

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cinthia Obladen de Almendra Freitas; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-569-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito Penal. 3. Criminologia. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA

Apresentação

Em uma agradável tarde de sol da primavera chilena, nas dependências da aconchegante e receptiva Universidade de Santiago, o grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I reuniu-se com o propósito de discutir temas condizentes à dogmática moderna, seja do direito e do processo penal, seja no que diz respeito à política criminal e à criminologia. Os trabalhos ora apresentados revelam, como o leitor por certo verificará, o quão ecléticos, críticos e atuais são os temas e o quão comprometidos foram os autores na confecção dos textos. São eles, pela ordem do livro, identificados por título, autor (es) e breve resumo, os seguintes:

O primeiro, cujo título é “a criminalização do stalking no Brasil sob o olhar da criminologia crítica”, dos autores Ana Luísa Dessoy Weiler , Alexandre Juliani Riela e Joice Graciele Nielsson, busca avaliar a criminalização do stalking no Brasil com a Lei nº 14.132/2021 sob o olhar da criminologia crítica e do endurecimento da lei penal. O problema de pesquisa parte da seguinte indagação: em que medida a criação de nova lei incriminadora é eficaz para o combate efetivo do stalking? Parte-se da hipótese de que a lei penal tem um caráter simbólico e seletivo, e que a lei do stalking não combate o fenômeno de forma efetiva visto ser a lei insuficiente para uma mudança cultural. Os objetivos específicos da pesquisa estruturam o texto em três seções: a) discutir os processos de criminalização do sistema penal a partir da criminologia crítica de Alessandro Baratta; b) caracterizar o fenômeno do stalking a partir de sua conceitualização e da sua função fenomenológica; c) a criminalização do stalking no Brasil e seus efeitos. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O segundo, cujo título é “a violência institucional e a saúde psicofisiológica dos agentes de segurança pública na contemporaneidade”, também dos autores Alexandre Juliani Riela e Ana Luísa Dessoy Weiler: tem por objetivo fazer uma análise sobre a violência institucional frente à saúde mental dos agentes de segurança pública do Brasil, tanto no aspecto interior quanto exterior aos ergástulos. O problema que orienta a pesquisa parte do seguinte questionamento: em que medida a violência institucional adoece mentalmente os agentes de segurança pública no Brasil, limitando ou impedindo a sua atuação? Parte-se da hipótese de que os agentes de segurança pública estão com sua saúde mental fragilizada, uma vez que, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), no ano de 2019,

morreram mais policiais por suicídio do que em serviço. Os objetivos específicos da pesquisa se desdobram nos seguintes tópicos: a) perceber de que modo a violência institucional impacta o agente de segurança pública; b) discutir a saúde mental do agente de segurança; c) analisar quais as soluções viáveis para a preservação da saúde mental dos agentes de segurança pública no Brasil. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O terceiro trabalho tem por título a “análise da evolução da finalidade das sanções de natureza criminal: das ordenações reais ao Código Criminal do Império”, dos autores Romulo Rhemo Palitot Braga, Mariana Soares de Moraes Silva e Ricardo Henrique Lombardi Magalhães. No texto, os autores enfocam que, ao longo dos séculos, houve substanciais mudanças no Direito brasileiro acerca das questões de natureza criminal, de modo que houve um afastamento das penalidades muito severas. O texto busca compreender tal processo evolutivo, visando aferir a finalidade das normas de natureza criminal em momentos anteriores da História pátria, bem como objetiva verificar se as sanções de natureza criminal se afastaram da ideia de atemorizar a população. Foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, em uma pesquisa descritiva e qualitativa. Concluiu-se que houve uma notória evolução das sanções cominadas para as práticas das condutas que foram tidas como criminosas, de maneira que se buscava a prevenção geral contra o cometimento de crimes através da atemorização da população diante da rigidez das normas “criminais” que já estiveram vigentes, ao passo que, atualmente, se busca, ao menos em tese, a ressocialização daqueles que cometeram delitos.

Em “breves considerações bioéticas e penais sobre o aborto após tentativa de suicídio”, os autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Camila Martins de Oliveira e Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire Ramos exploram, a partir de pesquisa qualitativa e com o emprego de raciocínio dialético, uma situação ocorrida em São Paulo, em que uma mulher foi denunciada por aborto em ocasião na qual, estando grávida e deprimida, ingeriu veneno para ceifar a própria vida. A situação, estudada com ingredientes de política criminal e da bioética, expõe a ingerência do direito penal nas situações de vida em geral, e reclama uma maior e melhor reflexão sobre a violação ao princípio da ultima ratio ante a casos de emprego simbólico. Sem a análise das provas e do processo em si, mas apenas do fato e da denúncia oferecida, não se tem por qualquer pretensão interferir no julgamento do caso, mas valer-se dele para uma discussão transdisciplinar do direito e, em especial, no caso que serve de lastro à pesquisa, questionar a existência de dolo, da imputabilidade penal da gestante, da conduta do médico que comunicou o fato às autoridades e, por fim, da obediência ou não à diretriz do direito penal mínimo.

O quinto trabalho, cujo título é “colonialismo tardio e crimes patrimoniais: a funcionalidade da seleção dos crimes de pequena monta para o marco de poder planetário contemporâneo”, da autora Dorcas Marques Almeida, externa que a estrutura do poder global alterou-se substancialmente desde a segunda metade do século passado e, conseqüentemente, o poder punitivo também passou a ser manejado com a finalidade de atender a fins distintos. Anteriormente, o sistema punitivo era utilizado sobretudo com a finalidade de preservar a integridade das sociedades de consumo, porém, atualmente, o sistema punitivo é utilizado com a finalidade de dilapidar a autonomia das democracias. Diante desse cenário, o presente artigo tem como objetivo investigar se os crimes patrimoniais ainda são selecionados pelo poder punitivo e, em caso positivo, qual é a funcionalidade da seleção desses crimes para a estrutura de poder que contemporaneamente rege o globo. Para responder aos referidos questionamentos, o presente artigo adotou a revisão da literatura como metodologia e elegeu os autores Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos como marco teórico, sendo que a análise da obra dos referidos autores conduzirá à conclusão de que a seleção dos crimes patrimoniais é primordial para a estrutura de poder que contemporaneamente rege o globo e que, conseqüentemente, a seleção típica da estrutura de poder anterior foi aprofundada em níveis abissais.

O sexto texto tem por título o “controle judicial do acordo de não persecução penal”, e foi escrito por Jaroslana Bosse. O trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de controle jurisdicional quando houver negativa injustificada de oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público. A Lei Federal n. 13.964/2019, que introduziu essa espécie de acordo como um novo modelo de resolução consensual de conflitos criminais, não deixou muito claro se o benefício se trata de um direito subjetivo do investigado ou de uma discricionariedade do Ministério Público. Ainda mais, caso o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos para o acordo e exista negativa injustificada por parte do Ministério Público, outro questionamento pertinente é se o Magistrado pode ou não exercer algum tipo de interferência. No trabalho é analisado o caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou decisão do Juiz de primeiro grau que rejeitou denúncia, considerando a ausência de interesse de agir, diante da recusa infundada do Ministério Público em propor o acordo. Verifica-se, ainda, que o precedente é importante para a construção de uma via interpretativa na qual o Acordo de Não Persecução seja compreendido como um direito subjetivo do investigado.

Em “criminologia midiática: a agenda setting theory e o sensacionalismo como instrumentos fortalecedores do totalitarismo financeiro”, escrito por Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira. Nele, a autora propõe o estudo da relação existente entre o direito penal e a mídia com o conseqüente fortalecimento do totalitarismo financeiro através da utilização da agenda

setting theory e do sensacionalismo. Considerando-se a inexistência de uma assepsia política relativa ao direito penal, é possível afirmar que há um viés ideológico excludente e etiquetador em seu conteúdo. Tal escolha política favorece o totalitarismo financeiro e possui a mídia como um de seus instrumentos fomentadores, até porque esta está incluída naquele. A produção midiática veiculada conduz à transformação das vítimas do totalitarismo financeiro a adeptas de suas ideias. Nesse sentido, a mídia possui o condão de auxiliar na incidência do controle social punitivo em um público previamente etiquetado como “inimigo”, fortalecendo o totalitarismo financeiro a partir da manutenção de seu poder, tendo o sensacionalismo como uma ferramenta para ocultar os reais problemas e, por conseguinte, dificultar uma genuína transformação da sociedade.

O oitavo trabalho, “da teoria hermenêutica constitucional em Häberle e do método penal: sobre a conformação do direito penal na jurisdição constitucional”, de autoria de Renato Almeida Feitosa, faz uma análise crítica da teoria hermenêutica constitucional de Peter Häberle à luz do método penal, considerando a necessidade de ponderar e limitar a extensão da chamada “sociedade aberta dos intérpretes” como expressão de uma teoria constitucional democrática que ganha cada vez mais adeptos como instrumento metodológico de controle e afirmação dos valores constitucionais. O cotejo entre essas duas linhas metodológicas visa demonstrar a inviabilidade da abertura axiológico-normativa que esta teoria hermenêutica pretende dar, quando afeta à concreção do direito penal, haja vista as premissas epistemológicas de validade e eficácia do direito penal como condição mesma de preservação dos moldes de um Estado Democrático de Direito, nomeadamente do princípio da legalidade e seus corolários. Desta feita, traz-se como caso paradigma da problemática o precedente do STF (ADO nº 26) que ampliou o espectro de incidência da norma penal, subsumindo a homofobia à proibição normativa prevista no tipo penal que teria por objeto o combate ao preconceito de raça e cor. Nesta pesquisa, são tratados os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional e das estruturas da teoria do crime e da teoria hermenêutica constitucional, evidenciando o caráter inconciliável destas.

O nono trabalho, intitulado “o Direito penal do inimigo como expressão do biopoder”, dos autores Lauro Mens de Mello, Rodrigo Francisconi Costa Pardal e José Antônio de Faria Martos, tem como objetivo o estudo conceitual da ideia de biopoder a partir de Foucault com a vida como objeto de controle, regulação e domesticação, relacionada com o poder disciplinar. Objetiva ainda uma análise do discurso relativo ao direito penal do inimigo em que se adota um conceito não ontológico, mas funcional de cidadão, que permite afastar esse status em determinadas condições. Analisa-se ainda a questão dos arquétipos de Jung que, a partir das representações, concebem forma de atuação do biopoder e que este difunde e legitima o direito penal do inimigo. Como resultados pretende-se demonstrar a forma de

como opera o biopoder com a lógica de imunização voltada ao corpo social, com o discurso pseudo-legitimador de se manter a coesão social e como o biopoder é uma forma dissimulada de dominação sem o desgaste inerente ao confronto direto. Como conclusão constata-se o surgimento do direito penal do inimigo como forma de aniquilação do status de cidadão e transformação em homo sacer.

Em “dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas: a natureza da substância enquanto vetor ilegal de criminalização da pobreza”, os autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Renata Pereira Mayrink externam que, definida a responsabilidade criminal de determinado cidadão, ou seja, afirmado depois de um processo que tramite em contraditório judicial, que alguém foi o autor de um fato típico, ilícito e culpável, o juiz do caso tem o dever legal de individualizar a pena. O primeiro passo para dosimetria da pena é a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas, para os casos em que o autor incorrer em algum dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/2006, ou seja, violar uma norma penal incriminadora da Lei de Drogas, o juiz deverá se ater a critérios particulares de individualização da pena, estabelecidos no artigo 42 da legislação especial. O objetivo da pesquisa é analisar a aplicação desses critérios mencionados da Lei de Drogas, especialmente o critério natureza da substância, como mecanismo de concretização de uma política penal seletiva. Para tanto, a metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos, além de doutrinas sobre o tema.

O décimo primeiro trabalho que se apresenta é o seguinte: “emoções e moralidade no tribunal do júri: notas sobre o uso de cartas psicografadas no julgamento do caso boate Kiss”, das autoras Carolina de Menezes Cardoso Pellegrini, Marina Nogueira de Almeida e Ana Paula Motta Costa. O texto tem como objetivo apresentar considerações preliminares acerca do uso de cartas psicografadas no Tribunal do Júri. Como cenário base para a discussão, utiliza-se o caso da Boate Kiss, no qual a defesa utilizou-se de carta supostamente psicografada de uma das vítimas, como forma de tentativa a atenuar/isentar a culpa do réu. Nesse sentido, o ensaio norteia-se pela seguinte pergunta de pesquisa: “como cartas psicografadas afetam as emoções e moralidades no Tribunal do Júri?”. Compreendendo o panorama constitucional do tribunal do júri e seus princípios norteadores, além de que é possível refletir sobre uma reconfiguração do cenário que mescla política e sentimento, como forma de impactar e mobilizar – tal qual o fez Cláudia Fonseca (2018), embora com objeto de pesquisa diverso, parte-se da hipótese de que o uso de cartas psicografadas no Tribunal do Júri tem sua força pautada, antes de tudo, pelo caso específico em julgamento – no caso, um evento traumático.

Em “gênero, raça e classe como estruturadores históricos das prisões brasileiras”, a autora Magali Gláucia Fávoro de Oliveira examina as opressões cruzadas de gênero, raça e classe

como estruturadores históricos das prisões brasileiras. Para tanto, por meio do método dedutivo e com base em bibliografia regada por autores e autoras negras, inicialmente, analisou-se o problema de desigualdades e discriminação racial no Brasil, como esqueletos sociais reproduzido pelas instituições. Outrossim, por meio de uma linha histórica legislativa, do Brasil-colônia à contemporaneidade, traçou-se o viés incriminador nos quais nasceram e ainda permanecem as prisões brasileiras, vivificadas em uma era de abolição da escravatura de um lado, compensada de outro, pela criminalização da cultura e do modo de vida do povo preto, bem como pelos inúmeros incentivos de migração do povo europeu para o país. Diante das construções realizadas, ao fim, foi possível compreender que a mulher, preta e pobre, tem a cor, o sexo e a classe preferida do sistema de justiça criminal, compondo hoje uma proporção relativamente pequena entre as populações carcerárias ao redor do mundo, mas figurando o setor de mais rápido crescimento dentre as pessoas presas.

O décimo terceiro texto, que tem por título “ineficiência punitiva do art. 60 da Lei de Crimes Ambientais: sua comparação com as sanções cominadas às infrações administrativas”, dos autores João Victor Baptista Magnavita e José Claudio Junqueira Ribeiro, externa que “a Política Nacional do Meio Ambiente veio inaugurar um novo patamar de preocupação com o bem ambiental à medida em que se consubstancia em um dos mais importantes documentos legislativos sobre políticas públicas ambientais em solo pátrio. Dessa forma, pinçando um de seus instrumentos, o licenciamento ambiental, busca-se no presente estudo entender se os enunciados relativos a esse instrumento, elencados em forma de sanções administrativas e criminais, realmente servem como suporte que compele o agente infrator a cumprir a legislação ambiental. Cabe mencionar, ainda, que a pesquisa desenvolvida se utilizou da metodologia da pesquisa qualitativa, ao se apoiar na filosofia fenomenológica do que se propõe a estudar, do método de pesquisa explicativa uma vez que se preocupa em identificar os fatores e quesitos que determinam para a ocorrência de determinados fenômenos jurídicos estudados. Ademais, para fundamentar o presente trabalho, utilizou-se do método indutivo que foi conduzido pelas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, revelando, portanto, a base na qual se construiu o estudo em comento.

Em “mandados de criminalização, tratados internacionais e enfrentamento à corrupção”, os autores Antônio Carlos da Ponte e Cintia Marangoni tratam do combate às práticas de corrupção, verdadeira chaga que subtrai preciosos recursos públicos da sociedade, no contexto da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e do princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição da proteção deficiente. Para tanto, perpassou-se pelos instrumentos atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo os Tratados Internacionais firmados pelo Brasil no combate à corrupção, que também devem ser percebidos como mandados de penalização (diante do disposto no artigo 5º, §3º, da

Constituição Federal de 1988), a fim de compreender-se o quanto ainda se poderá avançar nesta seara. Assim, o presente estudo ressalta a compreensão do crime de corrupção como um claro atentado aos direitos humanos, na medida em que priva o Estado de investimentos que seriam destinados à população, motivo pelo qual questiona-se sua inclusão no rol dos crimes hediondos, além de sua tipificação no âmbito privado, em atendimento a mandado constitucional implícito de criminalização e respeito ao princípio da proibição da proteção deficiente.

O décimo quinto texto tem por título “mesclagem de dados eleitorais em proveito do banco multibiométrico: Lei de Identificação Penal e Proteção de Dados Pessoais”, e foi escrito por Raissa de Cavassin Milanezi e Cinthia Obladen de Almendra Freitas. Nele, revela-se que o Pacote Anticrime inseriu na Lei de Identificação Criminal, Lei n.º 12.037/2009, o Banco Multibiométrico, que tem como objetivo armazenar dados biométricos, de impressões digitais e, quando possível, íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais e identificar civilmente o indivíduo não identificado. Busca-se analisar juridicamente o referido Banco de Dados, sob a perspectiva da proteção de dados e de violação a direitos humanos e fundamentais, frente à sociedade de controle e vigilância. O problema de pesquisa tem por base a seguinte interrogação: Permite a legislação brasileira, em termos de garantias constitucionais penais e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a mesclagem de dados eleitorais e dos institutos de identificação em prol da persecução criminal? Para tanto, a pesquisa utilizou método dedutivo, em que foi realizado levantamento bibliográfico de livros, teses e dissertações com os descritores indicados abaixo. Ao final, a chegou-se à hipótese de que a mesclagem de dados na forma como está disposta na Lei de Identificação Criminal viola diversos preceitos penais e da LGPD.

Em “o ANPP – Acordo de não persecução penal e a revisibilidade jurisdicional do mérito do ato administrativo”, os autores Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro apresentam como tema o acordo de não persecução penal – ANPP e externa que os mecanismos negociais têm se mostrado como tendência no âmbito criminal, com a possibilidade de aplicação de consequências penais sem a necessidade do devido processo legal, abreviando o lapso temporal entre o suposto cometimento da infração e a execução penal. Dessa forma, a pesquisa questiona se a realização dessa justiça negocial criminal produziria uma espécie de administrativização da justiça e quais seriam os seus efeitos para o exercício do poder punitivo. Objetiva-se, de maneira geral, analisar o instituto do ANPP e a jurisprudência correlata no que tange à natureza jurídica e ao controle judicial sobre seu não oferecimento. O procedimento de pesquisa observou uma metodologia dedutiva, com auxílio da técnica de análise de jurisprudência. Complementarmente utilizou-se uma metodologia exploratória para pesquisar a jurisprudência correlata ao ANPP. Conclui-se que o acordo de não

persecução penal vem sendo interpretado como não constituindo direito subjetivo do acusado, bem como pela realização do fenômeno da administrativização do poder punitivo, tendo em vista a substituição de atores judiciais por atores administrativos na condução dos mecanismos negociais e que a posição em que os tribunais têm se colocado, de negar a revisão jurisdicional, parece conflitar com o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O décimo sétimo texto, “o contexto histórico de valorização dos direitos humanos e a violação da dignidade humana no sistema carcerário”, é de autoria de Renata Pereira Mayrink e Rômulo Luis Veloso de Carvalho. Nele se externa que a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana é incontestável na atualidade, mas, apesar de supremo, é um valor continuamente afastado. A pesquisa visa estudar a atual crise do sistema carcerário nacional, sob o enfoque da dignidade humana, com o objetivo de criticar as sistemáticas violações a esse direito fundamental. Inicialmente analisou-se o contexto histórico de surgimento dos direitos humanos, em seguida a crise no sistema carcerário nacional e as constantes violações ao valor essencial da dignidade humana. Por fim, conclui-se pela necessidade de uma reforma em diversos setores que lidam com a execução penal, já que a atual situação de mazela dos cárceres nacionais não pode ser atribuída a apenas um fator, mas sim a diversos que se somam. Acima de tudo é preciso que haja a máxima efetivação dos direitos humanos, sobretudo da dignidade humana dos encarcerados. A metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos e jurisprudência nacionais e internacionais, doutrinas sobre o tema e vídeos.

Em “o direito penal e os reflexos dos avanços neurocientíficos: uma análise acerca da culpabilidade”, Júlia Gabriela Warmling Pereira, autora do texto, destaca que a relevância sobre as descobertas neurocientíficas inaugura uma nova era. E na medida em que as suas investigações vêm avançando, através de novas tecnologias de mapeamento cerebral, têm revelado localizações específicas de eventos cerebrais, os quais permitem inferir a crescente aproximação entre a neurociência e o direito. As ambições neurocientíficas têm se expandido e se impregnado na sociedade, situação que acarreta um peso maior nas leis e, diante desse fato, as questões atinentes ao direito merecem atenção para que se tenha uma inserção adequada à realidade. O direito e a neurociência constituem um tema com diversas implicações de cunho social, ontológico e metodológico, necessitando ser analisado, essencialmente, sob o aspecto dogmático penal, particularmente no tocante à culpabilidade penal. No que concerne às discussões acerca do direito penal, nota-se que transcende deste âmbito as investigações a respeito do comportamento humano. Compreende, também, o interesse em analisar a conduta humana e a própria questão do livre-arbítrio, igualmente relevante às neurociências. Não há dúvida de que as possíveis repercussões para o direito

penal constituem um tema que tem levado diversos doutrinadores a se debruçar sobre as pesquisas, as quais devem ser analisadas com as cautelas devidas.

O décimo nono trabalho que compõe o livro tem por título “o exame criminológico sob a perspectiva crítica: apontamentos sobre a Súmula Vinculante nº 26 como política criminal”, e foi escrito por Jéssica Cristina de Moraes, Eduardo Bocalete Pontes Gestal e Sergio Nojiri. O texto objetiva analisar a construção dos pensamentos criminológicos e sua contribuição para uma lógica de controle social idealizada a partir de mecanismos de exclusão e institucionalização (encarceramento) em massa, tendo como base de investigação a súmula vinculante nº 26 que possibilitou o uso continuado do exame criminológico como ferramenta de avaliação de progressão de regime na contramão da nova redação do artigo 112, da Lei de Execução Penal, pela Lei n.º 10.792/03, a qual havia revogado esta perícia nesse contexto da execução da pena. Para tanto, faz-se uma breve passagem sobre os discursos presentes nas escolas criminológicas, traçando um caminho entre os pensamentos criminológicos da Escola Clássica à Positiva à Sociológica até a Criminologia Crítica, demonstrando como o “outro” (apenados, doentes mentais, pessoas sem ocupação e demais indivíduos que não contribuíssem com a sua força de trabalho) sempre esteve na posição política e social de membro não desejável na sociedade. Após, discorre-se acerca do exame criminológico e do seu uso durante a Execução Penal relacionado à apuração de mérito subjetivo à progressão de regime. Destaca-se, ainda, os pontos de embate entre referenciais apoiadores e contrários ao uso do exame, na medida em que vislumbramos que essa perícia otimiza o período de cumprimento de pena em regime mais gravoso e reverbera as problemáticas do sistema penal na prática. Finalmente, são tecidos comentários acerca da possível existência de fatores político-ideológicos na atuação Supremo Tribunal Federal com a edição Súmula vinculante nº 26.

No texto “o futuro da educação prisional: educação à distância sustentável” o autor Nelcyvan Jardim dos Santos expõe ser necessário conhecer as tendências futuras nos programas de educação e ensino. Neste artigo ele se concentrou em fornecer perspectivas sobre o futuro dos programas educacionais, necessidades de alunos e professores para uma educação inovadora e ao mesmo tempo suprir as necessidades de desenvolvimento educacional aos que estão privados de liberdade. Apresenta, ainda, vantagens em detrimento dos recursos humanos, segurança dos professores e acesso ao ensino a todos os detentos por meio dessa modalidade. Apesar do acesso à educação nos presídios se encontrar estampado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Lei de Execução Penal, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, além de outras normativas, faz-se necessário mostrar que esses indivíduos, esquecidos pela sociedade, também têm direitos, capacidade e possibilidades reais de uma harmônica integração social. O desenho do artigo contempla a abordagem

bibliográfica e documental e tem como objeto de estudo compreender os cenários educacionais do futuro, na aplicação da Educação à Distância nas unidades prisionais, como fator de valorização dessa modalidade de ensino para concretizar os direitos dos reclusos e minimizar a ausência de oferta educacional nos centros penitenciários nacionais.

Em “os estabelecimentos penais e os dados frente ao Covid-19”, a autora Ana Eduarda Bazzo Pupim realiza um estudo sistemático dos estabelecimentos penais frente a pandemia do Covid-19 e conclui, com dados do Infopen, que o sistema carcerário brasileiro é precário, desigual e violador de direitos básicos. Quinze vírgula três por cento (15,3%) das pessoas que se encontram em regime fechado deveriam estar em regime semiaberto ou até liberados, isto antes da pandemia; contudo, as regras de sanitização para o combate do Covid-19 não modificaram a realidade, porquanto difíceis de serem colocadas em prática. Na verdade, 81.214 de presos e servidores foram infectados com o Coronavírus, ou seja, 13,6% do sistema carcerário considerando a população de 2019, e 11,5% se considerada a população de presos de 2020, demonstrando a atual necessidade de reforma do sistema penitenciário brasileiro.

Em “progressão de regime em crimes hediondos no Supremo Tribunal Federal: uma análise empírica pela Súmula Vinculante 26”, dos autores Ana Clara Macedo Jaccoud, Pedro Burlini de Oliveira e Raphaël Tinarrage, discute-se que uma das principais discussões que circundam a execução penal dos crimes hediondos é a possibilidade de exigência de exame criminológico como requisito para progressão de regime. Isso porque, esse exame já foi obrigatório em Lei, a qual após revogada gerou uma lacuna que a Súmula Vinculante nº 26 (SV 26) do Supremo Tribunal Federal buscou colmatar. Frente a tal lacuna e as discussões emergentes, foi realizado um estudo empírico sobre o comportamento de casos no STF que pedem a progressão de regimes para condenados por crimes hediondos ou assim equiparados, verificando as nuances da aplicação dos requisitos para essa progressão. Para tanto, a pesquisa contou com uma produção empírica baseada em métodos de Machine Learning, a partir da criação de um modelo treinado para identificar decisões do STF relacionadas à SV 26. Além disso, o artigo apresenta uma exposição teórica sobre aspectos dogmáticos do exame criminológico e sua expressão jurisprudencial do STF. A partir dessa verificação, foram expostas descobertas sobre a persistência da exigência do exame e sobre a concentração de processos no STF tratando da progressão de regime nesses tipos de crimes.

No artigo “stalking e a tipificação do crime de perseguição da Lei 14132/21- um amparo à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade”, as autoras Evandra Mônica Coutinho Becker e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão discorrem que o stalking é um fenômeno cuja marca e as facetas são múltiplas. Tomados isoladamente, a miríade de

atos dos perpetradores, geralmente, não é ilegal em si. Esse aspecto explica, em parte, porque o stalking só é percebido tardiamente pela vítima, o que significa que a persecução penal só intervém muito tempo depois. Frequentemente, vários comportamentos de assédio não se enquadram na lei penal porque, tomados isoladamente, não parecem ameaçadores (como, enviar flores ou presentes). No entanto, a gama de atos de perseguição concebíveis é ampla e pode incluir crimes como: danos à propriedade ou transgressão, que podem ser, por si só, objeto de queixa. A presente pesquisa tem como objetivo geral apresentar a tipificação do stalking como crime mediante a legislação brasileira bem como a infração de direitos do cidadão. Assim, os objetivos específicos deste artigo buscam, conceituar o que é stalking e o que o abrange, explicar e descrever a tipificação do ato de stalking como crime na legislação brasileira, bem como a responsabilidade civil que o imputa, apresentar e descrever os direitos fundamentais do cidadão, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana e por fim, descrever como o crime de stalking fere os direitos da personalidade garantidos ao cidadão. Para desenvolvimento da pesquisa, as autoras se valeram do método de revisão bibliográfica. Por fim, concluiu-se que a lei 14.132/2021 foi essencial para especificar de forma clara e concreta o crime de stalking na atualidade, principalmente, mediante os avanços tecnológicas e a disponibilidade de diversas ferramentas para efetuar tal crime.

Observa-se, assim, que, como foi inicialmente dito, os autores incumbiram-se do compromisso de serem críticos e corajosos com vistas à maior e melhor adequação das práticas ao texto constitucional e das demandas da contemporaneidade em prol de um modelo integrado, proativo e transformador de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) uma ótima leitura! É o que desejam os organizadores.

Prof.a Dr.a Cinthia Obladen de Almendra Freitas- PUC-PR - cinthia.freitas@pucpr.br

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC - matheusfelipedecastro@gmail.com

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC – Dom Helder – Escola de Direito -
lgribeirobh@gmail.com

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO, TRATADOS INTERNACIONAIS E ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO

WARRANTS CRIMINALIZATION, INTERNATIONAL AGREEMENTS AND THE FIGHTING CORRUPTION

Antonio Carlos da Ponte ¹
Cintia Marangoni ²

Resumo

O presente artigo trata do combate às práticas de corrupção, verdadeira chaga que subtrai preciosos recursos públicos da sociedade, no contexto da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e do princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição da proteção deficiente. Para tanto, perpassou-se pelos instrumentos atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo os Tratados Internacionais firmados pelo Brasil no combate à corrupção, que também devem ser percebidos como mandados de penalização (diante do disposto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988), a fim de compreender-se o quanto ainda se poderá avançar nesta seara. Assim, o presente estudo ressalta a compreensão do crime de corrupção como um claro atentado aos direitos humanos, na medida em que priva o Estado de investimentos que seriam destinados à população, motivo pelo qual questiona-se sua inclusão no rol dos crimes hediondos, além de sua tipificação no âmbito privado, em atendimento a mandado constitucional implícito de criminalização e respeito ao princípio da proibição da proteção deficiente.

Palavras-chave: Mandados de criminalização, Crimes de corrupção, Tratados internacionais no combate à corrupção, Princípio da proporcionalidade, Proibição da proteção deficiente

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the fight against corruption practices, a true disease that subtracts precious public resources from society, in the context of the theory of constitutional criminalization warrants and the principle of proportionality, in its aspect of "Untermassverbot". To this end, it went through the instruments currently existing in the Brazilian legal system, including the International Treaties signed by Brazil against corruption, which should also be perceived as criminalization warrants (in view of the provisions of article 5, §3, of the Federal Constitution 1988), in order to understand how much further progress can be made in this field. Then, the present study emphasizes the understanding of the crime of corruption as a clear attack on human rights, insofar as it

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Doutor em Direito Processual Penal e Livre-Docente em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

² Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo e Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

deprives the State of investments that would be destined for the population, which is why its inclusion in the list of heinous crimes is questioned, in addition to of its classification in the private sphere, in compliance with the implicit warrants criminalization and respect of "Untermassverbot".

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Warrants criminalization, Corruption, International conventions in combating corruption, Principle of proportionality, "untermassverbot"

1 Introdução

Este estudo abordará as implicações da teoria dos mandados constitucionais de criminalização no enfrentamento à corrupção, inclusive diante dos documentos internacionais firmados pelo Brasil que propõem o recrudescimento do combate a este fenômeno mundial.

Neste intento, o presente artigo foi sistematizado em quatro partes.

O primeiro tópico tratará dos crimes de corrupção e correlatos no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de evidenciar os instrumentos legais atualmente existentes que estejam à disposição do refreamento de tais práticas delitivas.

A segunda seção abordará, ainda no mesmo contexto de dispositivos incluídos na legislação brasileira, especificamente os Tratados Internacionais contra a corrupção firmados pelo Brasil.

Na sequência e na terceira parte do estudo, a teoria dos mandados constitucionais de criminalização será vista em consonância com o princípio da proporcionalidade, em seu viés de princípio da proibição da proteção insuficiente, deficiente ou subdimensionada.

No quarto e último tópico, será evidenciada a importância dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil no combate à corrupção, à luz da teoria dos mandados de criminalização, notadamente perante o disposto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988.

Por fim, conclui-se quanto à imperiosa necessidade de atendimento aos mandados de penalização – notadamente os decorrentes dos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário -, no enfrentamento às práticas de corrupção, diante do princípio implícito da proporcionalidade (em sua vertente de proibição da proteção insuficiente ou deficiente), com vistas à efetiva tutela dos bens jurídicos atingidos, dentre eles a moralidade administrativa e o patrimônio público.

O desenvolvimento desse trabalho apoiou-se no método hipotético-dedutivo e na pesquisa bibliográfica, documental e em periódicos científicos.

2 O enfrentamento dos crimes de corrupção no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, cumpre notar o que nos lembra Bonfim (1998, p. 220), em sua obra “Direito Penal da Sociedade”, citando Tobias Barreto: “O direito penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O direito penal é o povo mesmo, a história do direito penal dos povos é um pedaço da humanidade (Tobias Barreto)”.

Neste panorama, o crime de corrupção se apresenta como um retrato do desenvolvimento histórico e cultural de uma sociedade, havendo ainda muita confusão, notadamente em nosso país, entre a coisa pública e a *res* privada.

E as consequências das práticas corruptas afrontam não menos do que os próprios direitos humanos, sendo que os mais vulneráveis sentem com maior impacto a ausência ou escassez de recursos públicos para os serviços estatais essenciais, tais como saúde e educação.

Mas a corrupção, percebida inicialmente como um problema cultural, também deve ser compreendida como um fenômeno racional, em relação ao qual o agente realiza uma análise entre o seu custo (probabilidade de sanção) e os possíveis benefícios econômicos (SPINELLI, 2019, p. 254).

Assim, com vistas à tutela penal, no ordenamento jurídico brasileiro encontramos, no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) os crimes de corrupção passiva (artigo 317) e corrupção ativa (artigo 333), dentre diversos outros tipos penais que protegem a Administração Pública, em seu aspecto patrimonial e moral, descritos no Título XI: “Dos Crimes contra a Administração Pública” (artigo 312 e seguintes).

Interessante notar que os crimes licitatórios, que anteriormente eram previstos na Lei nº 8.666/93, agora se encontram tipificados também no Código Penal (foram incluídos pela Lei nº 14.133, de 2021), no Capítulo II-B (“Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”), ainda dentro dos crimes contra a Administração Pública.

Também o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) prevê um dispositivo voltado para a “corrupção eleitoral”, em seu artigo 299, e embora não apresente expressamente este “nomen iuris”, congloba as duas modalidades de corrupção, passiva e ativa, no mesmo artigo¹. Como ressalta Ponte (2016, p. 107), alguns países cuidam dos crimes eleitorais no próprio Código Penal, enquanto outros trazem sua previsão em legislação extravagante, como foi o caso do Brasil.

Cumprе mencionar, desde já, que o crime de corrupção eleitoral será um claro exemplo de tutela penal decorrente de mandado de criminalização implícito, conforme adiante se explanará. Neste sentido, ensina Ponte:

¹ Ponte (2016, p. 105) explica: “Afastando-se da opção adotada pelo Código Penal no tratamento de assunto semelhante, o legislador eleitoral brasileiro, seguindo os passos ditados pelo princípio da unidade no concurso de pessoas, em um único artigo, cuidou da corrupção ativa e passiva em matéria eleitoral. Eis a redação do art. 299 do Código Eleitoral: Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.”

O efetivo combate à corrupção eleitoral não traduz apenas uma opção voluntária do legislador, mas uma autêntica necessidade decorrente de um mandado implícito de criminalização, (...). A corrupção eleitoral atenta contra um princípio fundamental do Direito Eleitoral, que é a igualdade de condições entre os postulantes ao pleito (*pars conditio*); comprometendo o mandato parlamentar de modo irreversível; consolidando práticas nefastas, como o abuso do poder econômico; e abrindo portas para o abuso de poder, atingindo assim, de forma direta, o próprio Estado Democrático de Direito. (PONTE, 2016, p. 103).

Ademais, a Lei nº 1.079/1950 define os crimes de responsabilidade praticados por autoridades públicas, tais como o Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários de Estado, sendo que os crimes de responsabilidade perpetrados pelos Prefeitos Municipais e Vereadores, estão dispostos no Decreto-Lei nº 201/1967, que traz também as regras para seu processamento.

Ainda na seara da normatização infraconstitucional brasileira, outros tipos penais são encontrados na legislação penal extravagante, no âmbito de tutela da moralidade administrativa e do erário público, ainda que indiretamente. É o que se depreende das leis que preveem os crimes de abuso de autoridade (atualmente regulados pela Lei nº 13.869/2019, que revogou a Lei nº 4.898/1965); os crimes de sonegação fiscal (previstos na Lei nº 8.137/1990); os crimes contra o sistema financeiro nacional (definidos pela Lei nº 7.492/1986); dentre outros.

Neste contexto de combate à corrupção, cumpre também destacar a Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013) e a Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/1998), dois importantes diplomas legais utilizados na persecução penal das práticas lesivas ao erário, visto que costumeiramente a corrupção é praticada no âmbito do crime organizado, que também se vale de dispositivos de dissimulação e ocultação do dinheiro público desviado.

Tratando-se de estudo direcionado às práticas de corrupção, não se pode deixar de falar que a “corrupção privada” ainda não se encontra tipificada penalmente em nosso ordenamento jurídico, o que traz substrato para discussões acerca do tema. Isto porque, a repressão à corrupção também na esfera privada, apresenta-se corolário lógico do amadurecimento de uma sociedade, posto que tal prática, em que pese não atingir diretamente a esfera da Administração Pública, afeta bens caros ao Estado Democrático de Direito, como sua economia, a livre concorrência e os direitos dos consumidores.

Quanto à aventada corrupção privada, Chaves lembra os dispositivos legais atualmente existentes em nosso ordenamento jurídico, que podem ser usados na repressão de tais práticas corruptas que ocorrem no âmbito privado, embora sem tanta eficácia:

No Brasil, os únicos instrumentos punitivos da corrupção na esfera privada são a Lei 12.529, de 2011, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, seguindo os princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico; e a Lei 9.279, de 1996, que regulamenta a Propriedade Industrial e, inobstante tenha, em seu artigo 195, um rol de 14 tipos penais que constituem crimes de concorrência desleal, é dotada de questionável eficácia prática na qualidade de instrumento repressivo das condutas nela elencadas. (...). (CHAVES, 2013, p. 235).

Deste modo, diante da falta de eficácia de nosso arcabouço legal e da menção, em Tratados e Convenções Internacionais², acerca da necessidade de tipificação da corrupção privada (ou delito de “suborno entre particulares”), o ordenamento jurídico brasileiro poderia acompanhar o movimento seguido por alguns países europeus, que por meio de reformas legislativas buscaram incluir essa figura penal, no intento de minimizar os efeitos de tais condutas desleais, que refletem na economia de forma global (CHAVES, 2013, p. 242).

Mas há uma evidente falta de compreensão, no âmbito doméstico, quanto à danosidade social gerada pela prática da corrupção privada, que acaba se confundindo com uma manifesta falta de empenho na tipificação de um crime que possivelmente afetará grandes interesses e o funcionamento de corporações, e tudo isso somado a argumentações no sentido de que o Brasil já teria a previsão de muitos tipos penais.

Assim, Chaves (2013, p. 256) conclui que essa equivocada compreensão quanto aos impactos coletivos da corrupção privada, revelada na escassez de dados ou estimativas oficiais, acaba resultando no descaso legislativo e quase inexistente debate acadêmico sobre o tema. Contudo, a mesma autora alerta ser “patente que o arsenal jurídico-penal nacional é ainda fundamentalmente pouco suficiente e inadequado para conter a corrupção privada”.

Neste contexto, compreende-se que o cenário de corrupção endêmica verificada em nosso país, necessita de uma acentuada mudança cultural e do pensamento político, com vistas à criação de uma verdadeira teoria de combate à corrupção, que contribua para o fortalecimento de uma política criminal voltada à proteção integral dos direitos e garantias fundamentais.

3 Tratados internacionais firmados pelo Brasil no combate à corrupção

² Chaves (2013, p. 240) lembra alguns documentos internacionais que buscam promover a inserção do tipo da corrupção privada, no ordenamento jurídico de seus signatários, como ocorre na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, bem como a Convenção de Direito Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, de 1999.

Além da normatização interna que compõe o instrumental de enfrentamento à corrupção no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre mencionar três Convenções ratificadas pelo Brasil, nesta temática, notadamente diante do disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal³ (decorrente da Emenda Constitucional nº 45/2004).

Isto porque, com a ratificação, pelo Brasil, de uma convenção internacional, tal documento naturalmente incorpora-se ao ordenamento jurídico como sendo uma lei ordinária, tornando-se parte da legislação interna brasileira, de cumprimento obrigatório para todos.

E além de ser incorporada ao arcabouço jurídico brasileiro, se a convenção ou tratado internacional tutelar direitos humanos e sua aprovação se der nos moldes do parágrafo 3º do art. 5º da Carta Magna (procedimento das emendas constitucionais, previsto no art. 60 da Constituição Federal), seu *status* será de emenda constitucional, e deste modo poderá causar efeitos de mandado de criminalização (no caso de o documento internacional tratar de matéria criminal) – assunto que será melhor estudado abaixo.

Deste modo, inicialmente deve ser evidenciada a **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção da ONU ou “Convenção de Mérida”)**, assinada pelo Brasil em 09 de dezembro de 2003 e promulgada por meio do Decreto nº 5.687/2006, da qual o Brasil é país signatário.

Destaca Notari as principais medidas previstas na “Convenção de Mérida”, no enfrentamento à corrupção, incluindo a prevenção e criminalização dos atos corruptivos:

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção possui como eixos temáticos, prevenir, criminalizar os atos corruptivos, a cooperação internacional e a recuperação de ativos. No que tange à prevenção, foram previstas medidas como a criação de agências anticorrupção, transparência no setor público, participação da sociedade civil organizada, códigos de conduta para funcionários públicos e regras para a contratação e gestão pública. (NOTARI, 2017, p. 63).

Ainda, deve ser observada a **Convenção Interamericana contra a Corrupção (da Organização dos Estados Americanos - OEA)**, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410/2002, que em seu artigo VI descreve os atos de corrupção em relação aos quais deverão ser aplicadas suas disposições. Além de definir os atos de corrupção, a Convenção da OEA – assim como a Convenção da ONU -, também estabelece a obrigação de tipificar o

³ Assim dispõe o artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

enriquecimento ilícito, que ainda não foi criminalizado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme lembram Meyer-Pflug e Oliveira (2009, p. 192).

Moraes ressalta a justificativa apresentada na Convenção Interamericana contra a Corrupção (da OEA), destacando as possíveis lesões a bens jurídicos que a corrupção alcança, notadamente o desenvolvimento integral dos povos, além de atingir a sociedade, a ordem moral e a justiça:

“(…) a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos; (...) a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especialmente vinculados ao seu exercício”. (MORAES, 2014, p. 64).

Cumpra ainda notar a **Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE - Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico)**, que ratificada e promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 3.678/2000, impulsionou estratégias como a ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro), conforme lembra Notari (2017, p. 64):

No âmbito da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), trouxe algumas implicações ao tratar do crime cometido por funcionário público estrangeiro, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos, bem como, a adoção de novas estratégias no cenário transnacional/nacional, a implementação de políticas públicas, como é o caso da Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, por parte do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com a participação de inúmeros setores do Estado e da sociedade civil. (NOTARI, 2017, p. 75).

Das Convenções mencionadas, depreende-se o intuito da comunidade internacional⁴ em refrear o agigantamento desse fenômeno que mancha de forma deletéria as instituições democráticas, visto que, conforme ressalta Notari, a corrupção traz prejuízos irreversíveis e corrompe pessoas e instituições, tanto na esfera nacional como no exterior:

Em verdade, restou evidenciado na reunião da Convenção de Mérida o entendimento de que a corrupção tem de ser punida, mas, antes de tudo, prevenida com medidas

⁴ Lembrando que a corrupção trata-se de um fenômeno mundial, previsto em diversos Tratados e Convenções Internacionais Notari (2017, p. 63) afirma: “A corrupção surge como sendo um tema de caráter emergencial, eis que demanda uma análise dos debates na esfera nacional, bem como, na seara internacional”.

eficazes a serem implementadas pelos Estados-Partes, em razão dos prejuízos e danos irreversíveis, de forma notável no que diz respeito no âmbito das instituições públicas de Estado e das instituições democráticas atacadas na espécie. Cabe aduzir que, um dos focos mais reiterados de corrupção por semelhança em nível internacional incide sobre financiamento de campanhas eleitorais (iniciativa privada), funcionamento dos serviços e contratações públicas para terceiros interessados, condutas indevidas de servidores de carreira no desempenho de seu desempenho da função pública. Esses tipos de ações existentes nas esferas pública/privada tendem a corromper sujeitos, instituições e valores. (NOTARI, 2017, p. 64).

4 Os Mandados de Criminalização e o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente ou Insuficiente

Neste contexto de tutela penal efetiva, cumpre lembrar que os mandados constitucionais de criminalização são hipóteses de obrigatória atuação do legislador, direcionados à proteção de certos bens jurídicos, no âmbito criminal, determinados pela Carta Magna e que devem ser observados na produção normativa infraconstitucional.

Assim, a atividade legislativa deve ser direcionada pelos mandados de criminalização, no que se refere às situações que demandam tutela jurídica específica no âmbito criminal.

Mas como explica Ponte (2016, p. 187), a tarefa dos mandados de penalização “não é ditar regras ao legislador, mas fixar e delimitar os espaços mínimos de sua atuação”.

De fato, a Constituição brasileira de 1988 expressou preocupação especial com determinados bens jurídicos, passando a versar sobre os mandados constitucionais de criminalização, que trazem uma “ordem de valores”, pré-determinada, que deve ser respeitada pelo legislador (FELDENS, 2005, p. 73).

Ainda quanto à imperatividade de proteção a certos bens jurídicos eleitos pela Carta Magna em seus mandados de criminalização ou penalização, Ponte (2016, p. 174) explica que “Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.”

Contudo, esta vinculação da produção legislativa, determinada ao legislador pelos comandos constitucionais, não deve ser compreendida como imposição autoritária da Carta Magna, visto que buscam a proteção de direitos e garantias individuais. Neste sentido, explica Gonçalves (2007, p. 154) que “os mandados se justificam num regime de normalidade institucional e democrática, própria dos Estados de Direito, ou Democráticos de Direitos”⁵.

⁵ Feldens (2005, p. 212) ensina que, além da Constituição Federal brasileira, outros ordenamentos jurídicos, configurados sob a ótica de Estado Democrático de Direito, também adotam esta fórmula de comandos de penalização: “A previsão de mandados explícitos de criminalização não é exclusividade da Constituição do Brasil.

Assim, a Constituição Federal brasileira estabelece mandados explícitos e implícitos de penalização, “segundo o modelo de algumas constituições europeias, como as da Alemanha, Espanha, Itália, França e da própria Comunidade Europeia”, conforme explica Ponte (2016, p. 174).

O mesmo autor ainda elenca os dispositivos da Carta Magna onde foram previstos os mandados de criminalização expressos:

Os mandados explícitos de criminalização contidos em nossa Constituição Federal são encontrados nos arts. 3, IV (discriminação decorrente de raça, sexo, cor, idade, etnia, religião ou origem); 5º, XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e §3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais); 7º, X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); 227, §4º (abuso, violência e a exploração sexual de criança ou adolescente); 225 (condutas lesivas ao meio ambiente). (PONTE, 2016, p. 175-176).

Deste modo, por meio dos mandados expressos de criminalização, a Constituição priva o legislador ordinário da discussão sobre se haverá ou não criminalização, vinculando sua atuação, sempre em vista da proteção de direitos fundamentais. Nesse sentido, denota Gonçalves:

Os mandados expressos de criminalização trazem decisões constitucionais sobre a maneira como deverão ser protegidos direitos fundamentais. A atuação do legislador no sentido de promover a proteção desses direitos recebe um elemento de vinculação. Ele pode até valer-se de outros instrumentos, mas a previsão de sanções penais perde seu caráter de subsidiariedade e torna-se obrigatória. Ordens diretas que são ao legislador para que atenda ao comando constitucional, a necessidade da edição da lei

Outros ordenamentos constitucionais de países que operam, explícita ou implicitamente, sob a fórmula política do Estado Social e Democrático de Direito, valem-se de cláusulas similares. Exemplificativamente, adotam tais previsões normativas, no ambiente europeu, as Constituições de Espanha, Itália, França e Alemanha.” (FELDENS, 2005, p. 85). Assim, este autor explica que os mandados de criminalização “encontram-se expressos, em maior ou menor número, em significativa parcela das Constituições modernas (pós-Segunda Guerra), tais as da Alemanha, Itália, França, Espanha e Brasil.”

No mesmo sentido, Ponte relata que, assim como aconteceu no Brasil (durante o regime militar), os mandados de criminalização justificam-se pelas dificuldades históricas passadas pelos Estados, que acabaram buscando um viés democrático: “Experiências amargas vivenciadas no passado por países que hoje buscam adotar uma linha democrática justificam e fundamentam os mandados de criminalização. A título exemplificativo pode ser apontado o art. 26.1. da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, quando estabelece que ‘são inconstitucionais os atos que sejam suscetíveis de atentar contra a convivência pacífica entre os povos e sejam realizados com essa intenção, em especial aqueles que se destinem a uma guerra de agressão. Esses atos deverão ser penalizados’. Na mesma linha, a Constituição Federal brasileira, tomando por fundamento a experiência vivenciada por determinados segmentos sociais e étnicos; a perseguição implacável realizada pelo regime militar, no século XX, àqueles que se opunham ao governo então constituído; também estabelece que seu art. 5º, XLII e XLIV, como imprescritíveis os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.” (PONTE, 2016, p. 175).

é questão de supremacia da Constituição. Razões de conveniência, oportunidade, política criminal ou outras não podem ser invocadas para justificar a omissão em dar cumprimento à Lei Magna. A sindicabilidade da não atuação legislativa é, no particular, plena. E será competente o Poder Judiciário para verificar a adequação da legislação expedida às ordens constitucionais. (GONÇALVES, 2007, p. 138).

Cumprido notar que os mandados de penalização explícitos estarão dispostos expressamente na Constituição Federal, enquanto os mandados implícitos sempre demandarão uma análise contextual da Carta Magna, conforme explica Ponte:

Sob tal ótica, justifica-se o reconhecimento de um mandato implícito, quando o bem protegido ou que se busca proteção, apesar de afigurar-se como preponderante dentro da ordem constitucional, não contar com previsão expressa e tampouco com a consequente proteção normativa; caso esta já se encontre no ordenamento, afigure-se como débil, insuficiente ou ineficaz. Em regra, situações extremadas justificarão seu reconhecimento. (PONTE, 2016, p. 189).

Assim sendo, os mandados implícitos de criminalização, embora não constem expressamente do texto constitucional, podem ser extraídos da análise dos bens e valores preponderantemente consignados na Constituição Federal.

Inclusive, Baltazar Junior (2010, p. 73) lembra sobre a existência de um dever geral de proteção de todos os direitos fundamentais, ainda que a Constituição não determine, expressamente, qual a tutela específica em relação a cada direito fundamental.

Luisi (2003, p. 175) também destaca ser “nas constituições que a criminalização há de encontrar preponderantemente os bens que lhe cabe tutelar”, sendo as constituições, então, a base e também o limite para as penalizações.

Nesse aspecto, o primeiro reconhecimento dos mandados de criminalização implícitos foi observado em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no ano de 1975, conforme recorda Ponte:

O reconhecimento dos mandados implícitos de criminalização ocorreu pela primeira vez em 25 de fevereiro de 1975, por intermédio de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que reconheceu a inconstitucionalidade da disposição contida na reforma do Código Penal tedesco, que permitia a interrupção da gravidez nos três primeiros meses de gestação. (PONTE, 2016, p. 188).

Ainda quanto aos mandados constitucionais implícitos de penalização, Moraes (2014, p. 66) indica, como exemplo, a tutela da moralidade administrativa: “IV. A proteção da moralidade e improbidade administrativas constitui mandato de criminalização implícito da Constituição Federal, seja decorrente da proteção da dignidade da pessoa humana, seja decorrente dos princípios da administração pública, seja por conta da Convenção de Mérida.”

Outra hipótese de mandado implícito de criminalização pode ser verificada quanto ao crime de corrupção eleitoral, diante dos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro expostos na Constituição Federal, como ensina Ponte:

O combate à corrupção eleitoral não se afigura como uma opção do legislador brasileiro, mas como obrigação decorrente de mandado implícito de criminalização contido na própria Constituição Federal, que indica como alguns dos fundamentos do Estado Brasileiro a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (art. 1º, I, II, III e V, da CF). Mais adiante, em seu art. 3º, a Carta Magna aponta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem comum, sem qualquer forma de preconceito ou discriminação. Tais finalidades só podem ser alcançadas por intermédio de um parlamento legítimo, ético e plural, constituído com regras claras, que não cedam espaço à corrupção ou às práticas inaceitáveis no campo ético-social. (PONTE, 2016, p. 190-191).

Contudo, Ponte explica que o mandado implícito de penalização, contido na corrupção eleitoral, apresenta-se atendido apenas parcialmente pelo legislador ordinário:

A necessidade de combate eficiente à corrupção eleitoral apresenta-se como mandado implícito de criminalização, atendido parcialmente pelo legislador brasileiro, conforme pode ser observado da resposta destinada ao seu autor, através de pena variável de um a quatro anos de reclusão e multa que deverá oscilar entre cinco e quinze dias-multa. Para o crime mais grave contido na atual legislação eleitoral, o legislador destinou uma pena pífia que, em tese, será descontada em regime aberto e, na quase integralidade das vezes, permitirá sua substituição por uma pena restritiva de direitos e multa, ou por duas penas restritivas de direitos. (PONTE, 2016, p. 189).

Ainda no âmbito dos mandados de criminalização implícitos, Moraes examina quanto à necessidade de severa criminalização das práticas de corrupção e improbidade administrativa:

É evidente que diante de uma Constituição analítica, programática e construída no contexto da ditadura militar, há inúmeros outros mandados explícitos de criminalização, como se verifica para o meio ambiente (art. 225, caput, CF), segurança viária, ordem tributária, ordem econômica etc. No entanto, seria razoável supor a existência de mandados implícitos, como a obrigação de criminalizar severamente a corrupção, improbidade e imoralidade administrativas? (MORAES, 2014, p. 61).

No que se refere à extensão do rol dos mandados de penalização, imperativo mencionar o papel das Convenções e Tratados Internacionais, considerando o que foi disposto pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conforme será melhor abordado no próximo tópico deste estudo.

Cumprindo também notar que os mandados de criminalização são compreendidos como normas de eficácia limitada, pela necessidade de edição de lei ordinária para produção total de

seus efeitos, visto que “não é próprio de uma Constituição definir, ela mesma, o comportamento criminoso.” (GONÇALVES, 2007, p. 161).

No mesmo sentido lembra Turessi, ressaltando que os mandados de criminalização tratam-se de normas constitucionais de eficácia limitada, demandando a promulgação de legislação ordinária, sendo que eventual descriminalização ainda poderá ser considerada inconstitucional:

De se observar, por oportuno, que os mandados expressos de criminalização, por deverem obediência ao princípio da legalidade estrita em matéria penal, possuem eficácia limitada e aplicabilidade indireta, reclamando, portanto, a edição de lei ordinária que criminalize as condutas indicadas. E, em sentido inverso, proíbem a descriminalização, podendo ser declarada inconstitucional a norma derogatória da lei penal cumpridora daquela determinação. (TURESSI, 2015, p. 166).

Ocorre que neste contexto, quanto ao dever do legislador ordinário em proteger integralmente os bens jurídicos que são objeto da tutela penal, necessário analisar o princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição da proteção deficiente, insuficiente ou subdimensionada. Como destaca Gonçalves:

Como leciona Sarlet (2003, p. 86): “A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros [...]”.

Assim, a proporcionalidade da atuação estatal na defesa de direitos fundamentais deve ser sindicada não apenas para evitar medidas gravosas e evitáveis – a proibição do excesso, *Übermassverbot* – mas, também, no sentido de proibir a proteção subdimensionada ou insuficiente *Untermassverbot*. (GONÇALVES, 2007, p. 57).

Com efeito, o princípio da proporcionalidade (de origem alemã), abarca duas vertentes: a proibição de excesso (*Übermassverbot*) e a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*), de modo que a dupla face da proporcionalidade pressupõe que a resposta estatal não deve ser excessiva, mas tampouco pode ser insuficiente.

Isto porque a proporcionalidade não deve ser invocada apenas nas hipóteses de limitação à atuação estatal, em respeito à liberdade individual, mas deve ser aplicada também no que tange à eventual falta de proteção a determinados bens jurídicos. E nesse aspecto, devem ser respeitados os comandos de penalização existentes explícita ou implicitamente na Carta Magna.

Neste sentido, Streck lembra que eventual “infraproteção” seria inconstitucional, visto que o legislador estaria obrigado, pela Constituição e seus mandados de criminalização, a legislar em prol de certos bens jurídicos:

Isso quer dizer que, nesse novo paradigma, o legislador está obrigado pela Constituição a agir em determinadas situações, protegendo determinados interesses. Embora busque a efetivação de direitos fundamentais, essa nova concepção de proteção positiva não está livre de críticas, uma vez que permite mandados de criminalização, como os formulados pelas históricas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão. (STRECK, 2009, p. 96).

Assim, conclui-se que a mora ou omissão do legislador, quanto ao cumprimento dos mandados constitucionais de criminalização (ao deixar de tipificar condutas que foram indicadas na Constituição Federal, como dignas da tutela penal), configura afronta ao referido princípio da proporcionalidade, em sua acepção de princípio da proibição da proteção jurídica deficiente (PONTE e MARANGONI, 2021, p. 167).

Quanto a esta acepção do princípio da proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal, posicionou-se de forma inédita sobre a proibição da proteção deficiente, em matéria penal dos direitos fundamentais, em 09 de fevereiro de 2006 (DJ 23-03-2007), no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376-5/MS⁶ (MORAES, 2014, p. 57-58). Neste contexto surgiu “a teoria dos Mandados de Criminalização ou Penalização”, como instrumentos de proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, nas hipóteses de lesões ou ameaças de lesão, vindas tanto de agentes estatais, como de particulares (MORAES, 2014, p. 57-58).

Com efeito, logo na sequência, em 2007, o Supremo Tribunal Federal admitiu a existência dos mandados constitucionais de criminalização, na ADIn nº 3112/DF (STF, ADI nº 3112/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26.10.2007), inclusive os “mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição”, considerando a proibição da proteção jurídica insuficiente ou deficiente, conforme relata Moraes (2014, p. 59-60).

⁶ No Recurso Extraordinário nº 418.376-5/MS, Moraes (2014, p. 57-58) explica que “discutia-se, em síntese, se a negativa de equiparação do instituto da união estável ao casamento, para fins de incidência da hipótese especial de extinção de punibilidade nos tipos penais componentes dos ‘crimes contra os costumes’, consubstanciada no art. 107, inciso VII do CP, ocasionava uma violação ao art. 226, §3º, da CRFB de 1988.” Relata que “o acórdão, por maioria, negou provimento ao Recurso Extraordinário, afastando o reconhecimento da união estável, bem como ressaltando que, inclusive, tal hipótese de extinção de punibilidade já havia sido revogada pela Lei nº 11.106/2005.” Quanto ao voto-vista do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, Moraes (2014, p. 58) relatou que “na tese, aduziu que, no caso, o reconhecimento de união estável e, por conseguinte, de incidência de hipótese normativa do Código Penal que ensejaria a extinção da punibilidade do agente, permitiria blindar, através de norma penal benéfica, uma situação de fato repugnada pela sociedade”, o que configuraria uma hipótese de proteção jurídica insuficiente ou deficiente.

Contudo, em que pese a Carta Magna apresente ainda este instrumental para defesa de direitos, as hipóteses de proteção jurídica deficiente são frequentemente observadas no ordenamento jurídico brasileiro, que muitas vezes não cria tipos penais de forma adequada.

Diante deste cenário, Feldens menciona a possibilidade de haver um controle de constitucionalidade das normas penais, posto que o legislador apresenta apenas relativa liberdade na penalização e despenalização de algumas condutas, diante das vertentes da “proibição do excesso” e da “proibição de proteção deficiente”:

XIX. Embora desfrute de uma ampla liberdade de configuração, o legislador penal não se imuniza a um controle de constitucionalidade sobre os atos que produz, seja na penalização, seja na despenalização de determinadas condutas. Sua liberdade de atuação, conquanto regra, é relativa, encontrando-se submetida a pautas que lhe são subministradas pela Constituição, as quais lhe impedem extravasar os limites superior (proibição do excesso) e inferior (proibição de proteção deficiente) da proporcionalidade. (FELDENS, 2005, p. 215).

Neste sentido, na hipótese de descumprimento dos mandamentos de criminalização (diante da ofensa ao princípio da proibição da proteção deficiente), Turessi indica a mesma solução, que deve ser obtida por meio do controle de constitucionalidade da lei penal:

Com efeito, vale a pena ressaltar que é justamente com fundamento na teoria dos mandados de criminalização e nos princípios de Direito Penal constitucional, em especial o da proporcionalidade que, como já destacado, também se revela pela proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), que se permite o controle da constitucionalidade de leis penais. (TURESSI, 2015, p. 164-165).

No mesmo diapasão, Ponte (2016, p. 174-175) ensina que o descumprimento dos mandados de criminalização, por parte do Poder Legislativo, poderá ser enfrentado por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da arguição de descumprimento de preceito fundamental ou do mandado de injunção, embora não haja previsão de sanção específica à omissão do legislador brasileiro, mesmo que atue de forma dolosa ou não.

5 Os Tratados Internacionais de combate à Corrupção como Mandados de Criminalização

Conforme mencionado no tópico antecedente, no que se refere aos mandados de penalização, interessante destacar o papel das Convenções e Tratados Internacionais contra a corrupção, notadamente diante da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos

humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Isto porque, diante deste dispositivo, conjugado com os documentos internacionais ratificados pelo Brasil, voltados ao enfrentamento das práticas de corrupção, passa-se a vislumbrar uma hipótese de mandado constitucional de criminalização, ao menos implícito.

De fato, bens jurídicos relevantes que não estejam contemplados expressamente na Constituição, mas que se encontrem consagradas por Convenções Internacionais, acabam “entrando no ordenamento jurídico através da fórmula dos direitos invioláveis” (CARVALHO, 1992, p. 38).

No sentido de que o artigo 5º, parágrafo 3º, da Carta Magna, trata de mandado de criminalização, ligado à observância dos tratados internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil, explica Ponte:

A par dos mandados já analisados, o art. 5º, §3º, da Constituição Federal cuida de mandado de criminalização passível de constante mutação e de observância por parte da Comunidade Internacional, uma vez que ligado a absoluta observância dos direitos humanos. Com efeito, assumem a condição de emenda constitucional os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos firmados pelo Brasil, que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. (PONTE, 2016, p. 185).

Com efeito, conforme inicialmente mencionado, a prática da corrupção revela-se clara afronta aos direitos humanos, na medida em que priva o Estado de muitos investimentos em políticas públicas básicas e serviços essenciais, imprescindíveis na luta pela diminuição da desigualdade social.

Deste modo, apresenta-se muito clara a necessidade de punição efetiva dos malversadores do erário, visto que tais práticas criminosas são as causas de ausência de investimentos em áreas essenciais relacionadas à moradia, saúde, educação e segurança pública. Ademais, “o recado que se dá a eles e outros tantos que não forem descobertos é que podem prosseguir no agir corrupto, que o Estado é incapaz de puni-los”, (CHEMIM, 2017, p. 47).

Neste sentido, e ressaltando a necessidade de proteção jurídico-penal suficiente dos crimes de corrupção, que configuram um claro atentado aos direitos humanos, Moraes traz esse questionamento, diante do quanto preceituado pela Convenção de Mérida:

Firmadas essas premissas e, considerando-se que a corrupção solapa as verbas destinadas a políticas públicas básicas, consubstanciando-se em verdadeiro atentado contra os direitos humanos, resta-nos avaliar se a partir da Convenção de Mérida (Decreto nº 5.687/06), encontramos em nosso ordenamento jurídico proteção

suficiente e penalização proporcional ao que pretendeu o texto do tratado internacional. (MORAES, 2014, p. 64).

O mesmo autor (MORAES, 2014, p. 64), conclui que “a proteção penal ainda é aquém do significado do crime pela própria interpretação da Convenção de Mérida⁷.” Ainda, indica que uma solução seria incluir o crime de corrupção no rol dos crimes hediondos, com a finalidade de atender tal comando de penalização: “É fundamental para o cumprimento desse mandado de criminalização que a corrupção seja tratada como crime hediondo⁸ e que a consequência da corrupção, o enriquecimento ilícito, seja criminalizado” (MORAES, 2014, p. 64).

Com efeito, o crime de corrupção, embora subtraia valiosos recursos públicos da sociedade, ainda não foi incluído no rol dos crimes hediondos, tampouco se apresenta como hipótese de mandado expresso de criminalização. Assim destaca Ponte:

Curiosamente, a corrupção, mal endêmico que assola o território brasileiro desde a colonização, não é objeto de mandado de criminalização expresso, não configurando, sequer, a prática de crime hediondo ou assemelhado. A pergunta que deve ser feita é se a omissão do constituinte foi proposital ou não. A resposta é que depende. A corrupção ativa, crime praticado pelo particular contra a Administração Pública, e a corrupção passiva, delito cometido pelo funcionário público contra a Administração Pública, embora delitos graves, que atingem o Estado no aspecto moral e, por vezes, patrimonial, realmente não são frutos de qualquer mandado de criminalização. (PONTE, 2016, p. 186).

Ainda, ressalta Ponte que o crime de corrupção ativa, em matéria eleitoral, evidencia-se como objeto de um mandado constitucional implícito de criminalização:

Ocorre que a mesma resposta não pode ser dada em relação à corrupção ativa em matéria eleitoral, comportamento que atenta contra os alicerces do próprio Estado

⁷ Moraes (2014, p. 64) lembra o que prescreve a Convenção de Mérida, em seu artigo 15: “Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente”, (...) “a promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais”.

⁸ Os seguintes Projetos de Lei são mencionados por Moraes (2014, p. 65), tendo o intuito de incluir o crime de corrupção no rol dos crimes hediondos: “O tratamento da corrupção como crime hediondo já encontra guarida no Projeto de Lei nº 3760/04, que tipifica como crime hediondo os crimes praticados contra a Administração Pública em detrimento dos direitos sociais constitucionais. Já o Projeto de Lei nº 2826/92 inclui os crimes de corrupção passiva, peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão, prevaricação e corrupção ativa na categoria de crimes hediondos. O Projeto de Lei nº 6616/09 altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, as Leis nºs 8.072, de 25 de julho de 1990, e 7.960, de 21 de dezembro de 1989, para adicionar os tipos penais qualificados de peculato, concussão, corrupção passiva e corrupção ativa, tornando-os hediondos e passíveis de prisão temporária; (...)”

Cumprir notar que o Projeto de Lei nº 6616/09 atualmente consta como apensado ao Projeto de Lei nº 3760/2004 conforme pesquisa ao *site* da Câmara dos Deputados, acesso em 30.03.2022 (<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=464192>).

brasileiro, corroendo-lhes. Embora referido delito não tenha sido mencionado explicitamente pelo legislador constitucional, não há dúvida alguma que a punição suficiente e condizente do referido comportamento é medida imperativa, necessária à sobrevivência do próprio Estado. O enfrentamento suficiente de tal matéria, consoante será demonstrado, dá vazão a um mandado implícito de criminalização. (PONTE, 2016, p. 186-187).

Neste diapasão, fica patente a necessidade de desenvolvimento de uma “cultura de punição do crime de colarinho branco”, dentre outras medidas punitivas, para que o Direito Penal não se aplique apenas aos criminosos economicamente desfavorecidos. E nesse aspecto, a tipificação do crime de corrupção privada e a ampliação do rol dos crimes hediondos, a fim de abarcar o delito de corrupção, em muito contribuiria nesta mudança de paradigma.

Ainda, Moraes indica a criminalização do enriquecimento ilícito, como possível medida “para a mudança da percepção de um Direito Penal simbólico, seletivo e de exclusiva punição de pobres criminosos” (MORAES, 2014, p. 66).

Isto porque, embora a legislação não seja o único ou suficiente instrumento na busca da efetividade no âmbito da justiça penal, a política pública criminal deve inicialmente se amparar em boas leis, com o fim de buscar tutelar integralmente a segurança pública (ARAS, 2019, p. 72).

Por fim, apesar da importância da criminalização suficiente das práticas de corrupção, devemos ter sempre em mente que a efetivação de políticas públicas também resguardará os direitos e garantias fundamentais do cidadão, de forma preventiva e muitas vezes mais eficiente do que a resposta estatal repressiva, como destaca Gonçalves:

Os deveres de proteção dos direitos fundamentais implicam na obrigação estatal de se valer de todos os meios necessários, suficientes e possíveis para este mister. Políticas públicas diversas devem ser adotadas no sentido desta tutela. A criminalização de condutas é apenas um dos meios e esta tese não sustenta que ela seja principal. É inegável que políticas voltadas para a promoção social e universalização das oportunidades – como o asseguramento do direito à saúde, ao saneamento básico, à educação, à moradia, ao amparo na velhice e às crianças e adolescentes – protegem, direta ou indiretamente, direitos fundamentais, com grau de eficácia maior do que medidas repressivas. (GONÇALVES, 2007, p. 183).

Também conclui Ponte, quanto à necessidade de pactuação de políticas públicas somada a uma legislação penal eficiente, no combate à corrupção eleitoral:

Combater a corrupção eleitoral significa, pois, não apenas recrudescer a lei penal, mas adotar uma série de medidas que guardem compromisso com o modelo exigido por um Estado Democrático de Direito. A mera exasperação da lei penal traduz medida simplista, aliada, invariavelmente, à ausência de políticas de segurança pública e a práticas clientelistas. A tarefa de combate à corrupção não é simples, porque exige a adoção de políticas públicas atreladas a uma legislação penal eficiente e sistemática. (PONTE, 2016, p. 193).

6 Conclusão

Conforme mencionado, a omissão legislativa ou a deficiência no atendimento aos mandados de penalização, afrontam ao princípio implícito da proporcionalidade - em sua vertente de proibição da proteção jurídica deficiente ou insuficiente – o que pode ensejar eventual controle de constitucionalidade das leis penais.

Desta feita, conclui-se ser necessária também a observância dos documentos internacionais subscritos pelo Brasil, que devem ser percebidos como comandos de criminalização, com o intuito de recrudescer o enfrentamento às práticas de corrupção, que esvaziam os cofres públicos e dificultam o acesso da população a serviços de natureza essencial, como saúde, educação e segurança, além de figurarem dentre as principais atividades ilícitas praticadas pelas organizações criminosas.

Nesse aspecto, a inclusão do crime de corrupção, no rol dos crimes hediondos, bem como a nova tipificação do delito de corrupção privada, no ordenamento jurídico brasileiro, poderiam ser vistas como medidas salutares no enfrentamento a tais crimes de alta complexidade, que paulatinamente consomem o Estado brasileiro.

Isto porque, apresenta-se indispensável a consecução de uma política criminal que, amparada em uma legislação que combata efetivamente tais práticas corruptivas, consiga tutelar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Referências

ARAS, Vladimir. Projeto de Lei “Anticrime” e o Conceito de Crime Organizado. *In*: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano (coord.); SOUZA, Renee do Ó (coord.); CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: JusPodivm, p. 49-73, 2019.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Direito Penal da Sociedade**. 2 ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CHAVES, Anna Cecília Santos. A Corrupção Privada no Brasil. *In*: **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo: ESMP, v. 4, p. 231-260, 2013.

CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho.** Porto Alegre: Citadel, 2017.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. O Brasil e o combate internacional à corrupção. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 46, n. 181, p. 187-194, jan-mar, 2009.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. *In: Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo: ESMP, v. 5, p. 43-68, 2014.

MOURA, Evânio. Mandados de Criminalização e a Proteção Jurídica Insuficiente no Direito Penal Brasileiro. *In: PONTE, Antônio Carlos da (coord.); CASTRO, Wellington Clair de (org.). Mandados de criminalização e Novas Formas de Criminalidade.* 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 81-113, 2017.

NOTARI, Marcio Bonini. As Convenções Internacionais Ratificadas pelo Brasil no Combate à Corrupção. *In: Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, v. 1, n. 1, p. 60-77, jan-jun, 2017.

ORSI, Omar Gabriel. **Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto.** 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Ingerência Indevida. Os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; MARANGONI, Cíntia. Mandados de Criminalização e o Enfrentamento à Criminalidade Organizada. *In: PINTO JÚNIOR, Alceu de Oliveira (coord.); RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (coord.). Direito penal, processo penal e constituição I* (organização CONPEDI); Florianópolis: CONPEDI, 2021.

SPINELLI, Mário. Mecanismos de prevenção e controle da corrupção: o aprimoramento do sistema de integridade corporativa da Petrobras. *In: AMBOS, Kai (org.); ZILLI, Marcos (org.); MENDES, Paulo de Sousa (org.). Corrupção: Ensaio sobre a Operação Lava Jato.* São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, p. 249-279, 2019.

STRECK, Maria Luiza Schãfer. **Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteçã dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens Jurídicos Coletivos: Proteção Penal, Fundamentos e Limites Constitucionais à Luz dos Mandados de Criminalização.** Curitiba: Juruá, 2015.

YACOBUCCI, Guillermo J. (coord). **El crimen organizado. Desafios y perspectivas en el marco de la globalización.** Ciudad de Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.

_____. **El sentido de los principio penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal.** Ciudad de Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.