



UNIAnchieta

Revista de

DIRRETTO PENNAL E PROCCESSO PENNAL

ISSN 2674-6093

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Penal e Processo Penal ISSN 2674-6093, v. 3, n. 1, jan./jul. 2021

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Regiane Maria Pankoski

Editora: UNIANCHIETA

Profa. Ma. Juliana Savoy Fornari

Diretora Acadêmica

Prof. Me. João Antonio de Vasconcellos

Diretor de Graduação

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador-adjunto do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador-Geral das Revistas Temáticas

FADIPA – UNIANCHIETA

Prof. Ma. Juliana Caramigo Gennarini

Coordenadora da Revista de Direito Penal e Processo Penal

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Me. João Carlos José Martinelli (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Me. Luiz Gustavo Fernandes (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Ma. Juliana Caramigo Gennarini (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Ma. Monika Padilha (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi (Faculdade de Direito Padre Anchieta, Tribunal de Justiça de SP)

Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova (PUC/SP, USF e Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Me. Sebastião Augusto de Camargo Pujol (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Me. Jefferson Barbin Torelli (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

SUMÁRIO

Apresentação.....	04
	<i>Juliana Caramigo Gennarini</i>
Poluição: necessária revisão do texto legal, válido pensar em uma causa de extinção de punibilidade?.....	07
	<i>Fabíola Emelin Rodrigues</i>
A tutela à saúde no Brasil e os crimes contra a saúde pública no contexto da pandemia de COVID-19.....	25
	<i>Marcia Maria Pazinato</i>
As inovações de 2021 nos crimes contra a pessoa.....	41
	<i>Marina Zanotello</i>
O caso Mariana Ferrer e estupro culposos.....	55
	<i>Luiz Gustavo Fernandes</i> <i>Mônica Abreu Pantoja da Silva</i>
A criminalização do Stalking.....	67
	<i>Juliana Caramigo Gennarini</i>

APRESENTAÇÃO

Esta é a quinta edição da Revista Eletrônica de Direito Penal e Direito Processual Penal do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta.

Ainda sob os efeitos da pandemia da Covid-19, com retorno gradual das atividades presenciais do curso de graduação em Direito, lançamos mais uma edição com a participação efetiva do corpo docente e discente da Fadipa. Essa cooperação tem afirmado o compromisso da Fadipa – UniAnchieta, em especial, da atual gestão da coordenação acadêmica do curso de Direito, com a produção acadêmica e desenvolvimento em pesquisa dos docentes e discentes, o que a consolida com iniciativas de vanguarda educacional.

Até a edição passada, a coordenação da Revista de Direito Penal e Processo Penal era realizada pelo Professor Sebastião Pujol, Delegado da Polícia Federal, doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo e professor da Fadipa. Porém, tendo em vista da assunção ao cargo de Coordenador da ação de combate e repressão aos crimes ambientais do Departamento de Polícia Federal em Brasília, teve de se afastar das atividades acadêmicas. Desejamos sucesso no novo cargo e rogando o seu retorno brevemente, seja para a cátedra do Direito Penal na Fadipa, seja para a coordenação da revista.

Feitos os esclarecimentos iniciais, passamos a apresentar os artigos científicos desta edição. Vejamos.

O primeiro artigo, intitulado “Poluição: necessária revisão do texto legal, válido pensar em uma causa de extinção de punibilidade?” foi escrito por Fabíola Emelin Rodrigues, mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica/ SP, advogada e sócia das áreas penal empresarial e compliance do escritório Demarest, vice-presidente da comissão anticorrupção e compliance OAB/Pinheiros e professora universitária. O artigo traz uma reflexão acerca do crime de poluição e a responsabilidade penal para os dias atuais, cientes de que as grandes metrópoles exercem suas atividades produtivas em dois grandes nichos: industrial e comercial e, por isso, não há como separar o exercício destas atividades, que são responsáveis pela saúde econômica e social, da degradação das áreas verdes. As atividades empresariais na era moderna têm influenciado o meio ambiente em que vivemos e a autora propõe uma reflexão quanto à aplicação de institutos mais benéficos àqueles que realizam a comunicação voluntária de uma área contaminada.

O segundo foi escrito pela ex-aluna Marcia Maria Pazinato, que atualmente é advogada, pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS e pós-graduanda em Direito Médico e Bioética

pela PUC Minas, sendo intitulado “A tutela à saúde no Brasil e os crimes contra a saúde pública no contexto da pandemia de Covid-19”. O artigo aborda a tutela da saúde pública na Constituição Federal e no Direito Penal, em especial, no que tange ao período pandêmico que vivemos. A autora aborda no artigo as figuras criminalizadas pelo legislador, no que se refere aos atos atentatórios à saúde pública, como o crime de infração de medida sanitária (art. 268 CP), omissão na notificação de doença (art. 269 CP), falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 CP) e o charlatanismo (art. 283 CP) e análise quanto à aplicabilidade das infrações penais frente a pandemia de Covid-19.

O terceiro artigo foi escrito pela professora da Fadipa Marina Zanotello, no qual aborda “As inovações de 2021 nos crimes contra a pessoa”. A autora faz um apanhado geral das alterações legislativas ocorridas em 2021, que criaram ou alteraram infrações penais previstas no Código Penal. O artigo, além de analisar as novas figuras penais, busca realizar uma reflexão sobre alguns princípios do Direito Penal, como o da intervenção mínima e o da fragmentariedade, ante o evidente aumento de normas penais incriminadoras no ordenamento jurídico.

O quarto artigo, intitulado “Caso Mariana Ferrer e Estupro Culposo” foi escrito pela acadêmica Mônica Abreu Pantoja da Silva em conjunto com o professor da Fadipa Luiz Gustavo Fernandes. Mônica é aluna dedicada no curso de Direito, com grande interesse na disciplina de Direito Penal. O artigo utiliza a metodologia do estudo de caso para analisar o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A CP. O caso se refere a suposto crime sexual praticado contra a *influencer* digital Mariana Ferrer, processo de grande repercussão midiática. Mariana Ferreira Borges, conhecida nas redes sociais como Mari Ferrer, em 2018, relatou ter sido drogada e estuprada em evento no *Café de La Musique*, um *beach club* de luxo em Florianópolis (SC). Em razão da demora no curso das investigações, a *influencer* começou a usar a sua rede social divulgando a história, que viralizou e foi compartilhada por milhares de pessoas. O caso ganhou maior repercussão quando o juiz responsável pelo caso proferiu sentença, absolvendo o réu da acusação de estupro de vulnerável por falta de provas. A decisão foi comentada nas redes sociais com a *hashtag* (#) não há estupro culposo.

O quinto e último artigo desta edição foi escrito por Juliana Caramigo Gennarini, professora da Fadipa e Coordenadora da Revista de Direito Penal e Processo Penal, com o título “A criminalização do *Stalking*”. Neste artigo, a autora analisa o novo crime de Perseguição, também denominado *Stalking*, inserido no Código Penal pela Lei 14.132/21. Além do desenvolvimento dos elementos caracterizadores do crime, fez-se um recorte metodológico para tratar da necessidade (ou não) da criação do novo delito frente aos dispositivos penais já existentes na legislação pátria, da revogação da contravenção penal de perturbação à tranquilidade e, por fim, da prática de crimes conexos com o de *Stalking*. É fato que a internet

está modificando as relações pessoais e, neste ponto, o cenário digital tem sido utilizado não apenas como um ambiente de entretenimento, mas também de local de trabalho, estudo, compras e relacionamentos. Apesar desse novo contexto, que traz praticidade nas relações pessoais, os comportamentos virtuais têm gerado situações que criam certa ofensividade e, por isso, demandam uma tutela jurídica do direito e não apenas do direito penal. Todavia, em casos mais graves, as novas interações cibernéticas têm exigido do legislador a criação de condutas criminosas para frear atos intimidadores praticados pelo meio virtual, como o crime de *Stalking* ou de perseguição.

Jundiaí, 02 de outubro de 2021.

Juliana Caramigo Gennarini

Coordenadora da Revista de Direito Penal e Processo Penal da Fadipa

**POLUIÇÃO: NECESSÁRIA REVISÃO
DO TEXTO LEGAL, VÁLIDO PENSAR
EM UMA CAUSA DE EXTINÇÃO DE
PUNIBILIDADE?**

Fabiola Emilin Rodrigues¹

RESUMO

O presente artigo analisa a ferramenta legislativa da responsabilidade criminal proposta na Lei de Crimes Ambientais para o crime de poluição. Passados mais de duas décadas de vigência da norma, podemos dizer que o artigo 54 (prevê tipificação do crime de poluição) é eficaz? Resulta em prevenção ou estaríamos diante do simbolismo do Direito Penal? Diante das novas vertentes da Justiça Negocial, não seria bem-vindo analisar ferramentas além do Acordo de Não Persecução Penal, transação, suspensão condicional do processo, avaliarmos um incentivo a mais para quem realiza a comunicação voluntária de uma área contaminada, tais como uma nova causa de extinção da punibilidade?

PALAVRA-CHAVE: Poluição. Crimes ambientais. Responsabilidade penal. Extinção de punibilidade.

RESUMEN

Este artículo analiza la herramienta legislativa de responsabilidad penal propuesta en la Ley de Delitos Ambientales por el delito de contaminación. Más de dos décadas después de la entrada en vigor de la norma, ¿podemos decir que el artículo 54 (que prevé la tipificación del delito de contaminación) es efectivo? ¿Se traduce en prevención o estaríamos ante el

simbolismo del Derecho Penal? Dados los nuevos aspectos de la Justicia Empresarial, no sería bienvenido analizar herramientas adicionales al Acuerdo de No Persecución Penal, transacción, suspensión condicional del proceso, para evaluar un incentivo adicional para quienes realizan comunicación voluntaria de un área contaminada. como una nueva causa de extinción del castigo?

PALABRA CLAVE: Contaminación. Delitos ambientales. Responsabilidad penal. Extinción del castigo.

INTRODUÇÃO

O slogan "a cidade nunca para", válido para as grandes metrópoles, tem acarretado severa piora na qualidade de vida, uma vez que, em função do crescimento exponencial, muitas atividades produtivas ocorrem no período noturno.

O ruído, segundo a OMS - Organização Mundial da Saúde - pode ser enquadrado como uma das principais fontes de estresse dos centros urbanos, aumentando em muito o risco de doenças, como a insônia, além do comprometimento auditivo, distúrbios neurovegetativos, náuseas e cefaleias, até redução da produtividade; aumento do número de acidentes, de consultas médicas e do absenteísmo. Segundo a Sociedade Brasileira de Acústica, os níveis de ruído industrial nas

¹ Advogada, Bacharel, Mestre e Doutora pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, Especialização em Crimes Econômicos pela

FGV/SP. Vice-presidente Comissão Anticorrupção e Compliance OAB/Pinheiros; Professora curso Pós graduação Lato Sensu – COGEAE PUC/SP.

empresas brasileiras são absurdamente excessivos.²

Com o crescimento populacional, áreas verdes foram desmatadas para moradia e consumo dos recursos naturais em quantidades cada vez maiores; o processo de produção manual passou a ser industrial, gerando resíduos tóxicos que, uma vez alastrados e misturados à fumaça tóxica, ocasionaram epidemias de cólera e febre tifoide.

O passivo ambiental gerado pelo século XIX com a Revolução Industrial ganhou agravantes ainda mais severos no século XX, com a poluição radioativa causada por experimentos com explosivos nucleares.

Importantes desastres ambientais como o ocorrido, em 1972, na baía de Minamata³, Japão, representaram um marco no despertar da consciência do Estado de que o solo, antes utilizado como uma grande lixeira, dava sinais de saturação capaz de alterar as condições adequadas de desenvolvimento natural da vida saudável.

² Disponível em: http://ambientes.ambientebrasil.com.br/urbano/poluicao/poluicao_sonora.html, acesso em 10 de setembro de 2021

³ Importante desastre ambiental causado pelo derramamento indiscriminado de mercúrio nas águas costeiras, proveniente de uma indústria química que ao ser absorvido pelo plâncton e ingerido pelos peixes, causou a morte de milhares de vítimas por envenenamento.

⁴ Tais como acidente nuclear de Chernobyl, ocorrido na Ucrânia em abril de 1986; vazamento de agrotóxicos em Bhopal, ocorrido na Índia em dezembro de 1984; vazamento de Césio 137, ocorrido no Brasil em setembro de 1987; acidente nuclear em Fukushima, ocorrido no Japão em março

A crise do petróleo de 1973 e a conscientização de que as reservas naturais iriam se esgotar geraram políticas de redução de consumo, levando ao desenvolvimento de combustíveis alternativos.

Com as repercussões dos desastres ambientais⁴, o dano ambiental passou não apenas a ocupar os noticiários, mas, as pautas dos Fóruns e Convenções Internacionais, demandando ao Estado uma atuação ainda mais incisiva na gestão ambiental, regulamentando e implementando políticas protetivas que reduzam o dano ambiental.

De complexa conceituação, Álvaro Valery Mirra define o dano ambiental com profundidade, consistindo este em:

toda degradação do meio ambiente, incluindo os aspectos naturais, culturais e artificiais que permitem e condicionam a vida, visto como bem unitário imaterial coletivo e indivisível, e dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos específicos que o compõem, caracterizadora da violação do direito difuso e fundamental de todos à sadia

de 2011; derramamento de óleo no Golfo do México, ocorrido nos Estados Unidos da América em abril de 2010; derramamento tóxico de alumínio em Ajka, ocorrido na Hungria em outubro de 2010. Disponível em

<http://www.terra.com.br/noticias/educacao/infograficos/vc-sabia-desastres-ambientais/> Acesso em 05 de agosto de 2013. E, mais recentemente o acidente ambiental em Mariana, Minas Gerais, decorrente do rompimento da Barragem de Fundão. Dada a extensão do acidente, estão em curso medidas judiciais para responsabilizar civil e criminalmente as pessoas físicas e jurídicas envolvidas. <http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/> Acesso em 24 de janeiro de 2017.

*qualidade de vida em um ambiente são e ecologicamente equilibrado.*⁵

A extensão do dano ambiental pode cruzar fronteiras nacionais e internacionais, ocasionando danos sequenciais, atingindo potencialmente todos os seres vivos.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco em termos de proteção ao meio ambiente, dispondo no artigo 225 *caput* e parágrafo 3º a previsão de responsabilidade tríplice, diante da responsabilização, alternativa ou cumulativa, nas esferas penal, administrativa e civil, por meio da reparação do dano⁶.

Ao causador do dano ambiental, a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, Lei n. 6.938/1981 (artigo 14, parágrafo 1º)⁷, dispõe sobre responsabilidade civil objetiva; a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigo 225, parágrafo 3º)⁸ prevê a responsabilidade na modalidade de risco

integral; e o Código Civil de 2002, no artigo 927,⁹ adota uma redação mais abrangente para a responsabilidade objetiva.

A Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, ao dispor sobre as sanções administrativas, trouxe novos elementos que fomentaram discussão sobre a necessidade ou não de elemento subjetivo (culpa) para fins de responsabilidade, gerando posicionamentos divergentes na doutrina¹⁰.

O poluidor é obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados pela situação de risco por ele criada.

Com a aplicação da responsabilidade objetiva, vítimas de danos ambientais graves decorrentes da queima da palha da cana-de-açúcar e liberação da fumaça e resíduos na combustão¹¹, podem mais facilmente buscar ressarcimento no Poder Judiciário.

⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 89.

⁶ Art. 225, §3º “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

⁷ Lei n. 6938/81, art. 14, §1º, *in verbis*: “O poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

⁸ Constituição Federal art. 225, §3º, *in verbis*: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais ou administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

⁹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-

lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹⁰ Corrente que entende que a responsabilidade é objetiva, ou seja, independe da aferição de culpa. Entendimento dos autores, Paulo Affonso Leme Machado, Vladimir Passos de Freitas, Theo Marés, Flavio Dino e Nicolao Dino Neto. Posição distinta existe a corrente que entende pela responsabilidade subjetiva e apreciação da culpa, *lato sensu*, em respeito às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como presunção de inocência, entre os autores Fabio Medina Osório, Ricardo Carneiro, Regis Fernandes de Oliveira.

¹¹ Estudo Acórdão Egrégio Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.094.873-SP (2008/0215494-3). No estudo apresentado no acórdão, discute-se o fato de que o canal absorve

Não apenas o nexos causal, mas a identificação da autoria nos casos de danos ambientais extensos mostra-se um desafio ao Estado, em face da multiplicidade de autores presentes diante da poluição de solo existente num aterro sanitário, impondo-se a responsabilidade solidária aos causadores do dano.

1. IMPORTÂNCIA DO GERENCIAMENTO DAS ÁREAS CONTAMINADAS

Não há como dissociar a presença de áreas degradadas do meio ambiente da saúde econômica e social de uma cidade. O crescimento da mancha urbana e os diferentes usos do solo aumentam a necessidade de agilidade do Estado em implementar soluções, frente a um problema crescente e que precisa ser contido.

O solo não é um receptor inesgotável de substâncias, em razão das suas características de

cumulatividade e baixa mobilidade de poluentes é um receptor de todos os tipos de resíduos domésticos e industriais, de modo que mesmo quando a indústria é desativada, os contaminantes ali permanecem, afetando significativamente seu uso à população do entorno.

No Brasil, a Região Metropolitana de São Paulo apresenta a maior ocorrência de registro de áreas potencialmente contaminadas, como resultado da contaminação por produtos e resíduos perigosos, gerados pelo crescimento econômico e pela implantação de indústrias automobilísticas e posterior desinstalação por razões de natureza diversa.

A alteração da finalidade do uso do solo em antigas áreas industriais deve ser motivo de preocupação. A Secretaria Municipal de Finanças constatou que, entre 1996 e 2004, cerca de 2.070 áreas industriais sofreram alteração de uso do solo. Só na região da Mooca e do Ipiranga, os dados apontaram para uma alteração de aproximadamente 40% dos terrenos ou

e incorpora CO₂ durante o período de 12 (doze) a 18 (dezoito) meses e a queimada libera toda essa concentração no período médio de 60 (sessenta) minutos, além de outros gases que se formam no processo de queimada, tais como o HPA (Hidrocarboneto Policíclico Aromático), componente altamente cancerígeno no organismo de cortadores de cana, e no ar das imediações de canaviais, durante a época de safra da planta. No Estado de São Paulo, são queimados, anualmente, 2,5 (dois vírgula cinco) milhões de hectares de cana, o que representa 10% (dez por cento) da área do estado. Durante o pico da safra, o Governo de SP acusou um volume de 1.200 (mil e duzentas) comunicações de queima de canavial por dia. O "princípio que estamos trabalhando é que hoje, sendo um dano ambiental comprovadamente

difundido, estamos nos preocupando com isso", afirmou Ricardo Viegas, coordenador do Etanol Verde, programa ambiental do estado de São Paulo. As queimadas de cana causam ainda grande impacto sobre a fauna. Grande número de animais silvestres encontra abrigo e alimento em meio ao canavial, formando ali um nicho ecológico. Pássaros, como pombas, colocam ovos e procriam, enquanto os seus predadores para ali se dirigem em busca de alimento. Cobras, ratos e lagartos, cachorro-do-mato, felinos, capivara, paca, entre outros animais, praticamente não conseguem fugir quando veem a queimada. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+1094873&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>, acesso em 06 de junho de 2013.

glebas, sendo que se encontravam, grande maioria, desativados e subutilizados¹².

Infelizmente, vivemos em um cenário onde diversas áreas não foram descontaminadas e mesmo assim foram devolvidas pelo Estado para a população para uso urbano contendo altos índices de contaminantes¹³.

O forte aquecimento de empreendimentos imobiliários residenciais e, muitas ações judiciais decorrentes de moradores que descobrem terem adquirido imóveis em terrenos contaminados, culminam em indenizações.

Segundo a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, o número de áreas contaminadas, confirmadas no Estado, que são registradas e oficialmente divulgadas era, em maio de 2002, 255; em 2010, o número subiu para 3.675, e, em dezembro de 2020, cerca de 6.434 áreas contaminadas¹⁴.

O Estado precisa com urgência definir políticas de gestão que possam equacionar e partilhar os custos entre o poder público e os agentes responsáveis pela contaminação, de modo a vincular a descontaminação dessas áreas para o uso futuro.

Há premente necessidade de envolvimento maior das municipalidades, que possuem competência comum para proteger o meio ambiente e combater a poluição, que é assunto de interesse local, assumindo parcela relevante de responsabilidade pelo ordenamento do uso e ocupação do solo, regulamentado no caso do Município de São Paulo, pela Lei Municipal n. 13.885, de 25 de agosto de 2004.

Estados Unidos, Alemanha e Suíça são exemplos de sucesso na implementação dos projetos de revitalização, cujo objetivo é devolver utilidade aos terrenos contaminados, contando com o interesse da população e financiamento público.

¹² SEPE, Patricia Marra; SILVA, Francisco Adriano Neves da. Revitalização de áreas contaminadas no município de São Paulo. In: MOERI Ernesto, Coelho rodrigo, Marker Andreas (ED.) *Remediação e revitalização de áreas contaminadas*. São Paulo: Signus, 2004, p.50.

¹³ O estudo concluiu que a reincorporação dos imóveis que apresentaram um novo uso não industrial no tecido urbano ocorreu sem qualquer preocupação quanto à existência de uma possível contaminação do solo, da água subterrânea ou das próprias instalações se reaproveitadas. A totalidade dos agentes entrevistados não efetuou qualquer exame da qualidade do solo ou águas subterrâneas no momento da implantação de um novo empreendimento, mesmo não ignorando o uso industrial da área, e até encontrando tanques de armazenamento provenientes da indústria desativada. A realização de sondagens justificou-se somente sob o ponto de vista estrutural para

dimensionamento das fundações (...). Nem o fato de se encontrar tanques enterrados com resíduos industriais justificou, para os executores da construção, a investigação da qualidade do solo e da água (...) (SILVA, 2002, p. 99). Em estudo realizado por GIULIANO e GÜNTHER (2004) no município de São Bernardo do Campo verificou-se que, no período entre 1990-2002, 1617 indústrias foram desativadas, todas potencialmente contaminadoras. Identificou-se a necessidade de um instrumento de gestão específico para as áreas potencialmente contaminadas, quando da sua utilização para outros fins, o que tem ocorrido sem a devida preocupação com as pretéritas atividades industriais desenvolvidas. Origem das áreas contaminadas.

¹⁴ <https://cetesb.sp.gov.br/areas-contaminadas/wp-content/uploads/sites/17/2021/03/Municipios.pdf>. Acesso em 07/09/2021.

O objetivo principal dos projetos de revitalização é o gerenciamento e a eliminação dos riscos ambientais de acordo com o uso que venha a ser dado para a área, envolvendo questões ambientais, sociais e econômicas, que são os principais aspectos da sustentabilidade.

Como forma de participação ativa do Estado como um todo, é premente que seja implementada uma política criminal ambiental que vise a atuar como uma solução para o grave problema das grandes cidades em remediar os passivos ambientais.

2. ÁREAS CONTAMINADAS E PREVISÃO LEGAL NO ESTADO DE SÃO PAULO

A contaminação do solo e das águas subterrâneas tem sido causa de grande preocupação, motivando a elaboração da Lei no Estado de São Paulo – Lei n. 13.577, de 8 de julho de 2009. A referida Lei Estadual é pioneira entre os demais Estados da Federação e dispõe sobre as diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e o gerenciamento de áreas contaminadas, bem como para a remediação, visando ao uso do solo atual e futuro, definindo como área contaminada, no artigo 3º, inciso II, *in verbis*:

Área contaminada: área, terreno, local, instalação, edificação ou benfeitoria que contenha quantidades ou concentrações de matéria em condições que causem ou possam causar danos à saúde humana, ao

meio ambiente ou a outro bem a proteger.

Entre os instrumentos previstos para a implantação do sistema de proteção do solo, destaca-se o Cadastro de Áreas Contaminadas (artigo 4º, inciso I e artigo 5º ambos da Lei n. 13.577, de 8 de julho de 2009), em que constam informações detalhadas sobre empreendimentos e atividades com as seguintes características: “(i) sejam potencialmente poluidores; (ii) tenham abrigado atividades passíveis de provocar contaminação, é o caso das indústrias das décadas de 1950/1960, que não tinham, em sua maioria, consciência ambiental; (iii) estejam sob suspeita de estarem contaminados; (iv) demais casos pertinentes à contaminação do solo”, permitindo nessa hipótese a abrangência que o órgão ambiental quiser dar.

Pela visibilidade do Cadastro de Áreas Contaminadas, publicado tanto no Diário Oficial do Estado como na página da internet da Secretaria do Meio Ambiente, este pode ser considerado, hoje, uma das principais ferramentas utilizadas pela agência ambiental para identificação e controle de áreas contaminadas.

A legislação estadual prevê no artigo 13 um extenso rol dos responsáveis legais e solidários pela prevenção, identificação e remediação de uma área contaminada. São eles: (i) o causador da contaminação e seus sucessores; (ii) o proprietário da área; (iii) o superficiário; (iv) o detentor da posse efetiva; (v)

qualquer pessoa física ou jurídica que dela se beneficiar direta ou indiretamente¹⁵.

O responsável legal deverá apresentar: (i) relatório de investigação confirmatória; (ii) informações completas da área para realização do registro da área no Cadastro de Áreas Contaminadas; e (iii) averbação da informação de contaminação da área na matrícula imobiliária.

Ao apresentar o relatório de investigação confirmatória, o responsável legal estará sujeito: (i) a risco de intervenção pelo órgão ambiental ou de saúde; (ii) a cessação do uso até conclusão da investigação detalhada e avaliação de risco; (iii) a cancelamento ou ajuste na outorga de direito de uso de águas subterrâneas.

Outro documento que deverá ser apresentado ao órgão ambiental, quando da comunicação da área contaminada, é o Plano de Remediação (artigo 4º, inciso VII e artigo 24, inciso VI, ambos da Lei n. 13.577, de 8 de julho de 2009), contendo um cronograma das fases e respectivos prazos para submissão à aprovação do órgão ambiental competente.

Não obstante a apresentação dos fatos e do Plano de Remediação, o responsável legal deve ainda apresentar uma garantia bancária e seguro ambiental no valor de 125% (cento e vinte e cinco por cento) do custo estimado do Plano de Remediação. Isto porque, caso

descumprido, o órgão ambiental executará as garantias em prol do meio ambiente.

Implementado e cumprido o Plano de Remediação, e, ao final, sendo restabelecido o nível de risco aceitável para o uso declarado do solo, após nova avaliação de risco para o uso pretendido, será alterado registro para Área Remediada para o Uso Declarado.

Além das duas normas acima discutidas, ainda sobre o procedimento para gerenciamento de áreas contaminadas, é aplicável no Estado de São Paulo a Decisão de Diretoria da Cetesb n. 103/2007/C/E, de 22 de junho de 2007.

Com essa lista complexa de obrigações, imposição financeira e possibilidade de responsabilização na esfera criminal (artigo 84, parágrafo único, do Decreto n. 59.263, de 5 junho de 2013 e artigos 2ª, 3ª e 54, todos da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 2005), indaga-se: qual o incentivo legal que o Estado proporcionou ao responsável legal que decida fazer uma comunicação ao órgão ambiental, em caso de uma suspeita ou indício de contaminação de solo, de forma espontânea?

Não basta haver uma profusão de textos normativos para regulamentar as atividades potencialmente poluidoras, evitando o dano ao meio ambiente, é preciso que o Estado seja capaz de orientar, fiscalizar e, somente após, se necessário, sancionar.

¹⁵ Artigo 3º, inciso XXXV do Decreto nº 59.263, de 5 de junho de 2013 - Superficiário: detentor do direito de superfície de um terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura

pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos da Lei Federal nº 10.257, de 9 de junho de 2001.

Ocorre que, muito embora sejam notáveis os avanços decorrentes dos acordos de cooperação das agências ambientais e o Ministério Público por meio dos Termos de Ajustamento de Condutas, não se pode deixar de contextualizar que o Estado de São Paulo possui uma área em km² de 248.222,362, sendo 645 municípios¹⁶.

Em outras palavras, o cenário atual é de que muitos empreendimentos industriais em atividade ou desativados carecem de fiscalização por parte do órgão ambiental.

O empresário se vê diante de uma constante pressão pela obrigatoriedade de estar em compliance com todas as suas obrigações legais, mantendo uma relação de transparência com o Estado e suas agências reguladoras, a despeito de não poder recorrer a um órgão neutro consultivo, preventivo e orientativo.

O Direito Ambiental, seguindo a tendência mundial às alternativas de composição autor/vítima obtidas por instrumentos extrajudiciais, tem procurado desenvolver mecanismos que aproximem uma conciliação entre o Estado e o poluidor como a “desformalização”, autorregulação e “desjudicialização”.

O Estado precisa alterar sua política criminal ambiental para, por meio do trabalho conjunto com o particular ou potencialmente poluidor, exercer uma atuação muito mais

eficiente no monitoramento, na prevenção do que na contenção do dano ambiental.

3. POLUIÇÃO: REVISÃO DAS SANÇÕES LEGAIS PARA ÁREAS CONTAMINADAS

A tendência do direito moderno é o surgimento de microssistemas e autonomias funcionais trazendo maior celeridade, por meio, por exemplo, da autorregulação.

A Política Pública e o Direito são duas ferramentas essenciais para o gerenciamento do meio ambiente que, quando aplicadas em sinergia, resultam numa alternativa economicamente eficiente e ambientalmente eficaz na regulação ambiental.

A solução não está na manutenção do sistema atual, preocupado apenas em punir, mas pode ser que a solução esteja na alteração das características atuais do Direito Penal moderno. Contudo, enquanto a doutrina reflete sobre uma alternativa, o Estado deve reagir por meio de uma política de prevenção que incentive a atuação ativa do poluidor no processo de identificação e remediação das áreas contaminadas.

A tarefa do Estado deve ser melhorar as relações sociais, a liberdade, a segurança e o bem-estar de seus cidadãos, e a melhor forma de conseguir é orientar a finalidade da pena, de

¹⁶ Disponível em <http://www.suapesquisa.com/estadosbrasil/esta>

do_sao_paulo.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

modo a exercer sua função preventiva e repressiva.

Institutos com a concepção de critérios de voluntariedade e reparação do dano passam a ser as atuais modalidades de supressão de punibilidade ou atenuação de pena. Dois exemplos recentes: (i) a nova lei de lavagem de dinheiro, Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012, artigos 10 e 11, e a recente Lei de responsabilização da pessoa física e jurídica civil e administrativamente pela prática de corrupção, Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013, chamada Lei Anticorrupção, trouxeram medidas importantes estimulando a adoção de mudança cultural nas empresas, de modo a justificar a comunicação voluntária como causa da extinção da punibilidade e solução de política criminal para o grave problema das áreas contaminadas nas grandes cidades, impõe-se esclarecer, no que consiste esse instrumento ainda pendente de formal regularização, muito embora já aplicado na prática perante os órgãos ambientais.

3.1 COMUNICAÇÃO VOLUNTÁRIA

3.1.1 Reflexos do Termo de Ajustamento de Conduta no Direito Penal

É inegável que as searas cível, administrativa e criminal se comunicam de forma dependente, tanto na regulamentação quanto na aplicação da sanção, como é o caso do reflexo na esfera criminal, diante da assinatura do

Termo de Ajustamento de Conduta ou Termo de Compromisso Ambiental e a sanção penal.

O artigo 79-A da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, inseriu no contexto legal o Termo de Compromisso Ambiental (TCA) que pode ser celebrado entre as pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividades efetivas ou potencialmente poluidoras e os órgãos ambientais (federais, estaduais, distritais e municipais) integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

O parágrafo 1º prevê expressamente como finalidade exclusiva do Termo de Compromisso Ambiental que as pessoas físicas e jurídicas que exerçam tais atividades possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes.

O parágrafo 2º dispõe que o Termo de Compromisso Ambiental pode ser celebrado por quem supostamente provocar a degradação ambiental, ou por quem já causou a degradação ambiental, exercendo sua atividade econômica, considerada efetiva ou potencialmente poluidora, envolvendo construção, instalação, ampliação e funcionamento, relacionando-se com o crime do artigo 60, bem como com o do artigo 54, ambos da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Assim, no caso do crime ambiental, quando o infrator cumpre o acordo firmado no Termo de Compromisso Ambiental ou no Termo

de Ajustamento de Conduta, reparando integralmente o dano, surge a dúvida quanto ao interesse do Estado de submissão do infrator ao processo criminal.

A doutrina e a jurisprudência¹⁷ divergem quanto à necessidade de instauração de procedimento na esfera criminal, uma vez firmado o Termo de Compromisso Ambiental ou Termo de Ajustamento de Condutas na esfera cível.

Gilberto Passos de Freitas propõe que:

das modalidades de acordo previstas no nosso ordenamento jurídico, deve ser dado destaque ao “Compromisso de Ajustamento de Contas” previsto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347, de 24.07.1985. A utilização deste instrumento trará inúmeros benefícios ao meio ambiente e, conseqüentemente, para a coletividade. Objetivando fortalecer a preservação do meio ambiente, a reparação do dano ambiental antes do recebimento da denúncia, poderá ser reconhecida como causa de extinção de punibilidade, a exemplo do que já ocorre com o crime de peculato culposo, apropriação previdenciária e crime contra a ordem tributária.¹⁸

Para tanto é preciso que, com o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta ou Termo de Compromisso Ambiental, tenha ocorrido a efetiva reparação do dano antes do oferecimento da denúncia, não bastando a simples assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta, sob pena de ser utilizado como um salvo-conduto para práticas de crimes.

Consoante Antonio Scarance Fernandes e Oswaldo Henrique Dueck Marques¹⁹, uma análise do posicionamento dos Tribunais tem demonstrado a tendência para extensão da reparação do dano ambiental como causa de extinção da punibilidade, afastando a pena privativa de liberdade naqueles delitos que perdem o objeto frente à reparação espontânea do agente.

Para José Roberto Marques²⁰, a Constituição Federal de 1988 deixou claro que, não obstante a reparação do dano, o poluidor responde nas três esferas – civil, administrativa e criminal. Não podendo se falar que a reparação do dano, antes ou durante a ação penal, seja causa de extinção da punibilidade nos delitos ambientais.

¹⁷ Se o Termo de Ajustamento de Conduta ou Termo de Compromisso Ambiental é firmado antes dos fatos serem encaminhados para análise na esfera penal e, uma vez regularizada a atividade poluidora, não haveria que se falar em propositura de qualquer medida na esfera criminal, diante da ausência da prova do dolo ou da culpa, portanto, da falta de justa causa para a persecução penal. O Tribunal mineiro capitaneia esse posicionamento que é quase uníssono lá (TJMG, MS 1.0000.09.49266-154, j. 18.08.1009; HC 1.0000.09.494459-2, j. 25.06.2009; MS

1.0000.09.500521-1/000, j. 29.09.2009. TRF 1ª Reg., RHC 2004.37.00.006755-9/MA, j. 27.03.2206

¹⁸ FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito Penal Ambiental e Reparação do Dano*. São Paulo: RT, 2005, p. 220.

¹⁹ O Estado na Reparação do Dano à Vítima do Crime, In *Revista dos Tribunais*, RT 678. São Paulo, 1992, p. 07.

²⁰ Crime ambiental: reparação do dano e extinção da punibilidade. In *Revista de Direito Ambiental*, n. 43. São Paulo: RT, jul-set 2006, p. 347-351.

A autonomia entre as mencionadas esferas sancionatórias está assegurada tanto no artigo 14 da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, como no artigo 14, inciso II da Lei n. 9.605/95, que prevê a reparação do dano como uma atenuante da pena e a possibilidade de concessão do *sursis* especial (artigo 78, parágrafo 2º do referido diploma legal).

E mais, a proposta de transação prevê como condicionante o laudo de reparação do dano ambiental, não se podendo falar em extinção da punibilidade.

Neste sentido, também se posiciona Fernando Reverendo Vidal Akaoui, pela completa autonomia das esferas de responsabilidade ambiental:

*o pedido de trancamento de ação penal só admite acolhimento nas estreitas hipóteses de plena e imediata comprovação da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade delitiva, o que não é possível ocorrer pelo simples fato de se ter formalizado um compromisso de ajustamento de conduta.*²¹

A maneira como a legislação se apresenta no momento não favorece que o particular haja em prol do meio ambiente, pois, ao celebrar compromisso de ajustamento de conduta na esfera cível, não tem qualquer garantia de que não sofrerá um processo criminal, mesmo tendo reparado o dano,

deixando espaço, portanto, para uma nova regulamentação.

3.1.2 Uma nova causa de extinção da punibilidade

O Estado, na qualidade de titular do exercício do direito de punir, pode tanto criminalizar novas condutas no exercício da pretensão punitiva, quanto declarar extinta a execução de uma pena, por razões de política criminal ou conveniência.

A extinção da punibilidade encontra-se prevista não apenas no artigo 107 do Código Penal Brasileiro, como também em leis especiais, tendo como justificativa o fato de o Estado não ter mais interesse na imposição de sanção criminal ao infrator.

Desse modo, toda infração penal pode ter a cominação da sanção penal atenuada ou extinta, a depender da ocorrência de determinados fatores previamente classificados pelo Estado, podendo ainda ocorrer antes ou depois do delito ter sido consumado.

Nestes termos, é de grande valia a argumentação delineada por Claus Roxin sobre a importância da reparação do dano para a estrutura do Direito Penal e do Direito Processual Penal. O autor pontua a amplitude das consequências da reparação do dano no sistema

²¹ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*

Ambiental. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

da Administração da Justiça Penal, vez que se trata de um instituto que possui implicações em pontos centrais do Direito Penal e do Direito Processual Penal divididos em cinco aspectos²².

O primeiro aspecto diz respeito a poder classificar a reparação do dano como uma nova forma de sanção, tendência de inúmeros penalistas defensores da terceira via no sistema de sanções²³, aplicando-se a pena como medida mais severa apenas nos casos em que não for possível alcançar o mesmo resultado por outros meios menos gravosos.

Segundo aspecto, a reparação como meio de solução de conflitos sociais, a reconciliação entre as partes culmina na paz social, vez que a reconciliação dos danos significa algo positivo e caracteriza, assim, a transição do Direito Penal para solucionar conflitos sociais.

Terceiro aspecto, a participação da vítima é muito mais ativa no processo penal, atuante na satisfação do dano a ela causado.

Quarto aspecto, a admissão de que a separação entre a vítima e o autor pelo Estado

não trouxe a efetividade esperada em termos de prevenção geral ou especial, muito menos paz social. O ordenamento jurídico deve ser analisado como um todo e o Direito Penal e o Direito Civil estão necessariamente próximos, principalmente frente aos novos riscos decorrentes dos bens transindividuais, o presente e o futuro do cenário jurídico.

Quinto aspecto, o processo penal na forma do contraditório sempre existirá, podendo figurar paralelamente uma segunda forma de procedimento, o consensual, desenhado para a reparação e o entendimento.

Conclui-se que a demanda por proteção aos novos riscos ocasiona uma participação cada vez maior do cidadão, da vítima em reivindicar que o Estado a proteja preventivamente e, em caso de lesão, que a indenize ou puna o culpado.

A reparação do dano passa a existir nessa relação como instrumento de política criminal²⁴, quando por meio de uma prestação voluntária promove-se a satisfação de interesses, podendo ser composta por prestação pecuniária ou outras medidas alternativas.

²² ROXIN, Claus. Pena y reparación. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 2002, p. 13-15.

²³ Citam-se aqui HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz, Penal. *La Responsabilidad por El Producto En Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 43 e seguintes. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I. p. 108. FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 125. IGLESIAS RÍO, Miguel Angel. *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria* (un análisis de la

"autodenuncia". Art. 305-4 CP). Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 317.

²⁴ A análise da proposta de reparação do dano, compensação do mesmo para bens transindividuais atinge os fins da pena, para o qual e dentro dessa relação não se faz necessário analisar a qual teoria do fim da pena é correta pois, o fim determinante da pena é sempre a justa retribuição, como medida de prevenção geral, na prevenção especial, ou em uma combinação de todas as metas. Em qualquer caso a reconciliação ou reparação do dano são úteis por igual para atingirem a finalidade que o Estado possui de restabelecer o equilíbrio social. Neste sentido: ROXIN, Claus. Pena y reparación. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p.9, 2002.

No caso de bens jurídicos transindividuais como o meio ambiente, a aplicação de uma pena individual, tal como a pena privativa de direitos, não traz a mesma “satisfatividade” à sociedade do que a reparação de um dano coletivo.

Com a crise do tratamento ressocializador da pena privativa de liberdade, a reparação do dano passa a estar vinculada aos fins da pena.

O Estado deve melhorar o investimento nas relações sociais, liberdade, segurança e bem-estar aos cidadãos e a melhor forma para fazer isso é por meio do direcionamento adequado da finalidade da pena. Agindo dessa forma, o Estado evita comportamentos delitivos mediante conscientização jurídica da comunidade²⁵.

Em havendo uma reparação do dano e, portanto, uma compensação do dano com a vítima, a ideia fundamental é de que esse fato produza um efeito, quer seja uma atenuação da pena quer renúncia da pena. O legislador alemão revela claramente a ideia do acordo de compensação entre o autor e vítima como um incentivo à reparação, convertendo-se a reconciliação e a reparação como elementos essenciais do sistema de sanções²⁶.

Neste aspecto, a comunicação voluntária é um instrumento que vem ao encontro, em total conformidade, com a tendência da política criminal atual, quando o responsável legal se

antecipa a uma eventual imposição de sanção em prol de uma solução conciliatória com o Estado.

Do ponto de vista social, a inserção da comunicação voluntária como causa de extinção da punibilidade favorece à sociedade enquanto vítima da contaminação do solo, à Administração Pública, vez que é precedida da comunicação voluntária da existência de uma área com suspeita de contaminação, e ao particular que, a despeito do custo elevadíssimo do processo, age em conformidade com o princípio da cooperação, aportando investimento necessário para remediar o bem comum a todos.

À semelhança do que já ocorre nas questões fiscais e previdenciárias, uma vez feita a comunicação de suspeita de área contaminada ou comunicação voluntária, esta será analisada pelo órgão ambiental. Preenchidos os requisitos legais, o órgão ambiental concederá, mediante o cronograma apresentado pela empresa, uma autorização para continuidade do processo de investigação.

Essa autorização poderá ser equiparada à causa de suspensão do procedimento criminal, isto porque, uma vez encerrado o processo de remediação e concedida, pelo órgão ambiental, concessão de classificação da área como remediada para o uso declarado, o inquérito policial seria arquivado pela ocorrência da extinção da punibilidade, não havendo que se falar em imposição de sanção criminal.

²⁵ ROXIN, Claus. *La Evolución De La Política Criminal: El Derecho Penal y El Proceso Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 24.

²⁶ ROXIN, Claus. *Pena y reparación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 2002, p. 7.

De igual modo, se já tivesse em trâmite a ação penal, a mesma seria suspensa até que o processo de remediação fosse concluído, sendo, ao final, declarada extinta a punibilidade.

Em caso de não cumprimento do Plano de Remediação, o Estado aplicaria ou daria continuidade a todos os seus instrumentos de responsabilização existentes nas três esferas: administrativa (autos de infração e imposição de multa), cível (inquérito civil público culminando em assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta ou Ação Civil Pública) e penal (inquérito policial e posterior ação penal).

A contribuição que o Estado dará, por meio da regulamentação da comunicação voluntária com a causa de extinção de punibilidade, é mostrar à toda sociedade que nos grandes focos de poluição causados pela contaminação do solo, a participação do responsável legal na remediação resulta num benefício a todos, não havendo necessidade de imposição de sanção de caráter penal nesses casos.

Para a sociedade, é a certeza de que a crescente conscientização pela preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras ganha o apoio do Estado, em demonstração de efetiva medida de aplicação do princípio da precaução e cooperação ambiental.

Não se trata de uma medida de descriminalização, mas sim de não aplicação de

sanção do Estado, caso o poluidor assuma realizar a comunicação voluntária ou a comunicação de uma área contaminada e todas as obrigações legais decorrentes de tal proposta ambiental.

Para o Estado, essa medida significa uma maior eficiência na identificação e solução para as áreas contaminadas. Diferentemente de outros crimes ambientais, a área contaminada estará contaminada amanhã ou daqui há muitos anos, décadas, a depender dos traços de contaminantes perigosos. Neste sentido, o quanto antes ela for identificada e remediada devolver-se-á a qualidade de vida à sociedade.

A comunicação voluntária, como causa da extinção de punibilidade nestes casos específicos de poluição, trará resultados favoráveis tanto na esfera penal, como também nas esferas administrativa e civil, tomando até mesmo desnecessárias imposições de medidas pecuniárias ou de obrigação de fazer ou não fazer, por meio de Termos de Ajustamento de Conduta ou Termo de Compromisso Ambiental.

A comunicação voluntária não deve ser entendida como uma alternativa de pena a ser imposta pelo Estado,²⁷ mas sim como uma medida de política criminal ambiental eficaz para o caso de contaminação de solo, face a proteção legal esperada.

O Projeto de Lei 6019/2019, de autoria do Senador Wellington Fagundes, propõe uma

²⁷ O Código Penal Brasileiro prevê na Parte Geral, Título V, Capítulo I quais são as espécies de penas

possíveis de serem aplicadas aos crimes previstos em lei.

nova causa de extinção de punibilidade para o crime de poluição, a saber:

“art. 54(...)

§ 4º Os crimes previstos no caput e no § 1º poderão ter sua prescrição e punibilidade suspensas quando o agente, na qualidade de responsável legal, antes da lavratura de qualquer auto de infração ambiental, realizar a comunicação voluntária ao órgão ambiental competente, visando a reparar a área degradada.

§ 5º A comunicação voluntária deverá atender ao disposto em norma do órgão ambiental e conterá, entre outras informações, todas aquelas relativas ao crime cometido, à extensão do seu impacto e ao plano de trabalho para promover a reparação da área.

§ 6º A suspensão da prescrição e da punibilidade prevista no § 4º dependerá da aprovação, pelo órgão ambiental competente, do conteúdo da comunicação voluntária apresentada.

§ 7º A extinção da punibilidade ocorrerá após o órgão ambiental competente aprovar a conclusão do processo de reparação dos impactos ambientais identificados em decorrência da comunicação voluntária. (NR)”

Logo, a proposta legislativa traz na redação do novo parágrafo quarto um incentivo a todo àquele que, de forma culposa, causou poluição, e antes da lavratura de qualquer auto de infração ambiental, se apresenta ao órgão ambiental e realiza a comunicação voluntária.

Em outras palavras, aquele que se responsabiliza, voluntariamente, pela identificação, remediação, devolvendo o uso do solo à sociedade não deve ser responsabilizado criminalmente.

Se a sanção não atinge a finalidade principal que é a prevenção, é preciso que se busque, nos crimes culposos, ferramentas como a autodenúncia, a fim de atingir o interesse maior de restabelecimento do equilíbrio ambiental das áreas degradadas.

A proposta legislativa visa a incentivar a remediação das áreas contaminadas, trazendo agilidade e efetividade para a sociedade, na medida em que promove incentivo ao responsável legal que, ao final, absorverá o custo na remediação.

O desenvolvimento da sociedade atual, com a inserção de novos bens jurídicos, demanda uma reestruturação do sistema sancionador e processual, por meio de medidas de participação ativa do Estado, do mercado e da sociedade, e a regulamentação da comunicação voluntária com a extinção de punibilidade apresenta-se como uma possível e efetiva solução.

CONCLUSÃO

As políticas preventivas implementadas pelo Estado dão sinais de rupturas graves, ao se verificar que a balança de proteção do ambiente está desfavorável frente ao desenvolvimento econômico. Como assevera Terence Trennepohl, o cenário tornou-se aparentemente caótico como resultado das explorações dos recursos naturais, alterando o conceito das barreiras geográficas, de modo a concluir que “definitivamente, o mundo

ficou plano e as fronteiras mais próximas”²⁸.

Cada vez mais será exigida uma responsabilidade ambiental por parte do empresário na condução dos seus negócios, de modo a dar satisfação à sociedade quanto à geração de um novo conceito de produto, o então denominado “produto verde”.

A aplicação de sanções pecuniárias não tem assegurado ao Estado o seu papel de garantidor da qualidade do meio ambiente. O Estado precisa repensar os seus instrumentos de controle, com vistas a evitar a degradação ambiental, elaborando políticas próprias, conscientizando-se de que a degradação ambiental atinge a todos, e que somente por meio de uma aplicação efetiva do princípio da cooperação poderá garantir a qualidade ambiental.

A boa gestão de uma sociedade civil passa, hoje, por uma gestão ambiental, impondo aos administradores investimentos em busca de um desenvolvimento sustentável, adotando medidas compatíveis, como o mecanismo de desenvolvimento limpo, criado pelo Protocolo de Quioto²⁹.

Diante da ampla imposição de

responsabilidade objetiva pelo dano ambiental, requer-se cada vez mais implemento de políticas que fomentem a conscientização de todos - pessoa física e jurídica - na adoção dos meios necessários para prevenir a ocorrência de um dano.

Nos últimos anos, o Brasil tem se deparado com uma tripla crise – ambiental, sanitária e econômica, agravando o quadro de desigualdades, fazendo com que o país caminhe para um rápido processo de destruição ambiental e mudanças climáticas.

Para que sejam atingidas as metas ambientais do European Green Deal, de redução da pegada de carbono, e do Acordo de Paris de não aumentar a temperatura global em mais que 2° C, exige-se que haja uma redução das emissões de CO2 em 45% relativo aos níveis de 2010 já em 2030 e atingir a emissão líquida de zero em 2050.

Dessa forma, as transformações produtivas e comportamentais devem ser implementadas a curto prazo, além do necessário investimento de ordem média anual de US\$ 3,5 trilhões no setor de energia até 2050.

A 26ª Conferência das Partes sobre

²⁸ *Direito Ambiental Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2017, 2ª ed., p.35.

²⁹ O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo ou MDL é um dos mecanismos de flexibilização criados pelo Protocolo de Quioto para auxiliar no processo de redução de emissões de gases do efeito estufa (GEE) ou captura de carbono (ou sequestro de carbono) por parte dos países signatários, visando um desenvolvimento sustentável. Os projetos de MDL podem ser baseados em fontes renováveis e alternativas de energia, eficiência e conservação de energia ou reflorestamento. O primeiro projeto de

MDL aprovado pela ONU no mundo encontra-se no Rio de Janeiro, onde o aterro sanitário Nova Gerar utiliza tecnologias precisas de engenharia sanitária. O aterro sanitário Bandeirantes do bairro Perus, zona norte de São Paulo, foi o primeiro a realizar leilão de Reduções Certificadas de Emissões (RCEs, ou na sigla em inglês, CERs) através de bolsa de valores, cuja empresa vencedora foi a Fortis Bank NV/SA, da Holanda.

Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Mecanismo_de_Desenvolvimento_Limpo. Acesso em 27 de julho de 2013.

Mudanças Climáticas da ONU (COP26) é a próxima conferência internacional que discutirá as mudanças climáticas, com o objetivo de acelerar a ação em direção aos objetivos do Acordo de Paris e da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Na referida conferência, por certo o Brasil será cobrado para apresentar soluções concretas, como reformas na legislação ambiental atual.

Tais reformas promoverão um necessário aperfeiçoamento para que haja funcionalidade de tal legislação na prática.

É fundamental uma revisão no sistema punitivo, direcionando o investimento para o fomento da conscientização e o incentivo a cooperação da sociedade na contenção dos danos ambientais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Fernando José da; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Flávio Dino de Castro e; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Crimes e infrações administrativas ambientais: comentários à Lei 9.605/98. 2 ed. Brasília. Brasília Jurídica, 2000, p. 276.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 14, n. 60, p.9-35, mai./jun. 2006, p. 31.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Zulmar, SILVA, Denise Marcelino da. *Acesso à água potável. Direito Fundamental de sexta dimensão*. Campinas: Millenium, 2012.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal: Panorama de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito Penal Ambiental e Reparação do Dano*. São Paulo: RT, 2005.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz, Penal. La Responsabilidad por El Producto En Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 43 e seguintes. ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I. p. 108. FARALDO CABANA, Patricia. Las causas de levantamiento de la pena, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 125. IGLESIAS RÍO, Miguel Angel. La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria

JAKOBS, Günther. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In:

YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs*. Lima: Ara, 2005. 1.085, 23 cm. 343.2 D484. p.137-156.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Direito Ambiental e Princípio da Precaução*. Merconet Digital. Disponível em <http://www.merconet.com.br/direito/1direito.htm>. Acesso em 25 de julho de 2013.

MARKER, Andreas. *Avaliação ambiental de terrenos com potencial de contaminação: gerenciamento de riscos em empreendimentos imobiliários* / Andreas Marker ; colaboração de Andreas Nieters, Silvia Regina Merendas Raymundo, Carlos Hashimoto e João Carlos Barboza Carneiro. Brasília: CAIXA, 2008. Disponível em: http://downloads.caixa.gov.br/_arquivos/desenvolvimento_urbano/gestao_ambiental/GuiaCAIXA_web.pdf, acesso em 02 de julho de 2013.

MARQUES, José Roberto. Crime ambiental: reparação do dano e extinção da punibilidade. *In Revista de Direito Ambiental*, n. 43. São Paulo: RT, jul-set 2006, p. 347-351.

MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000,

MIR PUIG, Santiago. Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 47, n. 1, p.5-28, jan./abr. 1994.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Direito Ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial*. *Revista de*

Direito Ambiental, n. 21, p. 92 a 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOERI, Ernesto; COELHO, Rodrigo; MARKER, Andreas (editores). *Remediação e revitalização de áreas contaminadas*. São Paulo: Signus, 2004.

RODRIGUES, Fabiola Emilin. *Direito Penal Ambiental e a Sociedade Atual*. In COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROXIN, Claus. *Pena y reparación*. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 2002

_____. *Poluição Industrial. Novos Paradigmas da Extinção da Punibilidade*. São Paulo: Linotec, 2018.

SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. *Manual de Direito Ambiental*. Editora Saraiva, 2008.

TRENNEPOHL, Terence. *Direito Ambiental Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2017.

**A TUTELA À SAÚDE NO BRASIL E OS
CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA
NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE
COVID-19**

Márcia Maria Pazinato³⁰

RESUMO

A pandemia do coronavírus (SARS-CoV-2) se apresentou como um dos maiores desafios sanitários deste século, que se proliferou em vários países, com consequências sociais, políticas e econômicas. No Brasil não foi diferente, havendo consequências dramáticas em todas as esferas da sociedade, com a possibilidade de responsabilização civil e criminal de certas condutas. Este artigo propõe analisar, a partir do Código Penal brasileiro, Capítulo III, Dos Crimes Contra a Saúde Pública, artigos 267 a 285, os delitos que podem ser imputados no contexto dessa pandemia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Crimes contra a Saúde Pública. Covid-19.

ABSTRACT

The coronavirus pandemic (SARS-CoV-2) presented itself as one of the biggest sanitary challenges of this century and is still making victims in countries around the world with social, political and economic consequences. It wasn't different in Brazil with consequences being felt in all levels of society, which might lead to civil and criminal prosecution for certain conduct. The purpose of this article is to analyze, based on the Brazilian Penal Code, Chapter III of Crimes Against Public Health, articles 267 to 285, the crimes that can be charged within the context of the present pandemic.

KEYWORDS: Criminal Law. Crimes Against Public Health. Covid-19.

INTRODUÇÃO

A saúde constitui uma preocupação histórica. Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, apresenta o regulamento de uma cidade, de finais do século XVII, com as medidas que deveriam ser tomadas quando a peste era declarada:

em primeiro lugar, uma repartição espacial estrita: encerramento, obviamente, da cidade e dos arredores, interdição de sair dela, sob pena de morte, eliminação de todos os animais errantes; divisão da cidade em quarteirões distintos, onde se estabelece o poder de um intendente. Cada rua é posta sob a autoridade de um síndico; este vigia-a; se a deixar, será punido com a morte. No dia marcado, é ordenado que todos se fechem em casa: proibição de sair de casa, sob pena de morte. O próprio síndico vai fechar, do exterior, a porta de cada casa; leva a chave e entrega-a ao intendente de quarteirão; este guarda-a até ao fim da quarentena. Todas as famílias deverão ter feito as suas provisões; mas para o vinho e o pão constroem-se, entre a rua e o interior das casas, pequenos canais de madeira, que permitem entregar a ração às pessoas sem que haja comunicação entre os fornecedores e os habitantes; para a carne, peixe e as verduras, utilizam-se roldanas e cestas. Se for absolutamente necessário sair de casa, isso deve ser feito por turnos e evitando qualquer encontro (...). (Foucault/2014)

³⁰Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS. Pós-graduanda em Direito Médico e Bioética pela PUC Minas.

Saúde é um bem jurídico. Entretanto, conceituá-la juridicamente é algo complexo. Pode-se definir saúde como ausência de doenças, como o bem-estar psíquico do indivíduo ou, como define a Organização Mundial de Saúde (OMS): “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”. Ainda que saúde seja de difícil conceituação, seu valor para o desenvolvimento de uma sociedade é imensurável.

Saúde é um compromisso político. Estados a reconhecem, em suas Constituições, como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade. Silva afirma que a Constituição italiana foi a primeira a reconhecer esse direito (artigo 32), seguida da Constituição portuguesa, que lhe deu uma formulação universal mais precisa. (Silva, 2016).

No Brasil, a saúde, como direito fundamental, foi positivada na Constituição Federal de 1988. No Preâmbulo, a Constituição assegura o compromisso com a justiça social, reforçada pelo Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III), fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. (Canotilho, 2018).

O Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II, Dos Direitos Sociais, artigo 6º, se refere, de forma genérica, aos direitos sociais: “*são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a*

previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 90, de 2015)”. A saúde é uma espécie de direito social e está inserida nos direitos sociais da seguridade social, que abrangem direito à saúde, direito à assistência social e direito à previdência social. (Tavares, 2020).

A Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a contemplar os direitos sociais. Todavia, não compunham um capítulo especial, mas estavam distribuídos em normas esparsas, como o artigo 38, que versava sobre assistência social e saúde pública. Por esse motivo, a Constituição de 1988 traz importante inovação constitucional ao consagrar o direito à saúde. (Nunes Junior, 2019).

Os direitos sociais se destinam a todos os indivíduos, mas se propõem a proteger, especialmente, os que mais necessitam do amparo do Estado. Também chamados de direitos prestacionais, “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais”, conforme leciona José Afonso da Silva. (Silva, 2016).

Martins afirma que, para a efetivação dos direitos sociais, é necessária prestação estatal positiva, ou seja, o Estado deve implementar

políticas sociais e econômicas e garantir os direitos previstos na Constituição. Não obstante, observa que “como aponta largamente a doutrina, essa classificação não é mais consentânea com a doutrina constitucional moderna. Como afirma Catarina Santos Botelho, ‘os direitos sociais também implicam obrigações negativas’. veja-se: o direito à saúde pressupõe o dever estatal de não privar os cidadãos do acesso à saúde (...)”’. (Nunes Junior, 2019).

Gilmar Mendes pontua que “embora os direitos sociais, assim como os direitos negativos, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização”. (Mendes, 2019).

Os direitos sociais estão inseridos nos direitos de segunda dimensão, guardam fundamento no Princípio da Igualdade, que tem como objetivo alcançar a igualdade social dos hipossuficientes. Essa dimensão dos direitos fundamentais dispõe de um rol de pretensões que devem ser concretizadas pelo Estado. Tavares afirma que “respeitados os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares”. (Tavares, 2020).

O direito à saúde, por sua relevância individual e coletiva, também está inserido nos direitos de terceira dimensão, também chamados

de direitos da solidariedade ou fraternidade. A nota distintiva dessa dimensão de direitos, de acordo com Ingo Sarlet, é o “fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (povo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa)”. (Sarlet, 2015).

Desse modo, não se trata a saúde apenas em seu aspecto individual, de garantir ao indivíduo os meios necessários para a prevenção, manutenção ou recuperação de sua doença. A saúde, em um sentido mais amplo, especialmente a saúde “pública”, visa à proteção da coletividade como nas políticas públicas de vacinação. Dessa maneira, há de se efetivar o direito à saúde por meio de ações específicas (perspectiva individual), e por meio de políticas públicas que cuidem para a redução do risco de doenças (perspectiva coletiva).

Parte da doutrina considera, ainda, uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, que são os direitos derivados do avanço tecnológico, abrangendo a ciência genética, a biotecnologia e o biodireito.

Corroborando as perspectivas individual e coletiva da saúde, a Seção II da Carta Constitucional, Da Saúde, a partir do artigo 196, reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, que deve efetivá-la por meio de políticas sociais e econômicas que “visem à

redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O artigo 197 declara, expressamente, que as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, cabendo ao Poder Público regulamentar, fiscalizar e controlar sua execução, diretamente ou com auxílio de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Por sua vez, o artigo 198 fixa as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS).

Esses direitos são efetivados com a intervenção do Estado por meio de serviços públicos e, de forma complementar, pela iniciativa privada, não havendo monopólio estatal sobre a prestação dos serviços de saúde. Destarte, os dispositivos de nossa Constituição têm natureza positiva, ou seja, impõem ao Estado a prestação de determinadas tarefas, como a elaboração, implantação e fiscalização de políticas sociais e econômicas, assegurando a prestação do direito constitucionalmente idealizado.

Outrossim, a Organização Mundial da Saúde (OMS) considera que “a saúde de todos os povos é essencial para a obtenção da paz e da segurança, e para tanto, depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e do Estado”, sendo permitido ao Estado controlar o comportamento dos indivíduos por meio de leis que impeçam qualquer ação nociva à saúde da coletividade, definindo quais comportamentos devem ser

evitados e quais punições devem ser aplicadas ao infrator. (Dallari, 1988).

1. A saúde pública como bem jurídico penal e os crimes contra a saúde pública

Zaffaroni ensina que a meta do direito penal é prover segurança jurídica. Este deve ser o objetivo de todo o direito. O direito, segundo o autor, "é um instrumento de viabilização da existência humana, entendendo por existência, em poucas palavras, a relação de cada homem com seu ser, isto é, a escolha que cada qual faz do que quer ser e chegar a ser, assim como a realização desta escolha". É a coexistência que dá sentido à existência humana e, para assegurar a coexistência, se faz necessária uma ordem coativa que torne mais ou menos previsível a conduta alheia e impeça o conflito de “todos contra todos”.

Dessa maneira, para que o homem se realize em coexistência, é preciso que seu próximo se abstenha de condutas que afetem os entes necessários para sua autorrealização. Esses entes, segundo Zaffaroni, são os bens jurídicos: "a função de segurança jurídica não pode ser entendida, pois, em outro sentido que não o da proteção de bens jurídicos (direitos), como forma de assegurar a coexistência".

Há extenso debate sobre o conceito de bem jurídico na dogmática penal. Damásio de Jesus o conceitua como “tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo *valor*

reconhecido pelo direito torna-se um bem jurídico. Os bens jurídicos são ordenados em hierarquia. O direito penal visa a proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade” (Jesus, 2015).

Com a evolução do Estado liberal para o Estado social e o advento de novos riscos (transgênicos, manipulação genética, energia nuclear) e novos deveres (assistência e promoção), surgiram novas formas de tutela que transcenderam a esfera do indivíduo e se projetaram em grupos, criando ou ampliando os bens jurídicos existentes. (Prado, 2019). Em vista disso, o legislador ampliou a proteção aos bens de titularidade coletiva ou difusa, deixando de priorizar o indivíduo exposto singularmente ao risco.

A saúde pública constitui bem jurídico supraindividual, de caráter coletivo, como esclarece Luiz Regis Prado. Assim, a partir de uma análise sistemática da Constituição Federal brasileira de 1988, em conjunto com os princípios que regem o Estado Democrático de Direitos e as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS), chega-se a um conceito de saúde pública. Prado define:

a saúde pública constitui bem jurídico supraindividual, de caráter coletivo, que tem em conta a saúde individual, mas que com ela não se confunde, ainda que objetive salvaguardá-la. Apresenta-se como 'um objeto de tutela coletiva, indisponível, de

titularidade social e complementar da saúde individual'. Há, por assim dizer, uma relação de complementaridade entre ambas. (Prado, 2019).

O importante, de acordo com o autor, não é conceituar bem jurídico coletivo ou difuso, mas definir sua exata delimitação, com "a fixação de critérios específicos que permitam individualizá-lo de forma clara, determinada e objetiva, sem transgredir nenhum dos princípios fundamentais do direito penal". (Prado, 2019).

Opta-se aqui por classificá-los em: bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais), nos quais a tutela supraindividual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (v.g., administração pública, administração da justiça); bens jurídicos coletivos, que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (v.g., saúde pública, relação de consumo); e bens jurídicos difusos, que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (v.g., ambiente).

Mas tanto os bens jurídicos coletivos como os difusos têm como ligação ou referência o indivíduo (aspecto complementar), e tal relação se apresenta mais intensa, menos tênue (bens coletivos), ou menos intensa, mais tênue (bens difusos), dependendo do seu nível de proximidade. Na verdade, o indivíduo enquanto pessoa, o cidadão, deve ser sempre o destinatário maior de toda norma jurídica, e há de ser a referência última em qualquer bem jurídico. (Prado, 2019).

A tutela penal à saúde pública está vinculada ao dever constitucional assumido pelo

Estado, por meio de políticas públicas e ações concretas que pretendam a redução do risco de doenças. Inserida no Código Penal de 1940, está disposta no Capítulo III, Dos Crimes Contra a Saúde Pública, artigos 267 a 285, do Título VIII, Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública.

Nelson Hungria afirma que, previamente, esses crimes estavam dispersos pelo Código Penal como subespécies de crimes de falsidade ou crimes contra propriedade ou contra a pessoa. Relata, ainda, que Filangieri foi responsável pelo reconhecimento dessa classe de crimes com o apoio de Carrara, que expôs:

o vaso d'água destinado a um só, o ar do meu aposento, o alimento que para mim só é preparado, serão objetos de um direito que me é exclusivo. Mas, se se tem em conta o ar que circunda uma coletividade de pessoas, a água que a todos é destinada para desaltação da sede, os víveres expostos à venda em público, de modo que possam vir a ser alimento de indeterminado número de consociados, é manifesto que em tais condições o ar, a água e os víveres tornam-se objeto de um direito social, atinente a cada um dos consociados, bem como a toda coletividade... Qualquer ação que torne deletérios ou letais esses elementos de vida ofendem referido direito... O direito à preservação da saúde pública nasce, portanto, comum a todos os consociados, em razão do fato mesmo da consociação". (Comentários ao Código Penal, Hungria, 1958).

Tecidas essas reflexões e considerando saúde pública como bem jurídico supraindividual, de caráter coletivo, os crimes contra a Saúde Pública são classificados como

crimes de perigo, que podem ser concretos ou abstratos. Esses tipos penais pretendem controlar ou evitar a conduta, evitando danos. Assim, configuram-se com a exposição do bem jurídico ao perigo, dispensando a efetiva lesão.

O legislador, ao criar crimes de perigo, intenciona agir antes da ocorrência da lesão e, nessas hipóteses, a lei penal surge como elemento de antecipação de tutela, acentuando o papel preventivo do direito.

Os crimes de perigo concreto se manifestam quando há comprovação de que o bem jurídico foi exposto ao risco e os crimes de perigo abstrato ou presumido dispensam a comprovação de que houve perigo ao bem jurídico tutelado, bastando que a lei presuma a conduta como perigosa. (Sanches, 2016).

Os crimes de perigo abstrato são utilizados para proteger a coletividade, chamados crimes vagos. Isso ocorre porque - ao considerar a tutela do meio ambiente, da ordem tributária, da saúde pública, da ordem política - se mostra cada vez mais difícil caracterizar os sujeitos passivos da conduta delituosa. Dada a abstração dos sujeitos passivos, os delitos de resultado têm seu espaço reduzido, dando preferência ao tipo de perigo abstrato.

Bitencourt sustenta que o legislador deve ter cautela ao criar esses tipos penais, pois "não significa que a técnica de utilização de crimes de perigo abstrato suponha uma carta em branco ao legislador penal, pelo contrário, o

recurso a esta modalidade de crimes está, igualmente, balizado pelos princípios limitadores do exercício do poder punitivo estatal, com o fim de evitar a expansão desmedida do direito penal”. (Bitencourt, 2019).

Rogério Sanches Cunha alerta que parte respeitável da doutrina nega a existência dos crimes de perigo abstrato, por considerar que há ofensa aos princípios constitucionais. Dentre os críticos, cita Paulo de Souza Queiroz, que assinala:

uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de extrema ratio (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo. (Apud Sanches, 2017).

Masson discorda dessa posição e afirma que esse tipo penal está em consonância com a Constituição Federal de 1988, devendo o legislador instituí-lo com parcimônia para que não haja inflação legislativa. (Masson, 2019). Outra não é a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) que, no Habeas Corpus 102.087 Minas Gerais, decidiu:

a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação

de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc.

Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo.

Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

STF - HC: 148988 MG - MINAS GERAIS 0011918-19.2017.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 27/10/2017, Data de Publicação: DJe-252 07/11/2017

Ademais, alguns dispositivos desse Capítulo são normas penais em branco. Esse tipo de norma, para ter relevância penal, deve ser complementado por lei ou atos administrativos emanados do Poder Público. Bottini alerta que a complexidade dos impactos dos riscos na sociedade conduz a legislação penal a definições dogmáticas imprecisas, ao farto emprego de normas abertas ou em branco e à falta de clareza nos tipos penais. Há de se atentar, ainda, para a mitigação dos princípios do direito penal em um Estado Democrático de Direito quando se usa em demasia as normas penais em branco, que necessitam de regras complementares, produzidas por outras esferas de regulamentação.

Deve-se, ainda, destacar que o elemento subjetivo dos crimes contra a saúde pública é o dolo, que caracteriza a vontade consciente do agente para praticar as condutas proibidas, expondo a saúde, a integridade física ou a vida de outrem. Não obstante, alguns dispositivos desse Capítulo admitem a forma culposa.

Outrossim, há crimes contra a saúde pública que são considerados hediondos. A Lei 8.072/90 dispõe de rol taxativo de crimes, enumerados no artigo 1º. Os crimes de Epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º) e Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto, destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1o, § 1o-A e § 1o-B), são considerados crimes hediondos, presentes no artigo 1º, incisos VII e VII-B. Destaca-se que o tipo penal Epidemia, em sua modalidade simples, disposta no *caput* do artigo 267, não é considerado crime hediondo, da mesma forma sua modalidade culposa, prevista no artigo 267, parágrafo 2º, do Código Penal. (Lima, 2020).

2. Os crimes contra a saúde pública no contexto da pandemia de Covid-19.

A pandemia do coronavírus (Sars-CoV-2) se apresentou como um dos maiores desafios sanitários deste século, classificada como emergência sanitária internacional e considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU)

como o maior teste que o mundo já enfrentou desde a formação das Nações Unidas.

De acordo com a Organização Pan-Americana da Saúde (Opas): “a Covid-19 é uma doença infecciosa causada pelo novo coronavírus, identificado pela primeira vez em dezembro de 2019, em Wuhan, na China”, que se alastrou para outros países, com consequências sociais, políticas e econômicas.

Os países atingidos adotaram comportamentos diversos, de acordo com o impacto e a peculiaridade da doença. No Brasil, as consequências se apresentaram de forma dramática em todas as esferas da sociedade, com a possibilidade de responsabilização civil e criminal de certas condutas.

No Código Penal, entre os artigos 267 e 285, há crimes que podem ser imputados no contexto dessa pandemia, como infração de medida sanitária preventiva; omissão de notificação de doença; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; charlatanismo, que serão abordados a seguir.

2.1 Infração de medida sanitária preventiva

O crime de infração de medida sanitária preventiva tutela a incolumidade pública e está previsto no Código Penal brasileiro, artigo 268:

Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Trata-se de crime doloso, que consiste em desrespeitar, descumprir, violar (infringir) determinação do poder público, quais sejam decretos, portarias, entre outros, que se destinam a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa.

Considerado crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa. Cabe sublinhar que este delito é considerado crime de menor potencial ofensivo, com pena de simples detenção de um mês a um ano e multa, aumentada em um terço se o agente for funcionário da saúde pública ou exercer a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro, conforme define o parágrafo único.

É crime de perigo abstrato ou presumido, dispensando a comprovação de que houve perigo ao bem jurídico tutelado; e de mera conduta, pois prescinde de qualquer resultado naturalístico, se consumando com a infração da determinação do poder público, sendo desnecessária a propagação de doença.

Insta destacar que se trata de norma penal em branco que, como exposto alhures, é um tipo penal incompleto, de conteúdo indefinido, que necessita de complementação por “determinação do poder público” para sua aplicação, ou seja, a norma depende de ato

normativo que a complemente para produzir seus efeitos jurídicos.

A aplicação desse tipo penal se manifesta no contexto da lei 13.979/2020, com vigência a partir de 07 de fevereiro de 2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

A Exposição de Motivos de referida lei considerou que apesar dos avanços alcançados com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), é forçoso a admitir que há carência na regulamentação brasileira. Neste sentido, a lei propôs que se adequasse a legislação interna, permitindo uma atuação eficiente dos serviços e ações do SUS, em todas as esferas federativas.

Para a efetividade dessa proteção, o artigo 3º permitiu que as autoridades, no âmbito de suas competências, estabelecessem medidas, tais como: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020), entre outras, desde que fundamentadas em evidências científicas.

O artigo 4º, por sua vez, determinou que o não cumprimento das medidas sanitárias impostas sujeitaria o infrator à sua responsabilização, nos termos da lei.

Ato contínuo, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 356/20, regulamentando a Lei, estabelecendo quais medidas preventivas poderiam ser adotadas como resposta à emergência de saúde pública.

Supramencionada lei foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, 6347 e 6625.

A ADI 6341, apresentada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), questionou a Medida Provisória 926/2020, que atribuiu à União as prerrogativas de isolamento, quarentena, locomoção, serviços públicos e atividades essenciais e de circulação. O Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática, posteriormente julgada pelo Plenário, considerou que o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal brasileira de 1988, prevê competência concorrente entre os entes para legislar sobre saúde pública. A Ementa estabelece:

(...) 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

Pacificado o entendimento de que há competência concorrente entre União, estados e municípios, os entes federativos editaram atos normativos, de acordo com as especificidades de cada região.

Como exemplo, temos que o Estado de São Paulo elaborou o Plano São Paulo e, em março de 2020 editou o Decreto nº 64.881, que estabeleceu quarentena no estado e deu outras providências. O artigo 3º estabeleceu “a Secretaria da Segurança Pública atentará, em caso de descumprimento desde decreto, ao disposto nos artigos 268 e 330 do Código Penal, se a infração não constituir crime mais grave”.

Por sua vez, a ADI 6625, ajuizada pelo partido político Rede Sustentabilidade, requereu ao Supremo Tribunal Federal (STF) a dilação de alguns dispositivos da Lei 13.979/2020, uma vez que haveria a cessação de seus efeitos a partir de 31 de dezembro de 2020, de acordo com o artigo 8º e decreto legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em 30 de dezembro de 2020, se pronunciou em decisão monocrática, posteriormente referendada pelo Plenário do STF, reconhecendo a necessidade da manutenção de dispositivos que estabelecem medidas sanitárias para combater a Covid-19.

2.2 Omissão de notificação de doença

Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à

*autoridade pública
doença cuja notificação
é compulsória:
Pena - detenção, de seis
meses a dois anos, e
multa.*

Trata-se de crime próprio, que exige uma qualidade especial do sujeito e somente pode ser praticado por médico.

Tal como o artigo anterior, é norma penal em branco, que por si só é incompleta e precisa de complemento que lhe atribua sentido. Essa complementação pode se dar por meio de leis ou, ainda, por decretos e atos normativos. Assim, não é qualquer doença que deve ser notificada, mas as que são definidas pelos órgãos responsáveis, como por exemplo, febre amarela, difteria, dengue, covid-19.

A lei 6.259/75, denominada Lei de Vigilância Epidemiológica, dispôs sobre a notificação compulsória de doenças, em seu Título III, artigo 7º, sendo compulsória às autoridades sanitárias os casos suspeitos ou confirmados de: *I - doenças que podem implicar medidas de isolamento ou quarentena, de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional; e II - doenças constantes de relação elaborada pelo Ministério da Saúde, para cada Unidade da Federação, a ser atualizada periodicamente.*

O artigo 8º da lei 6.259/75 estabelece que todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade sanitária local a ocorrência de fato, comprovado ou presumível, de caso de doença transmissível. Os médicos e outros profissionais de saúde, no exercício da profissão, e os

responsáveis por organizações e estabelecimentos públicos e particulares de saúde e ensino, tem a obrigação de notificar casos suspeitos ou confirmados das doenças relacionadas em conformidade com o artigo 7º.

O Boletim Epidemiológico, emitido pela Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde, publicado em janeiro de 2020, definiu que “*a infecção humana pelo Novo Coronavírus (2019-nCov) é uma potencial Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional*”, sendo, portanto, um evento de saúde pública de notificação imediata, devendo ser realizada em até 24 horas a partir do conhecimento do caso.

Destaca-se que o médico não cometerá crime de violação do segredo profissional, tipificado no artigo 154, do Código Penal, por ser doença de notificação compulsória, obrigatória. Entretanto, a falta de comunicação do médico configurará, certamente, crime omissivo próprio. Neste caso, há dever jurídico de notificação por parte do médico que, ao não notificar a doença, praticará omissão e o crime restará configurado.

2.3 Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

V - de procedência ignorada; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Modalidade culposa

§ 2º - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

praticado por qualquer pessoa, tendo como sujeito passivo, a sociedade.

Trata-se de crime hediondo, previsto na lei 8.072/90, artigo 1º, VII-B, em todas as suas formas, exceto na modalidade culposa.

A conduta a ser punida neste tipo penal é a do agente que falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Sanches esclarece as quatro ações nucleares típicas: “falsificar (conferir aparência enganadora), corromper (deteriorar, adulterar), adulterar (modificar para pior, defraudar) ou alterar (modificar de qualquer forma)”.

Produto para fins terapêuticos ou medicinais é aquele destinado ao tratamento de doenças, incluindo-se ainda, de acordo com o parágrafo 1º-A, os medicamentos, matérias-primas, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes e os de uso em diagnóstico.

Sanches destaca doutrina que critica a equiparação entre medicamentos e cosméticos e saneantes, por haver afronta ao princípio da razoabilidade, e cita Antonio Lopes Monteiro:

Mas o mais grave é que um governo tido como democrático tenha lançado mão do Direito Penal para equiparar a potencialidade ofensiva à saúde pública de produtos com fins terapêuticos ou medicinais com outros que nada têm que ver com a saúde e a vida da pessoa humana, tais como cosméticos ou saneantes (§ 1º-A do art. 273). E o pior é que a pena cominada é a mesma: dez a quinze anos de reclusão e multa”.

O crime do artigo 273 admite a forma dolosa e culposa. É crime comum, que pode ser

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), na Resolução – RDC nº 17, de 16 de abril de 2010, estabelece “os requisitos mínimos a serem seguidos na fabricação de medicamentos para padronizar a verificação do cumprimento das Boas Práticas de Fabricação de Medicamentos (BPF) de uso humano”. O artigo 13 dispõe que “Boas Práticas de Fabricação é a parte da Garantia da Qualidade que assegura que os produtos são consistentemente produzidos e controlados, com padrões de qualidade apropriados para o uso pretendido e requerido pelo registro”.

Em razão da emergência de saúde pública internacional decorrente do novo Coronavírus, a Agência editou a Resolução – RDC nº 350, de 19 de março de 2020 e a Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 422, de 16 de setembro de 2020, em que definiu os critérios e os procedimentos extraordinários e temporários para a fabricação e comercialização de preparações antissépticas ou sanitizantes oficinais sem prévia autorização da Anvisa.

O artigo 4º, por exemplo, dispõe que:

Para as empresas fabricantes de cosméticos e saneantes, a permissão de fabricar e comercializar sem registro ou notificação na Anvisa, de forma temporária e emergencial, se aplica, exclusivamente, a:

I preparações antissépticas à base álcool etílico na fração ou percentual em massa de 70% (p/p) (70°INPM) nos mais diversos tipos de formulação e em qualquer forma física, contemplando as preparações oficinais e não oficinais para fabricantes de cosméticos.

II desinfetantes para superfície fixa à base de álcool etílico na fração ou percentual em massa de 70% (p/p) (70°INPM) nos mais diversos tipos de formulação e em qualquer forma física, contemplando as preparações oficinais e não oficinais para fabricantes de saneantes.

Assim, ainda que seja permitida a fabricação e comercialização de preparações antissépticas ou sanitizantes oficinais sem prévia autorização da Anvisa, a falsificação do produto acarretará a prática do crime do artigo 273, caput, e aquele que vender o produto falsificado responderá pelo artigo 273, na forma do parágrafo 1º.

2.4 Charlatanismo

*Art. 283 - Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.*

Trata-se de crime comum, doloso, que pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive dentista, farmacêutico ou médico; e por qualquer meio, como televisão, internet, contato direto, entre outros.

O crime do artigo 283 protege também a boa-fé das pessoas que precisam se submeter a tratamentos e buscam alívio para suas moléstias.

Salim (2019) esclarece que “inculcar significa estampar, indicar, divulgar. O agente anuncia a cura por meio secreto (método não conhecido pelas ciências médicas) ou infalível (totalmente eficaz)”. O delito em comento tem por fim punir o sujeito que, sabendo que o

método divulgado é ineficaz, ainda assim, se utiliza de recurso secreto ou infalível para promover a cura de doença.

Durante a pandemia da covid-19 vários fatos têm sido relatados às autoridades, como médicos publicizando “soros da imunidade”, tratamentos médicos sem comprovação científica, líderes religiosos divulgando feijões mágicos. Regis Prado (2019) define o charlatão:

O charlatão autêntico exagera, para enriquecer-se, o valor de sua pessoa ou de sua mercadoria, ou comumente das duas. É o embuste como meio de fazer fortuna: está nisso toda a essência do charlatanismo.

Não havendo má-fé por parte do sujeito, não haverá a prática do delito. Define Mirabete (2019):

Há os que são chamados charlatões inconscientes, que, involuntariamente, incidem no comportamento por força do hábito, por ignorância, por preguiça, por desconhecimento do mal etc. São classificados por Flamínio Fávero, com base em Eugênio Cordeiro, em médicos estacionários (os que não acompanham a evolução da medicina), superficiais (os que examinam rápida e sumariamente o doente), e os sistemáticos (os que veem sempre um mesmo estado mórbido, ao qual se ajeitam os mesmos remédios previamente formulados). São estes maus profissionais, mas não praticam o ilícito penal.

CONCLUSÃO

O reconhecimento da saúde como direito de todos e dever do Estado pela Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase no Brasil, sendo a saúde positivada como direito fundamental e inserida no rol dos direitos sociais. A saúde, de acordo com a Carta Constitucional, deve ser compreendida em seu aspecto individual, por meio de ações específicas e em seu aspecto coletivo, por meio de políticas que atentem para a prevenção de doenças.

O legislador, ao optar pela intervenção do direito penal, que deve ser a *ultima ratio*, com aplicação subsidiária, deve se nortear pelos valores amparados pela Constituição Federal, que elege os valores mais importantes para a sociedade e, igualmente, respeitar os limites impostos por essa mesma Constituição, não violando direitos fundamentais atribuídos à pessoa.

O Código Penal, na tentativa de se conformar à sociedade de riscos, também tutela a saúde pública, com vistas a proteger a coletividade dos riscos tecnológicos e humanos, como a difusão de epidemias.

A questão que se coloca é quanto à legitimação da evolução do direito penal e sua utilização *prima facie*, abandonando o direito penal clássico, sua proteção aos bens individuais e, aos poucos, se transformando em um instrumento preventivo de proteção e se convertendo em um "sistema de gestão primária dos problemas sociais".

Neste contexto, há de se atentar aos tipos penais de perigo que visam a reprimir comportamentos, ainda que não haja prejuízo concreto. Alguns autores defendem que a evolução do direito penal conduz a definições dogmáticas imprecisas, ao farto emprego de normas abertas ou em branco e à falta de clareza nos tipos penais.

Sob outra perspectiva, não é plausível ignorar o desenvolvimento tecnológico e seu impacto na sociedade e no direito penal. Ademais, a pandemia do coronavírus (Sars-CoV-2), caracterizada como um dos maiores desafios sanitários deste século, expôs a fragilidade da saúde pública brasileira e o alcance do direito penal, com impactos em todas as esferas da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública*. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes... [et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. *Comentários à Constituição do Brasil*. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco*. 4 ed. rev. atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, 31/12/1940 [acesso 15 março 2021], disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL, Lei 6259, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, [acesso 10 maio 2021], disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm.

BRASIL, Lei 13.979, de 30 de outubro de 1975. Brasília, [acesso 10 maio 2021], disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#view.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)* - 4. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)* - 9. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM.. 2017.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Uma nova disciplina: o direito sanitário*. Ver. Saúde públ., S. Paulo, 22(4):327-34, 1988

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume 1: parte geral*. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada. Volume único*. 8ª edição. Editora Jus Podium, 2020.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1* / Cleber Masson. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958.

MENDES, Gilmar Ferreira, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* - 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 3. 32ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional* – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* - 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SARLET, Ingo, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de direito constitucional* – 4. ed. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SALIM, Alexandre. AZEVEDOR, Marcelo André de. *Direito Penal. Parte Especial*. 9ª Edição. Juspodivm. Salvador. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341 – Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Julgamento 15/04/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6625 – Distrito Federal. Relator: Min. Ricardo

Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Julgamento 08/03/2021.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. -39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

AS INOVAÇÕES DE 2021 NOS CRIMES CONTRA A PESSOA

Marina Zanotello³¹

RESUMO

Este artigo tem por objeto analisar, de maneira sucinta, algumas leis que entraram em vigor em 2021, trazendo alterações significativas à parte especial do Código Penal brasileiro, principalmente na tutela dos crimes contra a pessoa; faz-se uma reflexão das novas incriminações à luz de alguns princípios constitucionais de Direito Penal e a conclusão tende a auxiliar os operadores do Direito a interpretar as novas diretrizes. Tudo isso, considerando, por óbvio, que o texto original do Código Penal data de 1940 e as inovações hodiernas tentam acompanhar as mudanças de paradigmas pelas quais a sociedade passou durante essas três, quase quatro, décadas.

PALAVRAS-CHAVE: crimes contra a pessoa; lesão contra a mulher; perseguição; violência psicológica; invasão de dispositivo; princípios constitucionais; leis novas 2021.

ABSTRACT

This article aims to briefly analyze some laws that came into force in 2021, bringing significant changes to the special part of the Brazilian Penal Code, mainly in the protection of crimes against the person; a reflection of the new incriminations is made in the light of some constitutional principles of Criminal Law and the conclusion tends to help Law operators to interpret the new guidelines. All this, considering, of course, that the original text of the Penal Code dates back to 1940 and today's innovations try to keep up with the paradigm shifts that society has gone through during these three, almost four, decades.

KEYWORDS: crimes against the person; injury against women; persecution; psychological violence; device invasion; constitutional principles; new laws 2021.

INTRODUÇÃO

Das várias leis que recentemente alteraram a legislação penal desde 2018, passando pelo pacote anticrime de 2019, em notório recrudescimento da política “punitivista”, cuida o presente artigo de analisar algumas leis que entraram em vigor no corrente ano de 2021, trazendo sensíveis mudanças em relação a alguns crimes contra a pessoa. São elas: a Lei 14.132, a Lei 14.155, a Lei 14.188 e a Lei 14.197.

Os crimes contra a pessoa estão previstos no Título I da parte especial do Código Penal; este Título é composto por seis capítulos, os quais tutelam a vida, a integridade física, a saúde, a honra e a liberdade individual.

A primeira lei objeto desta análise, a de número 14.132, é conhecida como a lei do *stalking*.

A segunda lei a ser comentada é a de número 14.155, que conferiu maior gravame ao crime de violação de dispositivo informático e a outros crimes cometidos de forma eletrônica ou pela internet.

A terceira lei recebeu a numeração 14.188 e buscou cuidar melhor das formas de coibir a violência contra a mulher.

³¹ Mestra em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Membro associada do Instituto

Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogada. Professora universitária.

As três leis criaram tipos penais novos, tutelando situações que até então não constituíam crimes, por mais reprováveis que fossem.

Houve ainda uma quarta lei, publicada em 01 de setembro de 2021, que, em relação ao objeto desta análise, cumpre singela menção, por ter alterado a redação do inciso II do artigo 141 do Código Penal, ampliando o rol de pessoas que, se vitimadas por crime contra a honra, ocasiona para o agente a incidência de causa de aumento de pena.

Além de breve análise sobre os novos tipos penais e o impacto das novas determinações, busca-se trazer à baila a reflexão sobre alguns princípios do Direito Penal, como o da intervenção mínima e o da fragmentariedade ante o notório incremento do ordenamento jurídico penal incriminador.

1 - A Lei 14.132 de 31 de março de 2021

Esta lei acrescentou o artigo 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revogou o artigo 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), tendo entrado em vigor na data de sua publicação, qual seja, 31 de março de 2021.

O artigo 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, descrevia como contravenção penal a conduta de “molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável”, cominando a pena abstrata de prisão simples³², de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

O novo tipo penal preceitua:

Art. 147-A CP: Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.

Tendo sido posicionado pelo legislador no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, o bem jurídico por ele tutelado é justamente a liberdade da pessoa humana, do

³² Artigo 6º da Lei das Contravenções Penais: a pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto. §1º O condenado a pena de prisão simples

fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção. §2º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada, não excede a quinze dias.

indivíduo, desde o direito de ir e vir até o direito à privacidade, que são constitucionalmente tratados como garantias individuais fundamentais³³.

Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo a lei qualquer qualidade especial por parte dos sujeitos do delito³⁴.

Do tipo objetivo se extrai:

O verbo nuclear perseguir. Aproveitando a definição trazida por Castro e Sydow³⁵ acerca deste crime, “trata-se de curso de conduta de importunação, caracterizado pela insistência, impertinência e habitualidade, desenvolvido por qualquer meio de contato, vigilância, perseguição ou assédio”.

O elemento temporal “reiteradamente” evidencia que se trata de crime habitual³⁶, somente se tipifica apurando-se a reiteração de condutas do agente, de modo a configurar um estilo próprio de vida.

Por tal exigência típica, tem-se que este crime não admite a tentativa.

Ora, no crime tentado “o movimento criminoso para em uma das fases da execução,

impedindo o agente de prosseguir no seu desiderato por circunstâncias estranhas ao seu querer³⁷”.

Assim, se o agente tiver uma só prática persecutória, o fato é atípico por a lei exigir pluralidade de condutas; no entanto, se ele adotar dois comportamentos de perseguição tem-se por caracterizada a elementar “reiteradamente” e, com isso, o delito está consumado.

De acordo com a redação do artigo de lei, o sujeito ativo pode se valer de qualquer meio, físico ou virtual, para executar a conduta persecutória contra a vítima.

A forma de consumação é vinculada, visto que a lei explicita três formas pelas quais o sujeito pode efetuar a perseguição: ameaçando a integridade física ou psicológica da vítima; restringindo a capacidade de locomoção da vítima; ou de qualquer forma invadindo ou perturbando a esfera da liberdade ou privacidade da vítima.

O elemento subjetivo do tipo penal é o dolo³⁸.

A pena prevista no *caput* do artigo, reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa, atribui a competência para os Juizados Especiais Criminais, conforme o artigo 61 da Lei 9.099/95.

³³ Art. 5º CF88 *caput*: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 14.ed.rev.atual.ampl. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 115.

³⁵ CASTRO, Ana Lara; SYDOW, Spencer. Stalking e Cyberstalking: obsessão, internet, amedrontamento. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017, p. 53.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.*, p. 122.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Especial. Vol.2. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 543.

³⁸ Art. 18 CP Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

O parágrafo primeiro elenca taxativamente três causas de aumento que, incidindo na terceira fase da dosimetria, exasperam a pena em metade, são elas: a vítima ser criança, adolescente ou idoso; a motivação do crime ter se dado por razões de condição do sexo feminino³⁹; ou o sujeito ativo ter empregado arma em sua ação ou ter ele agido em concurso de pessoas.

Nitidamente, as hipóteses que ensejam ao aumento da pena em metade correspondem à menor capacidade de resistência da vítima ante a ação delituosa perpetrada por um agente que ou abusa das relações, da idade ou, pelo emprego de arma ou vantagem numérica de comparsas, neutraliza o poder de reação.

O parágrafo segundo evidencia a possibilidade de concurso de crimes⁴⁰ quando houver emprego de violência, de modo que o sujeito ativo pode vir a responder pela perseguição sem prejuízo de também receber as penas concernentes à violência.

O parágrafo terceiro elucida ser crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima, ou seja, o titular da ação penal é o Ministério Público, só podendo agir se for efetivada pela vítima, no prazo decadencial de seis meses⁴¹, a condição de procedibilidade.

2. A Lei 14.155 de 27 de maio de 2021

³⁹ Art. 121 §2º A CP - Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
I - violência doméstica e familiar;
II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

⁴⁰ Vide Artigos 69 e 70 do Código Penal.

Esta lei alterou o Código Penal, tornando mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato, cometidos de forma eletrônica ou pela internet; e alterou também o Código de Processo Penal, no sentido de definir a competência nas diversas modalidades de estelionato, mas esta última modificação não será sequer abordada no presente artigo para que não se corra o risco de desviar o objeto da reflexão.

Após a entrada em vigor desta lei, em 27 de maio de 2021, o Código Penal, sofreu as seguintes alterações:

Art. 154 A – Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º - Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.

O crime de invasão de dispositivo informático foi inserido na legislação pátria originalmente pela Lei 12.737/2012, tutelando o bem jurídico liberdade individual, bem como a preservação da privacidade e da intimidade da pessoa.

⁴¹ Art. 103 CP - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Como a Lei 12.737/2012 foi a primeira a dispor sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, ditando a redação original do artigo 154 A do Código Penal, é possível considerar que o referido tipo penal confira tutela também à segurança dos dispositivos informáticos.

O que a nova lei modificou em relação ao *caput* do artigo 154 A do Código Penal foi, primeiramente, a supressão da elementar: “mediante violação indevida de mecanismo de segurança”.

Em seguida, a correção da redação para “dispositivo informático de uso alheio” ao invés de “dispositivo informático alheio”; e, conseqüentemente, a substituição de “titular do dispositivo” para “usuário do dispositivo”.

Em relação à tipicidade objetiva, percebe-se que a nova redação ampliou o alcance da norma incriminadora, a fim de abarcar um número maior de condutas.

As penas também foram modificadas, o que antes era detenção de três meses a um ano e multa passou a ser reclusão de um a quatro anos e multa.

O gravame é nítido, tanto pela substituição da detenção pela reclusão⁴² quanto pela quantidade de pena, que ocasionou também alteração do rito processual adequado: o que antes era crime de menor potencial ofensivo, que

seguia o procedimento sumaríssimo⁴³ e de competência do Juizado Especial Criminal, agora passa a ser crime que deve seguir o mais completo dos procedimentos comuns, o ordinário⁴⁴.

As demais alterações legislativas trazidas pela lei em comento extrapolam o objeto da análise proposta neste artigo, cujo tema se delimitou aos crimes contra a pessoa; diante disso, apenas se transcreverá os tipos incriminadores acrescidos ao rol dos crimes contra o patrimônio, sem maiores reflexões ou considerações sobre eles.

Houve o acréscimo do §4º B ao artigo 155 do Código Penal, nova qualificadora do crime de furto, que previu expressamente a modalidade de furto mediante fraude, podendo ser ele praticado por dispositivo eletrônico ou informático.

Art. 155 § 4º-B A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

⁴² Art. 33 CP - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

⁴³ Art. 394 §1º III do Código de Processo Penal c.c. Art. 61 da Lei 9099/1995.

⁴⁴ Art. 394 §1º I CPP – o procedimento comum será ordinário quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade.

No parágrafo seguinte, a lei prevê duas causas de aumento de pena que se referem à nova qualificadora do furto.

(...)

§ 4º-C A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso:

I – aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;

II – aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.

Em relação ao crime de estelionato, houve a inserção de nova forma qualificada também, pela qual a fraude é cometida com a utilização de informações sobre a vítima, obtidas pelo agente por meio eletrônico ou internet.

Art. 171 § 2º-A - A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

E sobre ela pode incidir, na terceira fase da dosimetria, uma causa de aumento de pena prevista pela nova lei.

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional.

Reconhecendo a maior propensão dos idosos e dos vulneráveis serem vitimados por estelionatários neste novo contexto, a lei trouxe também uma causa de aumento de pena neste sentido:

§ 4º - A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso.

3. A Lei 14.188 de 28 de julho de 2021

Esta Lei definiu o programa de cooperação Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Código Penal, alterou a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, e criou o tipo penal de violência psicológica contra a mulher, tendo entrado em vigor em 28 de julho de 2021.

Primeiramente, cumpre analisar a nova qualificadora do artigo 129 do Código Penal:

Art. 129 §13º CP: Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos).

O parágrafo recém-acrescido ao crime de lesões corporais protege a integridade corporal e a saúde da mulher.

Eis, portanto, a especialidade em relação ao sujeito passivo, a vítima tem que ser mulher.

A mesma especificidade, no entanto, não há em relação ao sujeito ativo do delito, que se trata de crime comum⁴⁵, podendo ser praticado por qualquer pessoa, independente do gênero.

Não obstante, para a adequação ao novo tipo incriminador, a conduta do agente que vitimou a mulher deve ter sido praticada no âmbito das relações domésticas ou familiares ou por menosprezo à condição de mulher⁴⁶.

De acordo com a definição trazida pela Lei 11.340/2006:

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

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

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade

formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

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

No que tange ao menosprezo à condição de mulher, observa-se a questão da violência de gênero.

Não por menos, a Lei 11.340/2006 também dispõe:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à

⁴⁵ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 3.ed.rev.atual.ampl. Editora JusPodivm, 2015, p. 160.

⁴⁶ Vide artigo 121 §2ºA do Código Penal.

cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Encarando, assim, a realidade de que muitas mulheres ainda não têm acesso ao pleno gozo de seus direitos enquanto pessoa humana.

Vale dizer que, desde 2015 com a entrada em vigor da Lei 13.104, a lei penal possui o conceito de razões de condição do sexo feminino; no entanto, este se restringia ao tipo penal do feminicídio⁴⁷, até que, com a publicação da Lei 14.188, tal conceito foi inserido também no crime de lesões corporais, seguindo o mesmo critério, inclusive com a remessa expressa ao artigo 121 §2º A do Código Penal.

A pena prevista para a lesão corporal praticada contra a mulher por razão de condições do sexo feminino é de reclusão de um a quatro anos.

Nem se cogite a existência de qualquer conflito entre o novel parágrafo 13º e o parágrafo 9º, este já presente no artigo 129 do Código Penal desde a Lei 10.886/2004, tendo a pena atualizada pela Lei 11.340/2006, a detenção de três meses a três anos.

O parágrafo 9º compreende genericamente a violência doméstica, mais preocupado em tutelar com maior

reprovabilidade as lesões corporais oriundas das relações de parentesco, de coabitação e de hospitalidade do que em conferir proteção específica à vítima mulher.

Nota-se pela própria redação do parágrafo 9º que não há direcionamento de gênero, até porque ele foi incluído no Código Penal antes da Lei 11.340/2006, que se preocupou em coibir especificamente a violência contra a mulher.

Neste diapasão, convém rememorar que, além de a lei mais recente preponderar sobre a lei anterior, a lei especial derroga a geral, tendo-se por lei especial aquela que contém todos os requisitos da lei geral e mais alguns, chamados especializantes⁴⁸.

De competência da Justiça estadual comum, o processo de apuração deste novo crime segue o procedimento comum ordinário⁴⁹.

Indubitavelmente, a ação penal é pública incondicionada, consoante entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça⁵⁰ e não cabe proposta de acordo de não persecução penal, por expressa proibição legal⁵¹.

A Lei 11.340/2006 também definiu as formas de violência em seu artigo 7º e, mais especificamente, no inciso II explicou em que consiste a violência psicológica, observa-se que a redação do dispositivo foi atualizada em 2018:

(...)

⁴⁷ Artigo 121 §2º VI do Código Penal.

⁴⁸ CUNHA, Rogério Sanches. *Op.cit.*, p. 139-143.

⁴⁹ Artigo 394 §1º I do Código de Processo Penal.

⁵⁰ Súmula 542 do STJ – A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.

⁵¹ Artigo 28 A §2º IV do Código de Processo Penal.

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

No entanto, somente em 2021 houve a criminalização expressa dessa conduta, por meio do novel artigo 147-B do Código Penal:

Art. 147- B CP: Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação;
Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Acoplado ao rol dos crimes contra a liberdade individual, o novo tipo penal merece algumas observações.

Evidencia-se a preocupação do legislador em formar um tipo penal taxativo.

Saindo da égide do crime de ameaça do artigo 147 do Código Penal, frise-se, um crime formal, o tipo específico que criminaliza a violência psicológica vem como crime material⁵², visto que descreve o resultado naturalístico, ou seja, a modificação do mundo exterior, e exige sua ocorrência para a consumação.

Tal resultado se vislumbra com a exigência legal do dano emocional, bem como no prejuízo ou na perturbação do pleno desenvolvimento da mulher vitimada.

A nova lei também atualizou a redação do artigo 12-C da Lei Maria da Penha, incluindo a possibilidade de afastamento imediato do lar do sujeito ativo incurso nas penas do artigo 147-B do Código Penal:

Art. 12-C Lei 11.340/2006: Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.

⁵² CUNHA, Rogério Sanches. *Op.cit.*, p. 160.

4. A Lei 14.197 de 01 de setembro de 2021

Esta Lei acrescentou o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito, e revogou a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), bem como o artigo 39 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).

No entanto, a alteração que interessa ao assunto objeto desta análise é tão somente a disposta no artigo 3º que faz referência a uma causa de aumento de pena dos crimes contra a honra.

A honra é bem jurídico tutelado no rol de crimes contra a pessoa.

Guilherme Nucci explica o conceito de honra como sendo:

*A faculdade de apreciação ou o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral (...) sua importância está vinculada à estima de que gozam as pessoas dignas e probas no seio da comunidade onde vivem*⁵³.

Lembrando também que a honra e a imagem são direitos fundamentais do indivíduo que recebem proteção constitucional⁵⁴.

De acordo com o artigo 3º da Lei 14.197, os artigos 141 e 286 do Código Penal passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 141: (...)

II - contra funcionário público, em razão de suas funções, ou contra os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal.

A nova redação do parágrafo único do artigo 286 do Código Penal não será reproduzida por não se relacionar com o assunto em comento.

Novamente se vislumbra o alargamento do alcance da norma incriminadora quando a nova redação do inciso II do artigo 141 do Código Penal acrescenta no rol de vítimas que, pelo cargo ou função que ocupam, ocasionam ao agente o aumento de sua pena.

O que antes era somente “funcionário público, em razão de suas funções” agora se somou as figuras dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

5. ALGUNS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.*, p. 665.

⁵⁴ Art. 5º X da CF88 – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ante o notório incremento do ordenamento penal incriminador convém lembrar alguns princípios constitucionais que regem a utilização do Direito Penal como mecanismo de controle social:

Dispõe o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade que a lei penal não deve ser vista como a primeira opção do legislador para compor os conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Deve-se conferir primazia aos outros ramos do direito que se encontram devidamente equipados para compor as lides.

O direito penal é considerado a *ultima ratio*, a última alternativa do sistema legislativo, quando se conclui que não existe outra solução que não a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator.

Assim, a intervenção do Direito Penal como mecanismo de controle social fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle, o que evidencia seu caráter subsidiário, devendo, portanto, ser invocado somente em casos das mais graves lesões ou de perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado⁵⁵.

O direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e

*aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade*⁵⁶.

Vale dizer que se o bem jurídico puder ser protegido de outro modo, deve-se renunciar à opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz se não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública.

A vulgarização do direito penal como solucionador de qualquer conflito pode levar ao seu descrédito. Por isso, o direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados⁵⁷.

Na mais recente definição de bem jurídico, independentemente da diversidade de formulações, o ponto de partida é o de que o bem jurídico possui natureza social e o de que o direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para salvaguardar concepções ideológicas ou morais ou realizar finalidades transcendentais (...) a premissa de base continua a ser a de que o hodierno Estado de direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância, daqui se deduzindo, ainda mais uma vez, que a pena estatal não pode ser legitimamente aplicada para impor o mero respeito por determinadas concepções morais.

⁵⁵ CUNHA, Rogério Sanches. *Op.cit.*, p. 69.

⁵⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes. Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995, p. 36.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.*, p. 28.

*Desta orientação axiológica do sistema constitucional derivaria, pois, um princípio vinculante de política criminal: o direito penal tem por função apenas preservar as condições essenciais a uma pacífica convivência dos indivíduos-cidadãos, só nesta medida logrando, pois, legitimidade a intervenção jurídico-penal*⁵⁸.

O princípio da fragmentariedade, corolário do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade do direito penal, expõe que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal, pois este constitui apenas uma parte do ordenamento jurídico.

Fragmento é apenas a parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual⁵⁹.

Pelo princípio da taxatividade, decorrente da legalidade, tem-se que as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida, em relação ao seu cumprimento, por parte do destinatário da norma.

Trata-se de um direcionamento ao legislador que veta a elaboração de tipos penais

com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas, de modo a ensejar diferentes, e mesmo contrastantes, entendimentos.

A legalidade insculpida no “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” faz-se o mais importante princípio do Direito Penal, expresso desde a redação original de 1940 no artigo 1º do Código que assegura “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal⁶⁰”.

*(...) o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela especificamente um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma ou outra via que não seja a lei*⁶¹.

Norteia ainda o Direito Penal o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos e a noção de bem jurídico pressupõe a relevância para a sociedade daquele valor.

Bem jurídico é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico penalmente protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a

⁵⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios de culpa e de prevenção. Coimbra, 1994, p. 268 e 282-283.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.*, p. 29.

⁶⁰ Artigo 5º incisos XXXIX e XL CF88.

⁶¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Atlas: São Paulo, 2006, p. 36.

*ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada*⁶².

Arelado a este princípio tem-se também o da ofensividade ou lesividade (*nullum crimen sine iniuria*) que, por sua vez, exige que do fato praticado pelo agente ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado⁶³.

Pode-se afirmar com base no princípio da ofensividade ou lesividade que só existe crime quando há ofensa, lesão, ao bem jurídico.

Logo, o crime exige o desvalor da ação, da conduta realizada pelo agente, e o desvalor do resultado, concernindo este na real afetação do direito protegido pela norma penal.

CONCLUSÃO

Decorre da Constituição Federal a premissa de que o Estado deve usar somente da lei para prever crimes e cominar penas, atentando-se para evitar a criação de infrações penais insignificantes.

Deve também o Estado proteger de lesão concreta os bens e valores fundamentais e se valer do Direito Penal somente quando os demais mecanismos de controle social se revelarem insuficientes a apaziguar o conflito.

Isso porque a Magna Carta brasileira assegura aos indivíduos direitos invioláveis como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, a fim de preservar a dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Por isso, somente à lei, por meio da sanção penal, é dado restringir ou privar esses direitos invioláveis e em casos estritamente necessários para salvaguardar outros bens essenciais da vida.

Coíbe-se a construção de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos valorativos vagos, que pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos.

A determinação taxativa obriga que o legislador, ao formular a lei penal, utilize-se de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme para que os tipos incriminadores sejam limitadores, restritos, objetivos.

As leis analisadas obedecem às diretrizes principiológicas traçadas pela Constituição Federal.

De fato, as situações por elas abrangidas clamavam, há tempos, renovação da tutela penal e maior proteção aos respectivos bens jurídicos.

Em que pese a atenção do legislador e dos operadores do Direito, é sabido que o fato de a conduta estar criminalizada e sob os rigores da

⁶² PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico penal e constituição. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009,p. 44.

⁶³ CUNHA, Rogério Sanches. *Op.cit.*, p. 91.

lei, por si só, não basta para se assegurar efetivamente o respeito aos bens jurídicos.

A melhor política criminal torna-se desnecessária diante uma política pública coesa e que preconize o indivíduo como integrante do corpo social. A efetiva mudança vai além da lei, implica mudança de mentalidade.

Assim como o Código Penal mudou nesses 37 anos, mas conserva sua origem de 1940, vislumbra-se a mentalidade social mudando paulatinamente. Enquanto a mudança necessária não se totaliza ao ponto de se prescindir da tutela penal, esta acaba por configurar a esperança dos novos tempos tomando forma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Especial*. Vol.2. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL, *Código de Processo Penal*. Decreto-lei 3.689. Brasília, 1941.

BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei 2.848. Brasília, 1940.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do*. Brasília, 1988.

BRASIL. *Lei 14.132/2021*. Brasília. D.O.U de 01/04/2021. pág. 1. Seção 1. Extra E

BRASIL. *Lei 14.155/2021*. Brasília. D.O.U de 28/05/2021. pág. 1. Seção 1.

BRASIL. *Lei 14.188/2021*. Brasília. D.O.U de 29/07/2021. pág. 1. Seção 1.

BRASIL. *Lei 14.197/2021*. Brasília. D.O.U de 02/09/2021. pág. 4. Seção 1.

CASTRO, Ana Lara; SYDOW, Spencer. *Stalking e Cyberstalking: obsessão, internet, amedrontamento*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 3.ed. Rev. atual. Ampl. Editora JusPodivm, 2015.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Atlas: São Paulo, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14. ed. Rev. Atual. Ampl. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios de culpa e de prevenção*. Coimbra, 1994.

CASO MARIANA FERRER E O ESTUPRO CULPOSO

*Luiz Gustavo Fernandes*⁶⁴

*Mônica Abreu Pantoja da Silva.*⁶⁵

RESUMO

O presente artigo acadêmico trata do tão debatido caso da modelo e blogueira Mariana Ferrer⁶⁶. Pretendemos, de forma técnica, simples e sucinta, abordar e explicar o tema que se tornou tão polêmico no ano de 2020. Almeja-se, com este artigo, explicar o motivo da veiculação do absurdo jurídico chamado “estupro culposo”. Para tanto, devemos conhecer o caso concreto, o crime de estupro de vulnerável, o conceito de crime, conceito de conduta e, por fim, o instituto do erro de tipo. Alertamos que não temos nenhuma intenção de discutir o mérito do processo (mesmo porque não temos o conhecimento dos autos). Temos o objetivo de, tão somente, explicar o instituto do erro de tipo e o “porquê” da equivocada notícia de absolvição por estupro culposos.

PALAVRAS-CHAVE: Mariana Ferrer. Estupro culposos. Erro de tipo.

RESUMEN

Este artículo académico trata sobre el muy debatido caso de la modelo y bloguera Mariana Ferrer. Pretendemos, de forma técnica, sencilla y sucinta, acercarnos y explicar el tema que se ha vuelto tan polémico en el año 2020. El objetivo

de este artículo es explicar el motivo de la publicación del absurdo legal denominado “violación involuntaria”. Por tanto, debemos conocer el caso concreto, el delito de violación de persona vulnerable, el concepto de delito, el concepto de conducta y, finalmente, el instituto del error tipo. Le informamos que no tenemos la intención de discutir los méritos del caso (incluso porque no conocemos los registros del caso). Tenemos el objetivo, únicamente, de explicar el instituto del error de tipo y el “por qué” de la noticia equivocada de absolución por violación culpable.

PALABRAS CLAVE: Mariana Ferrer. Violación culpable. Error de crimen.

INTRODUÇÃO

A modelo e blogueira Mariana Borges Ferreira, que na época do ocorrido estava com 21 anos, acusou André de Camargo Aranha, empresário da área de Marketing esportivo, de tê-la estuprado, em 15 de dezembro de 2018, em uma casa noturna chamada *Club Café de La Musique*. Um *beach club* de luxo situado na cidade de Florianópolis (SC) onde a vítima trabalhava.

No dia seguinte aos fatos, Mariana registrou um boletim de ocorrência relatando ter sido dopada e estuprada, fato não evidenciado

⁶⁴ Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Pós-graduado (lato sensu) em Direito Tributário pela FGV/SP. Pós-graduado (lato sensu) em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal). Pós-graduado (lato sensu) em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Pós-graduado (lato sensu) em Direito

Penal Econômico pela Universidade de Toledo (Espanha). Advogado. Professor da FADIPA.

⁶⁵ Discente do 6º semestre do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Padre Anchieta – Unianchieta.

⁶⁶ Caso Mariana Ferrer – Wikipédia, a enciclopédia livre (wikipedia.org)

por meio do exame toxicológico, já que não foi encontrada nenhuma substância em seu corpo.

Contudo, o laudo do IML (Instituto Médico Legal), confirmou relação sexual recente e o rompimento do hímen. Além disso, outras provas demonstraram que a vítima não estava em seu estado normal.

André foi reconhecido nas imagens das câmeras do local, ao lado da modelo, e, além disso, também reconhecido por testemunhas.

Ao final do processo a que respondeu, foi absolvido por falta de provas quanto à vulnerabilidade da vítima.

Apesar da polêmica gerada pelo sítio jornalístico *The Intercept Brasil* ao mencionar a expressão “estupro culposo” como fundamento para a absolvição do réu, o certo é que o Ministério Público, em suas alegações finais, pediu absolvição do réu com fulcro no erro de tipo.

O erro de tipo, se invencível, exclui o dolo, se vencível, exclui o dolo, mas admite a punição por culpa; porém, como não existe estupro culposo, o fato seria atípico.

1. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL (ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL)

Constitui crime de estupro a ação de “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjugação carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.⁶⁷

Duas são as práticas sexuais relacionadas no tipo, isto é, a conjugação carnal e o ato libidinoso. A primeira se trata da “cópula vagínica, ou seja, a penetração efetiva do membro viril na vagina”⁶⁸.

Por sua vez, entende-se por atos libidinosos as outras formas de exercício da sexualidade, a exemplo do sexo oral, do sexo anal e outros atos.

Importante é notarmos que o núcleo do tipo desta prática delituosa é o verbo “constranger”, cujo significado é o ato de obrigar, de coibir alguém à prática do ato sexual, sem seu consentimento.

O tipo penal busca proteger a liberdade sexual, isto é, o direito que todos têm de se encaminharem a uma vida sexual saudável, de escolherem seus parceiros sexuais e de praticarem apenas o que desejam, na esfera sexual.

Enfim, protege-se a liberdade sexual e, acima de tudo, a dignidade sexual.

Quanto ao crime de estupro contra vulnerável, reza o artigo 217-A:

⁶⁷ Artigo 213 do Código Penal.

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2013. pg. 25

*“Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.*

Determina o parágrafo § 1º do mesmo dispositivo que outras pessoas também figuram como vulneráveis, ou seja, pessoas que não têm o necessário discernimento para a prática do ato, devido a enfermidade ou deficiência mental, ou que por algum motivo não possam oferecer resistência.

Em suma, o dispositivo considera vulneráveis os menores de 14 anos, pessoas com enfermidades ou deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática do ato e pessoas que, por qualquer outra causa (física ou mental) não possam oferecer resistência.

Importante destacar que esse tipo penal não contém o verbo “constranger”, o que significa dizer que, em regra, mesmo que haja o consentimento para a prática do ato, o crime estará consumado.

O Direito Penal objetivou a proteção dos vulneráveis, portanto, não importa o constrangimento ou consentimento. Havendo o ato sexual, o crime estará consumado.

Menor de 14 anos ou pessoa com deficiência ou enfermidade mental, sem o necessário discernimento, mesmo que anuam com a prática do ato, é caracterizado crime consumado.

Especial destaque deve se dar ao último dos vulneráveis, isto é, pessoa que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

Diga-se “outra causa”, física ou mental, ou seja, pessoa impossibilitada fisicamente de resistir mais, se consentir ao ato, o fato é atípico. Exemplo da vítima tetraplégica que consente com a relação sexual.

Ora, pessoa acometida com tetraplegia também tem direito há uma vida sexual!

Já pessoa impossibilitada psicologicamente não pode consentir pelo próprio estado mental em que se encontra. Exemplo: pessoa totalmente embriagada, totalmente drogada, hipnotizada, etc.

No caso, que originou este artigo, o Ministério Público denunciou André Aranha pelo crime de estupro de vulnerável, pois, manteve relação sexual com a vítima, que estava em estado de vulnerabilidade.

O Ministério Público alegou, em sua peça acusatória, que a vítima era incapaz de oferecer resistência em virtude de ter ingerido involuntariamente substância que viabilizou a ocorrência do crime.⁶⁹

2. CONCEITO DE CRIME

Faz-se, então, necessário compreendermos o verdadeiro conceito de crime na visão do Direito Penal.

⁶⁹ Sentença, p. 01.

Primeiramente, podemos conceituar crime quanto aos critérios: Material, Legal e Analítico.

Segundo o critério Material, o crime se refere à definição real, que estabelece o fato punível. Reprisando o Professor Mirabete: “Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”.⁷⁰

Em suma, nada mais é que a lesão ou ameaça de lesão praticada contra aquele bem jurídico eleito pelo legislador penal.

Sobre o critério Legal, prescreve o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940):

“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”⁷¹

Portanto, denomina-se crime aquela lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pelo legislador penal, com a resposta estatal sendo uma pena de reclusão ou detenção, cumulada ou não com multa, ou mesmo aplicada isoladamente. Já a contravenção penal é aquela infração cuja resposta estatal é a pressão simples,

cumulada ou não com multa, ou mesmo aplicada isoladamente.

Segundo o critério analítico, o crime é dividido em substratos, isto é, o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade.⁷² Com o preenchimento de todos esses substratos, teremos uma infração penal.

Por sua vez, a Teoria analítica do crime se dividiu em duas correntes: a tripartida e a bipartida.

A primeira corrente (tripartida), dividiu o crime naqueles três substratos já mencionados, ou seja, crime é fato típico, antijurídico e culpável.

Já a corrente bipartida, dividiu o crime em apenas dois substratos, ou seja, crime é fato típico e antijurídico. A culpabilidade (que não compõe o conceito de crime) apenas serviria como pressuposto de aplicação da pena.

Mas onde estaria o dolo e a culpa? Na conduta que, por sua vez, integra o fato típico.

Essa última corrente, bipartida, foi baseada na Teoria finalista da ação.

A teoria finalista da ação migrou o dolo e a culpa da culpabilidade para o fato típico (precisamente para a conduta, que é um dos elementos do fato típico), de modo que a conduta passou a ser analisada quanto à sua finalidade. Uma conduta final, uma ação finalista.

⁷⁰ PIMENTEL, 1983 apud MIRABETE, Júlio Fabbrini. 2009, p. 81.

⁷¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914>. Acesso em: 05 janeiro 2021

⁷² Já se pensou na punibilidade como substrato integrante do crime. Mas essa corrente não prosperou.

Não devemos entender que a Teoria finalista da ação se confunde com a Teoria bipartida do crime. Afinal, Hans Welsel, pai da Teoria finalista, adotava a concepção tripartida de crime.

Portanto, mesmo que se entenda que o crime é dividido em apenas dois substratos, ou se entenda que o crime se divide em três substratos, adotando-se a teoria finalista da ação, o dolo e a culpa estão alocados no fato típico.

Pois bem, seja como for, o que nos importa neste momento é compreendermos os três substratos da teoria analítica do crime.

O fato típico é um modelo de conduta criminal determinada pelo legislador como infração penal.

*“Art. 121. Matar alguém:
Pena - reclusão, de seis a vinte anos”.*

Por sua vez, o fato típico também é dividido em 4 elementos: a conduta, o resultado, o nexos causal e a tipicidade.

A Conduta se refere à ação humana voluntária e consciente, eivada de finalidade. O nexos causal, à relação de causa e efeito, ou seja, vínculo entre a conduta e o resultado. No que se refere ao resultado, subdivide-se em naturalístico e normativo. O primeiro é aquele que altera a realidade do mundo exterior; o segundo é a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido. E, por último, a tipicidade consistente na ação humana, que se encaixa em um modelo de conduta criminal determinada pelo legislador como infração penal.

A ilicitude é o segundo substrato da Teoria analítica do crime. Após a análise da tipicidade, passa-se a analisar a conduta sob a ótica da ilicitude, isto é, se permitida ou não pelo ordenamento jurídico.

A pergunta que devemos fazer, após o preenchimento do primeiro substrato da Teoria analítica, é: Será que a conduta, mesmo se adequando ao tipo legal, seria permitida pelo ordenamento jurídico naquele caso concreto?

O Código Penal prevê algumas causas excludentes da ilicitude, ou seja, mesmo que o fato seja típico, o direito permite sua prática segundo o caso concreto.

São elas a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

A culpabilidade, último substrato da teoria analítica, é o juízo de reprovação realizado primeiramente pelo legislador, e, posteriormente, realizado pelo juiz no caso concreto.

Enfim, após a análise dos dois substratos anteriores (fato típico e ilicitude), deve-se perguntar: Será que esse sujeito deve ser reprovado? Será que o agressor possuía higidez mental no momento da ação criminosa? Será que seria exigível uma conduta diversa da que ele tomou no caso concreto? Será que o agente tinha potencial consciência da ilicitude?

A culpabilidade também deve ser analisada sob a ótica de três elementos: a

imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

Preenchendo esses três elementos, a culpabilidade restará evidenciada, de modo que o sujeito deverá ser reprovado. Por exemplo: o agente atirou na vítima, que morreu por motivo dos disparos. A tipicidade e a ilicitude restaram evidenciadas, porém, ao se analisar a culpabilidade, descobre-se que o agente era portador de uma doença mental e que, ao tempo da ação, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, isto é, era um inimputável.

Neste caso, não há culpabilidade, e, segundo a teoria tripartida, não há crime. E, segundo a teoria bipartida, há crime, porém, o agente não será punido.

Por fim, ao passarmos rapidamente por todos os substratos, é importante que se diga que para o operador do Direito Penal, o que verdadeiramente importa para se definir o crime é o conceito analítico.

Pois bem, agora se faz imperioso o estudo da conduta, em especial, o finalismo.

3. FINALISMO

Com o passar do tempo, várias teorias da conduta se formaram. Entretanto, como este estudo tem o formato de artigo científico, não serão analisadas todas as teorias, haja vista a limitação de espaço. Passemos a tratar do Finalismo.

No finalismo, segundo o seu criador, Hans Welsel, a ação humana é um exercício de atividade final, isto é, toda ação humana objetiva a um fim; assim, a conduta humana relevante para o Direito Penal são as dolosas ou culposas (Elemento subjetivo).

Desse modo, só interessa para o Direito Penal a conduta dolosa e, em alguns tipos penais, também se admite a conduta culposa.

Não havendo o elemento subjetivo, não há que se falar de conduta, que, por sua vez, não há que se falar de fato típico, e, portanto, não há que se falar de crime.

4. ESPÉCIES DE CONDUTA (DOLOSA E CULPOSA)

Os elementos da conduta são: a vontade (o desejo de realizar a conduta), a exteriorização (a vontade que atinge o mundo exterior), a consciência (a compreensão dos dois elementos anteriores) e a finalidade (o objetivo da conduta).

As espécies de conduta, quanto ao elemento subjetivo, são o dolo, a culpa e o “preterdolo”.

A conduta dolosa é aquela em que o agente é consciente da sua ação, procede com vontade na busca de um resultado.

A conduta culposa ocorre quando o agente quebra o dever objetivo de cuidado, agindo, portanto, com negligência, imprudência ou imperícia. Na culpa, o agente não busca o resultado criminoso, porém, age inobservando o

dever de cuidado; causando um resultado não querido. Todavia, tal resultado era previsível.

A imprudência, *culpa in comittendo*, *culpa in faciendo* ou *culpa in agendo*, é uma conduta descuidada positiva, ou seja, uma conduta caracterizada por uma ação. Exemplo: Ultrapassar o limite de velocidade permitida.⁷³

A negligência, *culpa in omittendo*, é uma conduta descuidada negativa, ou seja, uma conduta descuidada comissiva. Exemplo: Falta de revisão dos equipamentos de segurança do veículo.⁷⁴

Reprisando o Mestre Nelson Hungria:

Tanto a imprudência quanto a negligência, há inobservância das cautelas aconselhadas pela experiência comum em relação à prática de certos atos ou emprêgo (sic) de certas coisas, mas, enquanto a imprudência tem caráter militante ou comissivo, a negligência é o desleixo, a inação, a torpidez. Uma é a imprevisão ativa (culpa in comittendo), outra é a imprevisão passiva ((culpa in omittendo)).⁷⁵

A imperícia é a falta de aptidão técnica.

Novamente, ensina e exemplifica o Mestre Nelson Hungria:

é a inobservância, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos técnicos, das cautelas específicas no exercício de arte ofício

ou profissão. Tão imperito é o cirurgião que, pouco versado em anatomia topográfica, pinça o pneumogástrico ao paciente ou corta-lhe um vaso sangüíneo (sic) de grosso calibre, quanto o engenheiro que, por erro (sic) técnico, constrói uma ponte sem a devida resistência, vindo ela a desabar sob o pêso (sic) que deverá suportar.⁷⁶

A modalidade culposa - negligência, imperícia, imprudência - é exceção, o que significa dizer que apenas alguns tipos penais admitem punição por culpa.

Para exemplificarmos, passamos analisar crimes contra a vida.

O Código Penal prevê apenas quatro crimes contra a vida: o homicídio, a participação em suicídio, o infanticídio e o aborto. Dentre os quatro crimes referidos, apenas o homicídio admite a modalidade de conduta culposa.

Em suma, o Código Penal dispõe da possibilidade de punição tanto do homicídio doloso, como culposo. Mas não dispõe a possibilidade de punição do crime de participação em suicídio, do infanticídio ou aborto na forma culposa. Somente dolosa.

Por fim, entende-se por “preterdolo” o dolo na conduta antecedente e a culpa, na consequente. Por exemplo, imagine que o agente somente queira estuprar a vítima: conduta dolosa. Todavia, por força de sua ação violenta,

⁷³ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI Patrícia. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2013. pg. 278.

⁷⁴ Ibid, pg. 279.

⁷⁵ HUNGRIA. Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol I. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. Pg. 197.

⁷⁶ Ibid. pg. 197.

a vítima acaba morrendo: conduta culposa. Enfim, tinha dolo na ação de estuprar, mas por culpa, acabou praticando também o homicídio.

5. ELEMENTO SUBJETIVO – DOLO

A conduta dolosa, como já dito anteriormente, possui os elementos: a vontade e a consciência.

Dessa forma, o agente deve possuir a vontade de praticar o ato e atingir o resultado, além disso, a consciência acerca de sua conduta, resultado e nexos causal. Tais elementos são chamados de volitivo e intelectual, cognitivo ou intelectual.

Quanto ao elemento intelectual, o agente deve ter consciência do que faz, do que pretende praticar.⁷⁷

Esse elemento intelectual, exigido pelo dolo, deve abranger todo o tipo objetivo, inclusive os elementos descritivos do tipo (a elementar “alguém” no crime de homicídio), os elementos normativos do tipo (a elementar “alheia” no crime de furto), os elementos negativos do tipo (a elementar “sem consentimento de quem de direito” no delito de violação de domicílio) etc.

A ausência de um elemento intelectual configura o chamado erro de tipo, mote deste estudo.⁷⁸

⁷⁷ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI Patrícia. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2013. pg. 263.

⁷⁸ Ibid. pg 264.

6. ERRO DE TIPO

O erro nada mais é do que a falsa percepção da realidade.

O festejado Professor Francisco de Assis Toledo lembra, no seu trabalho sobre o erro no Direito Penal, que:

“Um dos mais difundidos adágios expressa, em língua latina, verdade de que cada um pode constatar em sua própria experiência existencial; errare humanum est. Errar é humano, ou melhor, é um atributo do homem, faz parte da natureza humana. Não poderia, pois, a Ciência do Direito, que se situa entre s que têm por objeto fatos humanos, deixar de ocupar-se seriamente com tal fenômeno.”⁷⁹

No Direito Penal, esse erro pode incidir sobre elementos estruturais do delito (Erro de Tipo) ou na consciência da ilicitude da ação (Erro de proibição).

Segundo Reinhart Maurach:

“Erro do tipo é o desconhecimento de circunstâncias do fato pertinentes ao tipo legal, com independência de que os elementos sejam descritivos ou normativos, jurídicos ou fáticos. Erro de proibição é todo erro sobre antijuricidade de uma ação conhecida como típica pelo autor”⁸⁰

O erro de tipo se encontra no artigo 20 do Código Penal:

“O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas

⁷⁹ ASSIS TOLEDO, Francisco de. O Erro no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1977. pg. 1.

⁸⁰ MAURACH, Reinart. 1962, p. 142 apud BITENCOURT, 2007, p. 380

permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”

Imaginemos que alguém vá a uma festa e deixe seu chapéu na portaria. Ao sair, pega seu chapéu e retorna para casa. Dias após, nota que não se tratava do seu chapéu, mas, por ser do mesmo tamanho, mesma cor, mesma marca, supusera ser o seu e o levou. Neste caso, quase todos os elementos do tipo penal do furto foram preenchidos, menos um.

Dispõe o art. 155 do Código Penal:

*“Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.*

Pergunta-se: o sujeito que foi à festa subtraiu um chapéu? Sim.

Foi para si ou para outrem? Para si.

A coisa era alheia móvel? Sim, era um chapéu alheio. Entretanto, pensou que estava pegando uma coisa própria móvel. Houve um engano, um erro.

Neste caso, como não tinha consciência (elemento intelectual) de que estava levando uma coisa alheia móvel, mas, sim, sua, não há que se falar em uma conduta dolosa.

Devemos fazer outra pergunta: o erro cometido no exemplo foi vencível ou invencível? Invencível. Note-se que o agente levou um chapéu idêntico, pois, era da mesma marca, mesmo tamanho, mesma cor. Só percebeu dias depois.

Assim sendo, parece que não houve quebra do dever de cuidado, pois, mesmo que houvesse agido com diligência, teria se enganado. Deste modo, a culpa também deve ser afastada. Enfim, erro de tipo invencível afasta o dolo e a culpa. Vejamos outro exemplo:

Imaginemos que uma pessoa esteja passando por uma mata, avista um animal e atira para matar; entretanto, tratava-se de uma pessoa e, se o atirador fosse um pouco mais cuidadoso, entenderia que era uma pessoa e não atiraria. Note-se que no exemplo, seria possível que o agente não se enganasse se fosse mais diligente. Lógico que a consciência não estava presente, de modo a afastar o dolo, mas também não houve o devido dever de cuidado objetivo, de modo que a culpa restará intacta.

Neste exemplo, o erro foi vencível, de modo afastar o dolo, mas, sobreveio a culpa.

O erro de proibição, que não se confunde com o erro de tipo - explicado acima, se encontra no artigo 21 do Código Penal:

“O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”

Esclarecedor foi o exemplo dado pelo Professor Francisco Assis de Toledo, ao diferenciar os institutos:

“No delito de corrupção ativa (art. 333), ser o agente passivo “funcionário público” constitui elemento essencial do tipo. O conceito

de funcionário público – que é um conceito jurídico-normativo - conta na própria lei penal (art. 327). Quem oferece propina, para a prática de ato de ofício, a um empregado de entidade autárquica, ou paraestatal, supondo que essa espécie de empregado não se reveste da qualidade de funcionário público, incorre em erro de tipo. No crime de bigamia (art. 235), ser agente ativo “casado” constitui elemento jurídico-normativo do tipo, definido nas leis civis. Quem, sabendo-se casado, mas enganando-se sobre seu verdadeiro estado, por supor inválido o casamento anterior, casa-se civilmente de novo, antes da anulação ou do divórcio, incorre em erro de proibição”⁸¹.

Pois bem, não trataremos do erro de proibição, haja vista não ter relação com o evento ocorrido, mote deste trabalho.

Trataremos do erro de tipo, que é o que importa para o caso em discussão.

Para que entendamos melhor o erro de tipo é importante recordarmos, brevemente, o que já foi explicado acerca do dolo. A conduta dolosa é aquela em que o agente procede com vontade consciente na busca de um resultado. Seus elementos, portanto, são: a vontade (volição) e o conhecimento (cognição).

Se o agente pratica a conduta mesmo sem vontade (ex. coação física irresistível), ou pratica a conduta sem o conhecimento (ex. erro de tipo), não há que se falar em conduta dolosa.

Há duas formas de erro de tipo: Erro de tipo Essencial e Erro de tipo Acidental.

O erro de tipo essencial é o que recai sobre algum elemento do tipo penal, de tal forma que o agente não tem consciência de que está praticando um delito. Em suma, esse erro impede que o agente saiba que está cometendo um crime.

Com isso, exclui-se o dolo (se o erro essencial for vencível ou inescusável - art. 20, §1º, 2ª parte CP), permitindo a punição a título de culpa (se houver previsão legal).

Exclui-se o dolo e a culpa (se o erro essencial for invencível ou escusável - art. 20, §1º, 1ª parte, CP):

“...§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.”

O erro de tipo acidental é aquele que recai sobre elementos secundários da figura típica, que são irrelevantes para a configuração do crime, ou seja, não elimina nem o dolo nem a culpa.

As modalidades são: erro sobre o objeto (*error in objecto*), erro sobre a pessoa (*error in persona*), erro na execução (*aberratio ictus*), resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*) ou erro sobre o nexo causal (*aberratio causae*).

⁸¹ ASSIS TOLEDO, de Francisco – Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, pg. 268

Imagine-se que alguém queira matar seu desafeto, mas, ao desferir disparos de arma de fogo e cumprir seu intento, descobre que matou o irmão gêmeo do desafeto. Erro sobre a pessoa.

Responde como se tivesse matado a vítima almejada, ou seja, seu desafeto. Neste caso, não há nenhuma alteração do dolo, haja vista que teve vontade, desferir disparos de arma de fogo contra seu desafeto, e consciência, tinha conhecimento de que sua conduta o mataria.

Mas para esse singelo trabalho, também não nos importa estudarmos o erro de tipo acidental, mas só o essencial.

Retornando ao erro de tipo essencial, lembramos que suas duas espécies, vencível e invencível, excluem o dolo.

O erro de tipo essencial invencível exclui, além do dolo, também a culpa.

O erro de tipo essencial vencível exclui o dolo, porém, admite punição por culpa, quando prevista no tipo penal.

CONCLUSÃO

Antes de tratarmos do desfecho do processo envolvendo André e Mariana, devemos lembrar que ficou demonstrado nos autos que houve relação sexual entre os dois. Porém, como a denúncia Ministerial acusava o réu de ter praticado estupro de vulnerável, necessário se fazia, portanto, a demonstração das condições de vulnerabilidade da vítima quando do ato sexual.

As testemunhas e a comanda de consumo de bebidas do local do evento

evidenciaram que a vítima tinha consumido álcool naquela noite, mas não a ponto de colocá-la em situação de vulnerabilidade.

A contrário sensu, as versões da vítima, de sua mãe - que a encontrou após o ocorrido - e da análise das conversas de *whatsApp* - com erros grosseiros na digitação - levaram a crer que a vítima não estava em estado de normalidade.

Suspeitou-se, que a vítima tivesse sido dopada de forma involuntária, estando, portanto, em situação de vulnerabilidade. Porém, o laudo toxicológico e de alcoolemia não acusaram a presença de substâncias tóxicas no corpo da vítima.

Admitindo o órgão acusador que a prova acerca da vulnerabilidade da vítima era muito fraca, pediu a absolvição, sustentado pelo entendimento que o dolo do réu não estava demonstrado. Situação que se deu porque faltou um elemento da conduta dolosa: A consciência da vulnerabilidade da vítima. Se não há consciência, não há dolo.

Como já explicado, o erro de tipo é a falsa percepção da realidade. O erro de tipo exclui o dolo, pois, não teve o autor a consciência da vulnerabilidade da vítima no ato sexual.

Cabe, agora, definir se o erro foi vencível ou invencível.

Se o erro foi invencível, exclui-se o dolo e a culpa (dever objetivo de cuidado). No entanto, se o erro sobre a representação dos fatos era vencível, se houve falta do dever de cuidado,

a culpa subsiste, isto é, punição por estupro culposo.

Ocorre que, não existe estupro culposo.

Portanto o fato é atípico!

Enfim, o erro de tipo neste caso, sendo ele vencível ou invencível, não admite punição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *O Erro no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Vol I. 2 Ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1953.

JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 8. ed., v. 1, São Paulo: Atlas, 1994.

A CRIMINALIZAÇÃO DO STALKING

Juliana Caramigo Genmarini⁸²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar os elementos que compõem nova conduta criminosa inserida no Código Penal, por meio da Lei 14.132/21, denominada crime de Perseguição ou *Stalking*. A novel legislação inseriu o artigo 147-A no Código Penal, no capítulo VI do referido Códex, que trata dos crimes contra a liberdade individual.

PALAVRAS-CHAVE: Nova tipificação penal. Art. 147-A CP. Lei 14.132/21. Perseguição. Stalking.

RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo analizar los elementos que integran la nueva conducta delictiva incluida en el Código Penal, a través de la Ley 14.132 / 21, denominada delito de Persecución o Acecho. La nueva legislación incorporó el artículo 147-A del Código Penal, en el capítulo VI del citado Codex, que trata de los delitos contra la libertad individual.

PALABRAS CLAVE: Nueva tipificación penal. Artículo 147-A CP. Ley 14.132 / 21. Persecucion. Acecho.

INTRODUÇÃO

Você já ouviu dizer que alguém te “*stalkeou*” em uma rede social? Ou você já “*stalkeou*” alguém em uma delas? Então, é necessário atenção, pois isso pode caracterizar o novo crime introduzido no ordenamento penal brasileiro.

Em 31 de março de 2021, a Lei 14.132/2021 introduziu no Capítulo VI da Parte Especial do Código Penal um novo crime, denominado delito de perseguição, assédio persecutório ou também chamado “*stalking*”. A nova figura penal foi inserida no artigo 147-A do Códex Criminal.

Impulsionada pelo apelo midiático dos casos de perseguição praticados normalmente contra as mulheres em todo o território nacional, em especial, pelo meio digital, o Poder Legislativo aprovou texto, ora encaminhado pelo Poder Executivo, criminalizando a conduta. Posteriormente à aprovação, houve sanção por parte do Presidente da República, com a sua consequente publicação.

Mas “*stalkear*” alguém no Instagram ou no facebook, exemplos de redes sociais,

⁸² Mestre em Direito Político e Econômico e Pós-Graduada em Direito Penal e Processo penal, ambas

pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Professora FADIPA.

configuraria esse crime? Seria, de fato, necessária a criação de uma figura penal específica para coibir a prática?

É sobre isso que se trata este artigo.

1. ANÁLISE DA NOVA FIGURA DELITUOSA

O termo *stalking* tem sua origem na língua inglesa e significa perseguição persistente. Deriva do verbo *to stalk*, que significa perseguir. Porém, as palavras *stalk/stalking* têm seu uso direcionado ao caçador/ato de caça.

O *stalking* é um fenômeno sociológico, cuja motivação está ligada à violência doméstica, à vingança, ao ódio ou ao preconceito e tem sido praticado por diversos meios, não só o virtual. Porém, em razão do uso da tecnologia como forma mais recorrente de comunicação entre as pessoas, o meio virtual tem sido o mais utilizado, com o envio de mensagens por SMS e/ou aplicativos de mensagens instantâneas (whatsapp, telegram), e-mails, ligações, publicações de fatos ou boatos em redes sociais (instagram, facebook, etc). Na forma presencial, o perseguidor utiliza da remessa de presentes, espera da passagem da vítima pelos lugares e locais que frequenta, etc.

O crime enseja a conduta de:

“Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica,

restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

O legislador inseriu a nova figura na Seção I do capítulo VI do Código Penal, que trata dos crimes contra a liberdade pessoal e, portanto, o bem jurídico tutelado é a liberdade individual, consistente no direito de ir, vir e agir.

É a pessoa o objeto material do crime, sendo que o *Stalking*, perseguição ameaçadora, tem por fim atingir um indivíduo determinado.

Quanto aos sujeitos do delito, ativo e passivo, não há a exigência de qualidades específicas, ou seja, é um crime “bicomum”. O legislador apenas tratou de especificar vítimas especiais no parágrafo 1 do artigo 147-A e, neste caso, o agente passa a responder com aumento de pena.

A maioria dos casos que envolvem o *stalking* são praticados por homens em face de mulheres. (RAMIDOFFE, 2017).

O núcleo deste tipo consiste em perseguir, que significa incomodar, assediar, molestar, importunar, atormentar.

Importante apontar que não se trata de qualquer incômodo. O cerne da figura típica é a ameaça à integridade física ou psicológica da vítima. Essa perseguição deve conter atos concretos ameaçadores, portanto, é necessário que a perseguição seja obsessiva, insistente, que prive a liberdade e invada a intimidade a ponto

de provocar perturbação física e psicológica grave.

Neste sentido:

O que o agente faz, portanto, não é apenas incomodar a vítima, mas deixá-la sob seu controle, subjugar-la, para que sinta constante ansiedade e medo (angústia e temor), como expressamente consignado nas legislações australiana, norte-americana, portuguesa, irlandesa, holandesa, dentre outras. O stalking afeta a formação de vontade da vítima e atinge suas decisões e comportamentos, a levando a mudar seus hábitos, horários, trajetos, número de telefone, email e até mesmo local de residência e trabalho; degrada suas condições de vida. (COSTA, FONTES, HOFFMANN/2021)

Como apontado anteriormente, a conduta de perseguição pode ser executada por qualquer meio, indicando que o crime é de forma livre. Neste sentido, a infração penal admite sua prática pelo envio de mensagens, ligações telefônicas, espera de passagens da vítima pelos locais que frequenta, seguindo a pé ou de forma motorizada, etc. Importante que o meio empregado seja acompanhado da ameaça à integridade física ou psicológica, restrição à capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadir ou perturbar a esfera de liberdade ou privacidade da vítima.

Quanto a esta última - de qualquer forma, invadir ou perturbar a esfera de liberdade ou privacidade da vítima - trata-se de uma cláusula genérica que possibilita alcançar qualquer outra espécie de assédio persistente,

que possa implicar em restrição de liberdade ou privacidade. Mas importa alertar: não é necessário que a privação da liberdade de ir e vir seja efetiva, basta que haja limitação a esse direito.

O crime é de dano, sendo indispensável a demonstração dos atos concretos da ameaça, por parte do perseguidor, que sejam aptos a violarem a liberdade individual da vítima. Neste sentido, não se admite a presunção da ameaça apenas pela mera presença do agente no mesmo local da vítima, muito menos por frequentarem um mesmo local.

Ao utilizar o advérbio “reiteradamente”, o legislador deu ao crime o caráter de habitualidade. Portanto, para a configuração do crime, é preciso que a conduta seja insistente, repetida, com constância, ou seja, ações reiteradas e praticadas durante certo lapso de tempo. Entretanto, a lei penal não estabeleceu uma quantidade mínima de atos, bastando que não seja único, no mínimo, dois.

Neste ponto, muito mais do que a quantidade de atos praticados, a intensidade deles é que deve ser levada em conta para a configuração do delito. Explico. Veja os seguintes exemplos:

Maria é perseguida por 6 horas, ininterruptas, a pé, por Luiz, seu ex-namorado. Ela entra no supermercado e ali está ele. Quando pega seu celular, há uma mensagem que diz: "estou em seu encalço. não há como fugir".

Em outro, Joana recebe 3 mensagens do seu ex-namorado, dizendo: "estou em seu encalço. não há como fugir".

Os dois poderão configurar o crime em questão? Penso que não.

No primeiro exemplo, há dois atos: um, de perseguição e, outro, uma mensagem no celular. No segundo, três atos: três mensagens no celular. Num primeiro momento, poderíamos pensar que o segundo seria mais grave por conta do número de atos realizados, porém, a intensidade do primeiro é bem mais gravosa do que a segundo, por conta da perseguição a pé, na entrada ao supermercado e a mensagem no celular.

Aponte-se que, apesar de uma conduta isolada não ter o condão de configurar o crime de perseguição, também não torna a conduta atípica. Esta pode ensejar o enquadramento dos crimes de ameaça ou o de constrangimento ilegal, previstos nos artigos 146 e 147 do Código Penal, respectivamente.

O crime de *stalking*, por se tratar de crime habitual, uma vez que se aperfeiçoa com a reiteração de atos de perseguição, não admite a tentativa. Para os crimes que exigem a habitualidade, a consumação se dá com o exercício reiterado da conduta e, por isso, a interrupção do *iter criminis* não é possível, pelo próprio conceito de crime habitual.

Quanto ao elemento subjetivo, trata-se de um crime eminentemente doloso, ou seja, não há previsão de figura culposa expressa pelo

legislador. O agente realiza a conduta com vontade livre e consciente de perseguir, reiteradamente, a vítima, por meio da ameaça à integridade física e psicológica.

Num primeiro momento, entende-se que o crime exige o dolo específico para sua configuração, vale dizer, a perseguição se dá com o fim de restringir a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadir ou perturbar sua esfera de liberdade ou privacidade.

A pena é de reclusão, cujo mínimo é de 6 meses e o máximo de 2 anos, e multa. Trata-se, pois, de crime de menor potencial ofensivo, já que a pena máxima em abstrato é igual ou inferior a 2 anos, conforme artigo 9.099/95, alterado pela Lei 10.259/01. Portanto, aplicável a eles os institutos e procedimentos do Juizado Especial Criminal (transação penal e a suspensão condicional do processo).

Um ponto importante: para esse delito, não se admite a realização de acordo de não persecução penal, inovação trazida pela lei anticrime, uma vez que o delito já admite transação penal. A vedação à aplicação do instituto também se dá, por expressa disposição legal (art. 28-A, parágrafo 2 CPP), por se tratar de crime habitual e por envolver violência doméstica.

O art. 147-A prevê aumento de pena nos casos elencados no parágrafo 1º. *In verbis*:

“§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;
II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;
III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma”.

Trata-se, portanto, de uma causa de aumento de pena de metade daquela prevista no *caput* do artigo, quando verificadas uma das hipóteses previstas nos incisos, quais sejam, quando o crime for praticado contra criança, adolescente ou idoso (inc. I); quando decorrente de violência doméstica ou discriminação de gênero (inc. II); e em caso de concurso de agentes e emprego de arma (inc. III).

Quanto ao inciso I, o legislador optou pelo aumento de pena, em razão da maior vulnerabilidade da vítima. No que se refere ao inciso II, a majorante se deve em razão do crime ser cometido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino. E, no inciso III, quando envolver mais de uma pessoa na realização da conduta e no emprego de arma, pelo maior desvalor da ação.

No parágrafo 2º, o legislador aponta que as penas da perseguição são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Art. 147-A: (...)
§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Deste modo, se de algum ato de perseguição houver o emprego de violência, o agente responderá pelo delito do art. 147-A em concurso com o crime da violência empregada (ex.: lesão corporal).

Trata-se de um instituto que a doutrina chama de cúmulo material obrigatório, ou seja, o agente responde pelos dois crimes, somando-se as penas dos delitos correspondentes.

A ação penal é pública, condicionada a representação, ou seja, será necessário que a vítima se manifeste, represente em face do seu algoz, seja em sede policial seja judicial, para que a persecução penal seja iniciada.

2. AS REDES SOCIAIS E O STALKING

Depois de analisar o crime do artigo 147-A, pergunta-se: “*stalkear*” alguém nas redes sociais (Instagram, facebook, etc.) configuraria esse delito?

A resposta é: depende. E depende de quê?

Se a ação for a de perseguir alguém de forma obsessiva e insistente, privando a liberdade, invadindo sua intimidade a ponto de provocar perturbação física e psicológica grave.

De que forma? Por meio de mensagens por *direct*; fazer comentários abusivos nos *posts* da vítima; marcar fotos ou boatos falsos da vítima nas redes sociais; realizar ligações pelos aplicativos destas redes, de forma que a pessoa a

qual se persegue sinta-se com constante ansiedade, medo, angústia e temor.

A situação apresentada, configura *Stalking*.

Agora, se a intenção é apenas a de “xeretar” a vida da vítima, relaxa. Não há crime algum nesse ato!

3. NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE UMA NOVA CONDUTA

Seria necessário criar-se uma figura penal específica para coibir essa prática?

Note que antes da criação do crime de perseguição, a conduta de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade enquadrava-se no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, veja:

*"Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:
Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis"*

A infração, contudo, não apresentava a efetividade necessária para coibir a conduta, posto que possuía menor ofensividade, pois a pena prevista era de prisão simples e em quantidade bem inferior ao do art. 147-A do Código Penal.

Nem mesmo o crime de ameaça, previsto no artigo 147 do Código Penal, teria o condão de dar maior efetividade penal à conduta

de perseguição perturbadora, já que seus elementos não se enquadram na conduta do *Stalking* e a pena da ameaça é branda se compararmos com a ofensividade que o *Stalking* promove na vítima.

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Desta forma, para melhor adequação da conduta e da correspondente pena, levando em conta a ofensividade do bem jurídico tutelado, o legislador criou nova figura penal.

Discute-se se a revogação do artigo 65 das leis das contravenções penais, promovida pela Lei 14.132/21, foi acertada.

Tal reflexão tem sido feita, pois o texto do art. 65 da contravenção em nada se parece com o texto do artigo 147-A e, por isso, não se anulariam. Muito pelo contrário.

A contravenção poderia ser aplicada para coibir as ações não reiteradas da conduta de perseguição e que, ainda molestem ou perturbam a tranquilidade da vítima. Seria uma providência que o legislador poderia tomar mantendo, pois, uma infração subsidiária, quando não preenchidos, completamente, os elementos do crime de

perseguição. Porém, não quis assim o legislador. Resolveu promover a revogação.

A manutenção da contravenção em nada interferiria na conduta mais gravosa criada com elementos diferentes do crime de perseguição.

4. CONCURSO DE CRIMES E CONFLITO DE LEIS PENAIS

Ressalte-se que o crime de perseguição pode vir acompanhado de outras condutas tidas como delituosas. Por exemplo: falsa identidade, invasão de dispositivo informático, *revenge porn*, armas de fogo.

Quando o indivíduo cria e utiliza perfis falsos para a prática da perseguição, ele deverá responder pelo crime do art. 147-A em concurso com o art. 307, ambos do Código Penal.

“Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave”.

O fato de o sujeito ativo encobrir a sua identidade não torna a conduta de falsificação ante facto impunível, já que não é a única forma de execução do delito de perseguição. Por isso, a responsabilização por concurso de crimes e não pela aplicação do princípio da consunção/absorção.

É possível que o indivíduo não só pratique o *cyberstalking* (perseguição por meio virtual), mas realize o hackear do celular, computador ou outro dispositivo informático da vítima, violado indevidamente mecanismo de segurança para obter, adulterar ou destruir dados sem autorização, ou, ainda, instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Neste caso, tem-se a prática do crime do art. 154-A do Código Penal em concurso de crime com o do art. 147-A, também do Estatuto Penal.

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer

título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5o Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal;

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Não se pode falar na aplicação do princípio da consunção (um crime é absorvido pelo outro), uma vez que os bens jurídicos tutelados são distintos e, ainda, porque a invasão de dispositivo não é o único meio de prática do crime de perseguição.

Ainda, se o indivíduo envia mensagens ou persegue pessoalmente a vítima, informando que registrou fotos ou vídeos de nudez, ou as divulgou, responderá em concurso de crime com a figura prevista no art. 216-B ou 218-C, ambos do Código penal, conforme for a conduta, se de registro não autorizado da intimidade sexual ou a divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia.

“Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”.

“Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos”.

5. Descumprimento à medida protetiva de urgência

Quando a perseguição caracterizar ato de desobediência à medida protetiva de urgência, haverá concurso material entre a perseguição majorada - contra mulher, por razões da

condição de sexo feminino (art. 147-A, § 1º, II do CP) e o descumprimento de medida protetiva de urgência (art. 24-A da Lei Maria da Penha).

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Importante ressaltar que, apesar do crime de *stalking* ter pena maior, o que poderia ensejar apenas a sua aplicação em absorção à desobediência da medida protetiva, melhor alternativa será a aplicação do concurso entre as duas figuras.

6. Aspectos processuais

Em uma análise inicial, ao crime de perseguição não caberia a prisão preventiva, pois a pena máxima do crime não ultrapassa o patamar de 4 anos, exigência expressa do inciso I do art. 313 do CPP.

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:

No entanto, como a vítima do crime é preferencialmente a mulher, a custódia cautelar pode ser imposta com fundamento no art. 313, III do CPP.

“Art. 313: (...)

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”;

Ressalte-se que, no caso tratado não se recomenda o encarceramento provisório, possível a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, prevista no art. 319 do CPP, ou em uma das medidas de proteção à mulher, previstas nos arts. 22 a 24 da Lei Maria da Penha.

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a

determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos

do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica”.

“Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores,

ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I-encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da

sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida”.

No que se refere aos meios de obtenção de prova, é possível a sua realização por qualquer forma admitida pela lei, porém, cabível também a interceptação telefônica, uma vez que a pena do crime de perseguição é de reclusão, conforme exigência do art. 2º, III da Lei 9.296/96.

“Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

(...)

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”.

Contudo, não é cabível a captação ambiental, pois exige que o crime investigado possua pena máxima superior a 4 anos, conforme exigência do art. 8-A, II da Lei 9.296/96.

“Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

(...)

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas”.

A quebra de sigilo de dados telemáticos de localização, seja por operadoras de telefonia celular ou de provedores de internet, é possível, em especial, para identificar o agente perseguidor ou comprovar a importunação.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a criação do crime de perseguição, também chamado “*Stalking*”, tem elementos próprios para configuração quanto à responsabilização penal e,

de tal modo, dependerá do caso concreto para avaliar a sua configuração.

De todo modo, seria importante que o legislador tivesse mantido a contravenção penal prevista no art. 65 da lei especial, com a finalidade de coibir ações não reiteradas da conduta de perseguição e que, ainda molestem ou perturbam a tranquilidade da vítima.

O tipo penal é recente, com a introdução no ordenamento jurídico em 2021, sendo certo que a doutrina tem comentado o referido delito de forma inicial e a jurisprudência ainda não se formou, de maneira concreta, por conta do pouco tempo de vigência da conduta e dos processos envolvendo o delito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 14.132/2021. D.O.U 01/04/2021. Pág. 1. Seção 1. Extra E.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848/1940. Institui o Código Penal Brasileiro. D.O.U 31/12/1940.

BRASIL. Decreto-Lei 3689/1941. Institui o Código de Processo Penal Brasileiro. D.O.U 13/10/1941. Pág. 19699. Seção 1.

BRASIL. Lei 11.340/06. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do par. 8º do art. 226 da constituição federal, da convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher; dispõe sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher; altera o código de processo penal, o código penal e a lei de execução penal; e dá outras providências. D.O.U 08/08/2006. Pág. 1. Seção 1.

BRASIL. Lei 9296/1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal. D.O.U 25/07/1996. Pág. 13757. Seção 1.

CAMBRIDGE DICTIONARY. Versão online <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues>). Acesso em 21/09/2021.

COSTA, Adriano Sousa. FONTES, Eduardo. HOFFMANN, Henrique. Stalking: o crime de perseguição ameaçadora. <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policial-stalking-crime-perseguido-ameacadora> (acesso em 29/09/2021).

RAMIDOFF, Mário Luiz; TRIBERTI, Cesare. Stalking: atos persecutórios obsessivos ou insidiosos. Lei Maria Da Penha (11.340/06), Lei Antibullying (13.185/15) e Reforma Penal. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.