *ius perseguendi* (persecução penal) pelo qual o Estado-Administração, pela polícia judiciária e pelo Ministério Público, pede ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo para a justiça do caso concreto.

No sistema processual penal brasileiro, a persecução penal desenvolve-se em três etapas ou fases, a dizer: a fase extrajudicial da investigação de polícia judiciária (fase do inquérito policial), a fase da ação penal e – no caso de condenação – a fase da execução da penal (MAGNO, 2013: 416).

Na perspectiva do campo de atuação do processo penal, vislumbra-se, dentre outros aspectos, que o direito processual penal regula a aplicação do direito penal material, mediante um conjunto sistemático de normas e princípios regentes da atividade de jurisdição, do exercício da ação e o processo

---

<sup>166</sup> *Professor da FADIPA e Mestre em Direito.*

em matéria penal, bem assim a tutela da liberdade de locomoção (GRECO FILHO, 2009: 65/66).

O Direito Processual Penal mantém estreita e lógica relação com o Direito Penal Material porque é aquele que realiza e dá existência a este (NORONHA, 1992: 5/6). Assim é que inúmeros pontos de direito material exsurtem na relação jurídica processual. E o objetivo do presente estudo é destacar a discussão da imputabilidade penal (importante instituto de direito penal material regulado no artigo 26 do Código Penal Brasileiro) no bojo do incidente de insanidade mental do acusado (regulado nos artigos 149 a 154 do Código de Processo Penal).

## **A IMPUTABILIDADE PENAL NA TEORIA GERAL DO CRIME**

No direito penal há certas categorias lógicas de pensamento que a dogmática jurídico-penal vem estruturando há tempos, como, por exemplo, os elementos da infração penal, que vêm sendo objeto de reflexão desde quando os juristas alemães foram chamados a interpretar o velho Código Penal tedesco de 1871, oportunidade em que divisaram a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade como elementos da infração penal (NUVOLONE, 1981: 115).

A partir da lição da dogmática jurídico-penal germânica, a doutrina do direito penal preocupou-se em formar um conceito jurídico substancial do delito, sublinhando seus elementos intrínsecos, em que o crime é definido como a ação típica, antijurídica e culpável, independentemente da definição legal do legislador penal (CERNICCHIARO, 1972: 152).

Tipicidade, ilicitude e culpabilidade compõem a teoria geral do delito, sendo certo que “os padrões gerais da teoria do delito, sem impossibilitar eventuais dissidências particulares, são para os juristas tanto ou mais vinculativos que as próprias normas legais” (NINO, 2010: 394). Típica é a qualidade da conduta que se amolda à norma penal incriminadora. Ilicitude ou antijuridicidade é a qualidade da ação humana que contraria a ordem jurídica. E culpabilidade denota a reprovabilidade da conduta típica e antijurídica.

Na doutrina finalista da ação, a concepção de culpabilidade é integrada pela imputabilidade, consciência potencial da ilicitude, possibilidade e exigibilidade, nas circunstâncias, de um agir-de-outro-modo e juízo de censura ao autor por não ter exercido, quando podia, esse poder-agir-de-outro-modo (TOLEDO, 1994: 229).

## A IMPUTABILIDADE PENAL NA TEORIA GERAL DA PENA

A teoria geral da pena estabelece que a sanção penal constitui o gênero que se subdivide em pena e medida de segurança. A pena pressupõe culpabilidade, e a medida de segurança pressupõe a periculosidade. As espécies de pena são privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa. É o que diz o artigo 32 do Código Penal Brasileiro. E a medida de segurança, com verniz de providência de fins curativos e assistenciais, aplicada aos inimputáveis e semi-imputáveis (vide artigo 26 do CPB), é de duas espécies, a saber: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (antes denominado manicômio judiciário) ou, à falta, em outro estabelecimento adequado e sujeição a tratamento ambulatorial (cf. artigo 96 do CPB).

O artigo 26, *caput*, do CPB dispõe que “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. E o parágrafo único desse mesmo dispositivo legal dispõe sobre uma causa de diminuição da pena (minorante), pela qual “a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente,

em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Além disso, ao dispor sobre a embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior, o Código Penal Brasileiro regula duas situações. A primeira situação – que também diz respeito à inimputabilidade penal – é aquela prevista no §1.º do artigo 28 do CPB, que diz que “é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

E a segunda situação – que diz respeito à hipótese de semi-imputabilidade penal – é prevista no §2.º do artigo 28 do CPB, nos seguintes termos : “a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Embriaga-se por caso fortuito aquele que ingere bebida alcoólica desconhecendo esse conteúdo ou ingere bebida ignorando os

efeitos psicotrópicos por esta provocados. Hipótese análoga ocorre quando o sujeito agente toma um antibiótico para tratamento de uma gripe e, depois disso, consome álcool, do que resulta uma reação orgânica que o faz perder o poder de compreensão (CAPEZ, 2018: 420).

De mais a mais, considera-se que se embriaga por força maior aquele que é coagido a ingerir drogas. A expansão do sistema de saúde oferece às pessoas o ensejo de encontrarem no mundo da assistência terapêutica e hospitalar oportunidades de acesso e consumo de uma crescente variedade de drogas barbitúricas, anestésicos e de drogas dissociativas, o que faz com que a embriaguez por caso fortuito não seja mais uma hipótese tão rara como fora no passado, em que se citava o exemplo clássico daquele que tropeçasse e caísse de cabeça num tonel de vinho, embriagando-se (PASCHOAL, 2017: 136/137).

Convém pôr de resalto, alfim, que a Lei Antidrogas, Lei Nacional 11.343/2006, no artigo 45 já admite, ao contrário do Código Penal, que a dependência patológica do álcool ou de outra substância entorpecente seja equiparada à doença mental (PASCHOAL, 2015: 49).

Com efeito, a Lei 11.343/2006, artigo 45, reza: “é isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior,

de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no *caput* deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado”.

## **A MEDIDA DE SEGURANÇA COMO SANÇÃO PENAL**

Como já se disse, a sanção penal é o gênero do qual se distinguem a pena e a medida de segurança. A pena é imposta ao réu condenado detentor de imputabilidade penal. E a medida de segurança é cabível quando o réu é considerado inimputável e “constitui resposta penal sancionatória a certas categorias de delinquentes sem a capacidade de censurabilidade” (FERRARI, 2001: 7).

A imposição da medida de segurança pressupõe a prática de uma conduta típica e ilícita e a realização de um exame pericial de insanidade mental comprobatória da situação de inimputabilidade penal à época da prática do delito a excluir a culpabilidade penal impossibilitando, destarte, a imposição de

sanção-pena. E esse exame pericial é objeto de regulação processual penal, como se verá no próximo tópico. “A medida de segurança é uma reação criminal, detentiva ou restritiva, que se liga à prática, pelo agente, de um ilícito típico e tem como pressuposto a periculosidade” (DOTTI, 2018: 875).

Destarte, dois são os pressupostos imprescindíveis para aplicação da medida de segurança criminal, quais sejam: 1. A realização de um fato ilícito-típico penal; 2. A presença de perigosidade criminal a ser determinada por perícia médico-forense (FERRARI, 2001: 135). A perigosidade criminal consiste na probabilidade do sujeito agente do delito, portador de doença mental, cometer novos ilícitos penais movido por certos apetites e impulsos criminógenos.

Essa perigosidade criminal é divisada num juízo de prognose feito por médicos-psiquiatras e avaliado e decidido pelo magistrado do processo.

## **O INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

O incidente de insanidade mental é um procedimento incidente provocado no curso do processo principal instaurado para identificar a inimputabilidade ou semi-

imputabilidade do acusado, ou seja, instaura-se esse procedimento incidente para apurar se o acusado tinha, ao tempo da prática da infração penal, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento, nos termos do artigo 26 do Código Penal.

De acordo com o artigo 149 do CPP, esse incidente é instaurado quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado e poderá ser deflagrado de ofício pelo magistrado ou a requerimento do representante do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado. E o resultado desse incidente é a sujeição do acusado a exame médico-legal a ser elaborado por médicos psiquiatras.

Legitima-se a instauração do incidente de insanidade mental com base em fatos relatados no inquérito policial ou no processo criminal. Portanto, simples alegação de insanidade mental sem materialização em evidências processuais não justifica a instauração desse incidente que constitui, por si só, um gravame ao acusado.

O exame de insanidade mental pode ocorrer no curso do inquérito policial, da ação penal ou da execução penal. Esse exame pericial será autuado em apartado para posterior apensamento aos autos principais. O prazo legal para realização desse exame é de 45 (quarenta e cinco) dias. Trata-se, porém,

de prazo impróprio cujo desrespeito não gera nulidade processual.

Ao instaurar o incidente de insanidade mental, o juiz suspenderá o processo e nomeará curador ao acusado, sob pena de nulidade absoluta, e intimará as partes para elaboração de quesitos a serem esclarecidos pela perícia psiquiátrica, cujo resultado produzirá consequências penais e processuais penais com três possíveis situações processuais.

Na primeira situação processual, a perícia psiquiátrica pode concluir que o acusado era detentor de imputabilidade penal ao tempo da infração penal cometida, época em que não havia doença mental ou esta não influenciou a prática criminosa. E a marcha processual que estava suspensa será restabelecida para o encerramento do processo com sentença penal que no caso de condenação importará na aplicação da sanção-pena a ser estabelecida na decisão final do processo.

Numa segunda situação processual, a perícia pode determinar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade penal ao tempo da infração penal praticada. Nesse caso o processo será retomado com o curador nomeado pelo juízo oficiando nos autos. Ao término do processo, provado que o réu praticou fato típico e ilícito, e considerado inimputável, o juiz proferirá sentença penal chamada pela doutrina de absolutória

imprópria com aplicação de medida de segurança. Se o réu for considerado semi-imputável, o juiz proferirá sentença penal condenatória com a causa de diminuição da pena prevista no artigo 26, parágrafo único, do CPB. E depois disso o juiz decidirá fundamentadamente se a condenação com redução da pena é suficiente para prevenção e repressão ao delito ou se a substituirá por medida de segurança.

E a terceira situação que pode ocorrer é aquela em que se constata a ocorrência de doença mental supervenientemente à prática do delito. Nesse caso, se a ação penal ainda estiver em curso, o processo continuará suspenso até que o acusado recupere a higidez mental. E essa suspensão durará até a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal pela pena em abstrato, tendo em vista que apesar da suspensão do processo a prescrição continua correndo (cf. art. 152 do CPP). No projeto do novo Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional (PLC 8045/2010), é estabelecido no artigo 450, nesse caso, que o processo e prazo prescricional ficarão suspensos. Nessa hipótese o juiz poderá determinar a internação cautelar do acusado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

E mais ainda. Se a insanidade mental superveniente for constatada no curso da execução penal de sentença penal

condenatória com imposição de pena privativa de liberdade, incidirão as seguintes hipóteses processuais: 1. Aplicação do artigo 41 do CPB, que estipula que o condenado a quem sobrevém doença mental **transitória** deve ser transferido do local onde cumpre pena privativa de liberdade para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado. Considera-se nesse caso que o sentenciado continua cumprindo sua pena, só que em outro local, e ao término da pena privativa de liberdade imposta, o condenado será posto em liberdade; 2. Aplicação do artigo 183 da Lei de Execução Penal – LEP (Lei Federal 7.210/1984): se a doença mental for considerada **não transitória**, a pena privativa de liberdade será convertida em medida de segurança.

## **A MEDICINA FORENSE E O EXAME MÉDICO-LEGAL DE INSANIDADE MENTAL**

Os peritos designados para realizar a perícia devem justificar a conclusão com supedâneo científico. Os artigos 150 e 151 do Código de Processo Penal referem-se aos peritos no plural, donde exsurge a necessidade de que o laudo pericial seja realizado e autografado por pelo menos dois

peritos, o que configura regra especial que se sobrepõe à regra geral de perícia singular fixada no artigo 159, *caput*, do CPP com a nova redação dada pela Lei 11.690/2009.

As partes podem indicar assistentes técnicos que poderão ofertar quesitos para a elaboração da perícia de insanidade mental do acusado, bem assim apresentar pareceres. É o que permite o artigo 159, §5.º, inciso II do CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.690/2009.

O professor Fernando da Costa Tourinho Filho sugere a elaboração dos seguintes quesitos (TOURINHO FILHO, 2012: 519-520): 1.º) O réu era ao tempo da ação ou omissão portador de doença mental?; 2.º) Em caso positivo, qual doença?; 3.º) Em caso negativo, apresentava ele desenvolvimento mental incompleto (silvícolas inadaptados) ou retardado (oligofrênicos e surdos-mudos)?; 4.º) Em virtude da doença mental, ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era ele inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato que cometeu?; 5.º) Se era capaz de entender, estava, contudo, inteiramente incapacitado de determinar-se de acordo com esse entendimento?; 6.º) Negativo o primeiro quesito, indaga-se: era o agente, à época do fato, portador de perturbação da saúde mental?; 7.º) Em virtude dessa perturbação, tinha ele a plena capacidade de entendimento



da ilicitude do fato ou de autodeterminação?; 8.º) Negativos o 1.º, o 4.º, o 5.º e o 6.º quesitos e afirmativo o 3.º, indaga-se: em virtude do desenvolvimento incompleto ou retardado, tinha ele, à época do fato, a plena capacidade de entendimento da ilicitude do fato de autodeterminação?

O texto do artigo 97, *caput* e parágrafos 1.º e 2.º, do Código Penal preceitua que a internação ou tratamento ambulatorial da pessoa a quem foram impostas tais medidas de segurança perdurará por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada por perícia médica a cessação da periculosidade, fixando-se como prazo mínimo o espaço de tempo de um a três anos de internação ou tratamento ambulatorial, após o que será levada a efeito a denominada perícia de averiguação da periculosidade do sentenciado (ZARZUELA; MATUNAGA, 2000: 245).

“A perícia médica avalia no indivíduo a capacidade de imputação; a responsabilidade é avaliada pelo magistrado”, sendo certo que a imputabilidade penal, não conceituada no Código Penal, “é a condição pessoal de maturidade e de sanidade mental que confere ao indivíduo capacidade de querer e de entender o caráter ilícito do fato” (ZARZUELA, 1993: 208).

No exame psiquiátrico de insanidade mental do acusado, “avalia-se a presença da razão e livre arbítrio, isso é, se o indivíduo

raciocina e se tem capacidade de escolher entre cometer ou não o delito, ou seja, de se autodeterminar”. E para que o sujeito possa ser considerado inimputável, o ilícito penal praticado deve ter relação com a doença mental constatada. Na ausência de tal relação, o sujeito agente deve ser considerado imputável (BITTAR, 2015: 313-314).

## **O INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Considerando que o Direito abrange a lei, a doutrina e a jurisprudência, objetivando ampliar o conhecimento prático do incidente de insanidade mental do acusado na visão da Suprema Corte, peço vênias para citar alguns acórdãos. Vejamos, *in verbis*:

“O incidente de insanidade mental, que subsidiará o juiz na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu, é prova pericial constituída em favor da defesa, não sendo possível determiná-la compulsoriamente quando a defesa se opõe” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

“Sentença condenatória. Pena restritiva de liberdade. Substituição por medida de segurança. Determinação de exame de sanidade mental, determinada de ofício em recurso exclusivo do réu, que a não requereu. Inadmissibilidade. Coisa julgada

sobre aplicação da pena. Decisão, ademais, viciada por disposição *ultra petita e reformatio in peius*. Habeas corpus concedido. Aplicação da Súmula 525 do Supremo. (...) Não é lícito aplicar medida de segurança em grau de recurso, quando só o réu tenha recorrido sem requerê-la” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

“A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de ser inadmissível a instauração de incidente de insanidade mental em sede de apelação se a defesa permaneceu inerte ao longo da instrução criminal, não estando o juiz obrigado a determiná-la, notadamente quando a alegada insanidade se contrapõe ao conjunto probatório” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

“O incidente de insanidade mental não pode ser objeto de determinação de instauração na via estreita do habeas corpus, salvo manifesta arbitrariedade na denegação da realização da perícia. (...) a instauração do incidente de insanidade mental exige: a) a presença de dúvida razoável a respeito da imputabilidade penal do acusado em virtude de doença ou deficiência mental; b) faz-se mister a comprovação da doença, não sendo suficiente a mera informação de que o paciente se encontra sujeito a tratamento; c) o mero requerimento do exame não é suficiente para seu deferimento” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

“Exame de dependência química. Inexistência de indícios da perda da capacidade de autodeterminação. Indeferimento. Estando consignada, no ato do juízo, a inexistência de indícios de perda da capacidade de autodeterminação do acusado de prática do crime de furto, descabe cogitar de ilegalidade” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

“Incidente de insanidade mental. (...) No caso, o pedido de instauração do incidente foi indeferido ante a constatação de que o paciente, no momento da prisão, desenvolvia normalmente suas atividades laborais e de que nem sequer havia relatos de surtos paranoicos ou psicóticos, assim como nada se sabe sobre dependência química dele, paciente, ou quanto à precedência de tratamento médico do gênero” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

“A circunstância de o agente apresentar doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico) pode até justificar a incapacidade civil, mas não é suficiente para que ele seja considerado penalmente inimputável. É indispensável que seja verificado se o réu, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico). (...) A marcha processual deve seguir normalmente em caso de dúvida sobre a

integridade mental do acusado, para que, durante a instrução dos autos, seja instaurado o incidente de insanidade mental, que irá subsidiar o juiz na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

“A instauração do incidente de insanidade mental pressupõe a configuração de dúvida razoável sobre a própria imputabilidade criminal do acusado. Pelo que se trata de um incidente que não é de ser deferido apenas porque o peça a defesa. É firme a jurisprudência desta Suprema Corte, no sentido de que a falta de realização da perícia médica cujo objetivo seja avaliar a imputabilidade criminal do acusado somente causa a nulidade do processo-crime quando de logo salta a ilegalidade, ou o abuso de poder. Precedente: RHC 80.546, da relatoria do min. Sepúlveda Pertence. O caso dos autos revela situação excepcional, configuradora de dúvida capaz de autorizar a instauração do incidente de insanidade mental, nos termos do art. 156 do CPPM” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

“Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência

na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

## **ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS E O INCIDENTE DE INSANIDADE PROCESSUAL DO ACUSADO**

O Código de Processo Penal estabelece no procedimento ordinário que uma vez recebida a denúncia e citado o réu, este deve apresentar resposta à acusação, com oportunidade de arguir preliminares e alegar tudo o que interesse a sua defesa (vide artigo 396 e art. 396-A, ambos do CPP). Invocada pela defesa alguma manifesta causa excludente da culpabilidade do agente, o Juiz deverá absolver sumariamente o acusado, salvo no caso de alegação de inimputabilidade penal. É o que diz o artigo 397, inciso II, do CPP.

A razão dessa exceção é o fato de que a sentença penal de reconhecimento de inimputabilidade penal é considerada uma sentença absolutória imprópria, pois impõe uma medida de segurança criminal que tem caráter restritivo para a liberdade do acusado, de modo que este, na verdade, tem interesse na busca da absolvição

própria, sem a imposição de qualquer medida cerceadora de sua liberdade.

O CPP estabelece que o procedimento especial do júri se desenvolve em duas fases, sendo a primeira fase de formação da culpa e a segunda fase de julgamento em plenário. E o mesmo diploma legal reza que o juiz poderá fundamentadamente absolver o acusado ao término dessa primeira fase procedimental se demonstrada causa de isenção de pena, não se aplicando salvo no caso de imputabilidade penal como isenção da pena quando esta for a única tese defensiva.

E dispõe o CPP no artigo 319, inciso VII, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011, que constitui medida cautelar diversa da prisão a “internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração”.

Não há previsão legal de recurso no Código de Processo Penal para guerrear a decisão que indefere requerimento de instauração de incidente de insanidade mental do acusado. No entanto, se tal decisão de indeferimento for considerada teratológica face aos indícios de insanidade mental materializados nos autos do processo seria cabível, em tese, a

impetração de *habeas corpus* (BADARÓ, 2017: 357).

Se o laudo pericial for homologado pelo juiz, entende-se que contra essa decisão judicial cabe a interposição de recurso de apelação ao fundamento de se tratar de decisão judicial com força de definitiva (BADARÓ, 2017: 360).

## CONCLUSÃO

O direito é estudado de forma ramificada por razões didáticas. Mas a realidade é que o Direito é uno, como um tronco de uma árvore de onde exsurtem os diversos galhos e ramificações. Ao se debruçar para resolver qualquer questão jurídica em determinado campo do Direito, impõe-se a necessária e antecedente visão de conjunto.

“O Direito é, pois, um conjunto de estudos discriminados; abrange um tronco com vários ramos; cada um desses ramos tem o nome de *disciplina*”. É preciso ter uma visa unitária das disciplinas jurídicas que são complementares e dão unidade sistêmica ao fenômeno jurídico (REALE, 2007: 4-7).

Como ficou demonstrado nestas reflexões, o estudo integrado da imputabilidade penal e do incidente de insanidade mental do acusado somente poderá alcançar uma perspectiva mais completa da dogmática jurídica quando se estender às disciplinas afins, tais como o Direito Processual Penal, o Direito

Penal e a Medicina Forense. Na tipologia de Tercio Sampaio Ferraz Junior, têm-se o Direito Processual Penal e o Direito Penal como disciplinas normativas de caráter dogmático, cuja hermenêutica parte da norma, investiga os princípios, organiza os institutos e constrói, alfim, o sistema jurídico.

E a Medicina Forense, como disciplina auxiliar das ciências jurídicas, configura-se como disciplina zetética orientada pela Medicina Baseada na Evidência – MBE, problematizando as questões normativas, através do método tópico-problemático na perspectiva da psiquiatria forense, no caso do incidente de insanidade mental do acusado.

E é nesse diapasão que o direito se estabelece cada vez mais nesse novo milênio como uma prática social confiada aos aplicadores-juizes que, mediante as técnicas da dogmática da aplicação do direito e da dogmática da argumentação jurídica, encontram as soluções mais justas em cada caso concreto, com o enfoque predominantemente dogmático, contando, todavia, com a complementação da investigação zetética e o método tópico-problemático direcionado ao conhecimento mais amplo do fenômeno jurídico.

E assim é que o incidente de insanidade mental do acusado é resolvido na casuística judicial, orientado pela perspectiva dogmática das normas jurídicas regentes, balizado, todavia, pelas assertivas empíricas da medicina psiquiátrica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2017.

BITTAR, Neusa Maria Esteves. **Medicina Legal e Noções de Criminalística**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 133.078**. Relatora Ministra Cármen Lúcia, J. em 06.09.2016, 2.º Turma, DJE de 22.09.2016. Disponível em <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ\\_Direito\\_Penal.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direito_Penal.pdf)>. Acesso em 02.02.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 111.769**. Relator Ministro Cezar Peluso, J. em 26.06.2012, 2.º Turma, DJE de 26.02.2013. Disponível em <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ\\_Direito\\_Penal.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direito_Penal.pdf)>. Acesso em 02.02.2019

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 105.763**. Relatora Ministra Cármen Lúcia, J. em 03.05.2011, 1.º Turma, DJE de 01.06.2011. Disponível em <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ\\_Direito\\_Penal.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direito_Penal.pdf)>. Acesso em 02.02.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 102.936**. Relator Ministro Luiz Fux, J. em 05.04.2011, 1.º Turma, DJE de 28.04.2011. Disponível em <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ\\_Direito\\_Penal.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direito_Penal.pdf)>. Acesso em 02.02.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 96.939**. Relator Ministro Marco Aurélio, J. em 23.11.2010, 1.º Turma, DJE de 10.12.2010. Disponível em

<www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ\_Direito\_Penal.pdf>. Acesso em 02.02.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 101.515**. Relator Ministro Ayres Britto. J. em 03.08.2010, 1.º Turma, DJE de 27.08.2010. Disponível em <www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ\_Direito\_Penal.pdf>. Acesso em 02.02.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 101.930**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. J. em 27.04.2010, 1.º Turma, DJE de 14.05.2010. Disponível em <www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ\_Direito\_Penal.pdf>. Acesso em 02.02.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91.601**. Relator Ministro Ayres Britto. J. em 23.09.2008, 1.º Turma, DJE de 13.03.2009. Vide HC 102.936, rel. min. Luiz Fux, j. 5-4-2011, 1ª T, DJE de 28-4-2011. Disponível em <www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ\_Direito\_Penal.pdf>. Acesso em 02.02.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 85.198**. Relator Ministro Eros Grau. J. em 17.11.2005, 1.º Turma, DJE de 09.12.2005. Disponível em <www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ\_Direito\_Penal.pdf>. Acesso em 02.02.2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral. V.1**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Estrutura do Direito Penal**. São Paulo: Editora Sugestões Literárias S/A, 1972.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Editora Gen Atlas, 2018.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LYRA FILHO, Roberto e CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Editora José Bushatsky, 1973.

MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de processo penal didático**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora wmfmartinsfontes, 2010.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal: os fundamentos teóricos e positivos do sistema. O objeto da norma-comando. O objeto da norma-garantia. Volume 1.º**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Manole, 2015.

\_\_\_\_\_, *in* **Código Penal Comentado**, Coordenador: Miguel Reale Júnior. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ZARZUELA, José Lopes. **Medicina legal**. São Paulo: Editora Angelotti, 1993.

\_\_\_\_\_ ; MATUNAGA, Minoru. **Laudo pericial: aspectos técnicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.